

FICHE **21****Les marchés négociés de l'article 35 du code des marchés publics**

Dans certaines hypothèses limitativement énumérées par le code des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des marchés ou des accords-cadres dont ils négocient les conditions avec un ou plusieurs opérateurs économiques¹. La procédure négociée est une procédure formalisée² dont les cas d'utilisation sont précisés à l'article 35 du code, lequel prévoit deux types de marchés négociés :

- ceux avec publicité et mise en concurrence préalables (article 35-I) ;
- ceux sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 35-II).

Contrairement à la procédure d'appel d'offres dont l'utilisation n'est soumise à aucune condition³, la procédure négociée ne peut être mise en œuvre que dans des circonstances exceptionnelles. En effet, les pouvoirs adjudicateurs doivent justifier⁴ que les conditions de recours au marché négocié, qui doivent être interprétées strictement⁵, sont remplies⁶. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office⁷.

La présente fiche ne traite pas des autres cas de recours à la procédure négociée, à savoir les marchés de défense, les marchés de maîtrise d'œuvre et les marchés négociés des entités adjudicatrices.

I. Les différents cas de recours aux marchés négociés de l'article 35 du code**I.1. Les marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalables (article 35-I)****I.1.1. Les marchés négociés à la suite d'une déclaration d'infructuosité pour dépôt d'offres irrégulières ou inacceptables (article 35-I 1°).**

Dans le cadre d'un appel d'offres⁸ ou d'un dialogue compétitif⁹, lorsqu'il n'est déposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter,

1. Article 34 du code des marchés publics.

2. Article 26 du code des marchés publics.

3. Articles 26 et 33 du code des marchés publics.

4. Article 79 du code des marchés publics : « Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation comportant au moins : (...) 6° En ce qui concerne les procédures négociées, le motif du recours à ces procédures ».

5. CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c/République Italienne*, Aff. C-385/02, points 19 et 37.

6. CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, Aff. C-601/10, point 32.

7. CE, 28 juillet 2000, *Jacquier*, n°202792.

8. Articles 59- III et 64- III du code des marchés publics.

9. Article 67-IX du code des marchés publics.

la consultation peut être déclarée infructueuse ou sans suite¹⁰. Si le pouvoir adjudicateur choisit de déclarer la procédure infructueuse, il choisit alors en toute opportunité entre l'organisation d'une nouvelle procédure de droit commun et le recours au marché négocié après publicité et mise en concurrence.

L'infructuosité d'un concours ou d'une procédure négociée¹¹ n'ouvre pas le droit de conclure un marché négocié sur le fondement de l'article 35-I 1° du code. En revanche, le pouvoir adjudicateur pouvant s'inspirer, en procédure adaptée, des procédures formalisées¹², l'infructuosité de la procédure de passation d'un marché conclu selon la procédure adaptée peut justifier le recours à une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalables.

Cela n'a cependant d'intérêt que si la procédure adaptée lancée initialement ne prévoit pas de recours à la négociation. En effet, si la procédure adaptée initiale permet la négociation, l'acheteur public peut toujours admettre à la négociation les candidats ayant remis une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée, sans les éliminer d'emblée¹³.

1.1.1.1. Offre irrégulière et offre inacceptable

Une offre irrégulière est une offre qui, bien qu'elle apporte une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation¹⁴.

Ex: Une offre est irrégulière :

- lorsqu'elle ne comprend pas une annexe relative aux caractéristiques des véhicules de salage et de déneigement mis à disposition pour exécuter le marché, alors que le règlement de la consultation impose aux candidats de la renseigner¹⁵ ;
- lorsqu'elle ne permet pas d'identifier le prix des prestations et qu'elle présente un projet non-conforme au programme fonctionnel, en prévoyant que les circulations de la maison d'arrêt s'effectueraient en extérieur alors qu'elles auraient dû être bâties et couvertes¹⁶ ;
- lorsque le candidat n'a pas renseigné la rubrique de bordereau de prix unitaires intitulée « rampe d'accès Personnes à mobilité réduite » alors que le cahier des clauses techniques particulières et les réponses apportées aux interrogations du candidat indiquaient que les modules devaient être accessibles à une personne dont la mobilité serait réduite¹⁷ ;
- lorsqu'elle ne présente pas séparément de la solution de base une option chiffrée, alors qu'une telle option est imposée par le règlement de la consultation¹⁸.

Une offre est inacceptable si les conditions prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. La « *législation en vigueur* » doit être entendue de manière large et comprend notamment les règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement ou aux conditions de travail.

10. Les conséquences d'une déclaration sans suite ne sont pas identiques à celles d'une déclaration d'infructuosité : voir les fiches techniques « *La déclaration sans suite* » et « *La déclaration d'infructuosité* ».

11. TA Melun, 12 février 2002, *Préfet du Val-de-Marne*, n°01-130, BJCP 2002, p.322.

12. Article 28-I du code des marchés publics.

13. CE, 30 novembre 2011, *Ministère de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech*, n°353121.

14. CE, 21 novembre 2014, *Commune de Versailles*, n°384089.

15. CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n°343324.

16. CE, 9 mai 2008, *Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice*, n°308911.

17. CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n°373718.

18. CE, 23 juin 2010, *Commune de Châtel*, n°336910.

Ex: Une offre est inacceptable :

- lorsqu'elle méconnaît la réglementation applicable aux écrans de protection, dans le cadre d'un marché de protection contre les chutes de blocs de pierre¹⁹ ;
- lorsque les prix proposés ne sont pas conformes à l'article L.6211-21 du code de la santé publique, qui impose la facturation d'examens de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale²⁰ ;
- lorsqu'elle ne répond pas aux exigences posées par la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et son décret d'application n°2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation, qui imposent notamment que les bâtiments d'habitation collectifs et leurs abords soient construits et aménagés de façon à être accessibles aux personnes handicapées.

En revanche, une offre dont le montant est largement supérieur au montant estimé du marché, mais qui peut être financée par le pouvoir adjudicateur, n'est pas inacceptable²¹. De même, une offre ne peut être déclarée inacceptable en raison du parti pris d'implanter le projet de construction au-dessus d'un torrent dans la mesure où ni les documents de la consultation, ni les précisions apportées en cours de procédure ne permettaient de savoir que ce choix était insusceptible d'être admis et qu'il n'est pas établi que ce choix constituait un manquement aux règles de l'art²².

1.1.1.2. La déclaration d'infructuosité doit être justifiée

La légalité de la décision de rejet des offres irrégulières ou inacceptables et de la déclaration d'infructuosité conditionne celle du recours à la procédure négociée de l'article 35-1^{1°} du code²³.

Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la déclaration d'infructuosité²⁴.

Il s'assure que la première consultation a été lancée dans des conditions devant normalement assurer sa réussite²⁵ ou que la déclaration d'infructuosité n'est pas fondée sur des motifs étrangers aux résultats de l'appel d'offres²⁶. Le pouvoir adjudicateur ne doit porter aucune responsabilité dans l'échec de la procédure.

Ex: Une déclaration d'infructuosité est irrégulière et ne peut ouvrir la possibilité de recourir à la procédure négociée :

- lorsque le coût estimé de la prestation a été fixé de manière irréaliste par le pouvoir adjudicateur, aboutissant à l'existence d'un écart de 70% entre l'estimation et l'offre la moins-disante²⁷ ou au dépôt d'offres toutes supérieures de plus de 60% à l'estimation²⁸;
- lorsque l'imprécision du règlement de la consultation ne peut manquer de provoquer des difficultés et des erreurs d'analyse des offres, puisqu'il se borne à demander aux candidats de proposer des rabais sur les tarifs réglementaires de transport sanitaire et à fournir une estimation du montant global annuel, qui s'avère inférieure au montant facturé dans le cadre du précédent marché²⁹.

19. CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, n°350153.

20. CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n°344244.

21. CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines*, n°346665.

22. CAA Lyon, 14 novembre 2013, *Syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVOM) de Saint-François-Longchamp Montgellafrey*, n°12LY01244.

23. Voir en ce sens la fiche technique « La déclaration d'infructuosité » ; CAA Bordeaux, 10 juillet 2014, *Commune de Kourou*, n°14BX00439.

24. CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n°359921.

25. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne*, n°160686.

26. CE, 13 janvier 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne*, n°68117.

27. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne c. OPAC de Meaux*, précité.

28. CAA Versailles, 16 juin 2005, *Commune de Franconville-la-Garenne*, n°02VE03350.

29. CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier Saint-Nicolas-de-Blaye*, n°07BX01245.

1.1.1.3. La négociation ne doit pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché

Les modalités de négociation sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur, à condition de respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Lorsque la procédure initiale a été déclarée infructueuse pour un motif tenant au niveau trop élevé des prix des offres, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse³⁰.

Seules les modifications de nature substantielle par rapport aux conditions initiales du marché sont prohibées³¹. En revanche, le dossier de consultation initial peut être adapté pour tenir compte des résultats de la première consultation ou être corrigé afin de prendre en compte les propositions faites par les candidats lors de la négociation³². Cependant, la négociation ne doit pas avoir pour effet d'altérer de manière substantielle l'objet ou les conditions initiales de réalisation du marché, sauf à rendre la procédure irrégulière. A titre d'exemple, les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution ou l'introduction d'une variante non-autorisée peuvent être considérées comme substantielles.

En pratique, dans le cadre de l'article 35-I, 1° du code, il apparaît difficile d'accorder beaucoup de place à la négociation après un appel d'offres infructueux. En effet, si les offres peuvent faire l'objet d'une négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller, ce faisant, à ne pas affecter les conditions initiales de la mise en concurrence en modifiant les cahiers des charges.

Ex: La procédure négociée sur le fondement de l'article 35-I 1° du code est irrégulière lorsque, lors de la négociation:

- le pouvoir adjudicateur invite les candidats à proposer un prix unitaire, alors que le règlement de la consultation initiale prévoit un prix forfaitaire global³³ ;
- le pouvoir adjudicateur apporte d'importantes modifications au projet initial, dans le seul but de justifier l'attribution du marché à une entreprise³⁴.

1.1.1.4. La publicité n'est pas nécessaire si les seuls candidats ayant remis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres participent à la négociation

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres.

Les opérateurs dont la candidature a été rejetée et qui doivent être regardés comme n'ayant déposé aucune offre n'ont pas à être admis à la négociation³⁵.

Les modalités formelles concernent les exigences de forme imposées par le dossier de consultation, tels que, par exemple, le lieu de dépôt de l'offre, les mentions à apposer sur l'enveloppe ou la signature de l'offre.

30. CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon*, n°325465.

31. CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Autocars Rignon*, n°11MA02562.

32. CE, 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n°171293.

33. CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n°229666.

34. CE, 5 décembre 1994, *Commune du Vésinet*, n°131680.

35. CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n°359921.

Ex: Le pouvoir adjudicateur ne peut pas, sans mesure de publicité préalable, négocier avec un groupement composé d'un candidat ayant participé à la consultation initiale et d'un nouveau candidat³⁶.

Dans le cadre d'un accord-cadre multi-attributaire passé selon une procédure d'appel d'offres, si la remise en concurrence d'un marché subséquent n'a donné lieu qu'à des offres irrégulières ou inacceptables, le pouvoir adjudicateur peut négocier et n'a pas à procéder à une mesure de publicité puisque seuls les titulaires de l'accord-cadre doivent être consultés³⁷.

Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur choisit de publier un avis d'appel à la concurrence, les entreprises souhaitant participer à cette consultation en vue de la conclusion d'un marché négocié, y compris celles ayant participé à la procédure initiale, doivent transmettre un dossier de candidature comportant les pièces demandées dans cet avis. Toutefois, si cette seconde consultation est lancée au cours de la même année civile, il est possible d'admettre la recevabilité de la candidature des entreprises au vu des justificatifs déjà communiqués lors de la première consultation infructueuse. Les autres entreprises se portant candidates doivent en revanche fournir ces justificatifs³⁸.

1.1.2. Les marchés négociés de services dont les spécifications ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres (article 35-I 2°)

Peuvent être conclus selon une procédure négociée, après publicité et mise en concurrence les marchés et accords-cadres de services dont les spécifications ne peuvent être précisément définies, au stade de l'élaboration des pièces du contrat, pour permettre le recours à la procédure d'appel d'offres.

Sont expressément visés les marchés financiers prévus à l'article 29-6° du code (assurances, services bancaires et d'investissement) et les marchés de prestations intellectuelles (conception d'ouvrage, par exemple). La complexité de certains marchés de maîtrise d'œuvre peut également justifier la conclusion d'un marché négocié après publicité et mise en concurrence.

Toutefois, ces marchés ne sont pas, par définition, des marchés complexes. Le pouvoir adjudicateur doit justifier, pour avoir recours à cette procédure dérogatoire, qu'il se trouve face à un marché de services particulièrement complexe. Un marché de services peut être considéré comme étant complexe si ses spécifications ne peuvent être définies dans le cahier des charges et que l'organisation d'un appel d'offres est, par suite, rendue impraticable³⁹.

Ex: La conclusion d'un marché négocié sur le fondement de l'article 35-I 2° du code n'est pas justifiée:

- lorsque le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune difficulté particulière relative au nouveau marché de maîtrise d'œuvre, qui a d'ailleurs le même objet que le marché précédemment résilié, comporte des missions équivalentes et a déjà fait l'objet d'une estimation réévaluée à la date de la résiliation⁴⁰ ;
- lorsque les spécifications du marché d'assurance, conclu aux conditions générales d'une assurance multi-risques habitation, peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres⁴¹.

36. CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, *Département du Gers*, n°06BX01419.

37. Réponse ministérielle n°25591, JO Sénat 1^{er} mars 2007, p.459.

38. Réponse ministérielle n°10609, JO Sénat du 17 juin 2004, p.1341.

39. Réponse ministérielle n°65061, JOAN du 19 novembre 2001, p. 6616.

40. CAA Douai, 4 octobre 2012, *Agence Nathalie A*, n°11DA01878.

41. CAA Bordeaux, 6 février 2007, *Office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux*, n°04BX00663.

1.1.3. Les marchés de travaux conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate (article 35-I 3°)

Les marchés et accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate peuvent être négociés, après publicité et mise en concurrence.

L'utilisation de ce cas de recours, qui ne concerne que les marchés de travaux, suppose que le pouvoir adjudicateur ne poursuive pas de but commercial, c'est-à-dire un objectif de rentabilité ou de récupération des coûts engagés à titre de recherche et de développement.

Ainsi, l'ouvrage faisant le résultat des travaux objets du marché, doit être exécuté uniquement dans l'objectif de faire l'objet de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point.

1.1.4. Les marchés de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix (article 35-I 4°)

Les prix de certains marchés de travaux, de fournitures ou de services ne peuvent être fixés de manière préalable et globale, en raison de leur nature ou des aléas affectant leur réalisation. Dans ces cas exceptionnels, le pouvoir adjudicateur peut conclure un marché négocié après publicité et mise en concurrence.

Ex: La nature et les aléas des prestations de logistique et de maintenance des avions des Douanes, eu égard à leur destination et aux conditions de leurs interventions, soulèvent des difficultés techniques atypiques, en raison des modifications substantielles, liées aux missions confiées, notamment dues à la mise en place d'équipements spéciaux, et des pannes et avaries spécifiques aux avions des Douanes, en raison de problèmes de corrosion liés au vol à basse altitude au-dessus de la mer. Ces difficultés ne permettant pas de répartir les prix entre prix forfaitaires et prix hors forfait et de fixer de manière préalable et globale les prix du marché, elles constituent un cas exceptionnel rendant nécessaire une négociation avec les candidats pour déterminer ces prix, après publicité et mise en concurrence⁴².

1.2. Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 35-II)

Dans le cadre d'une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut être dispensé de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il se trouve dans une des situations décrites ci-dessous⁴³.

1.2.1. Les marchés négociés conclus en cas d'urgence impérieuse ou en application de certaines dispositions du code de la santé publique et du code de la construction et de l'habitation (article 35-II 1°)

Les marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs, en application de certains articles du code de la santé publique et du code de la construction et de l'habitation, peuvent être négociés sans pu-

42. TA Montreuil, 6 novembre 2012, *Société Sabena Technics DNR*, n°1208326.

43. Article 28-II du code des marchés publics.

blicité préalable ni mise en concurrence. Ces marchés sont limités aux seules prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence⁴⁴.

Peuvent également être conclus selon cette procédure les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable.

Cette possibilité est notamment offerte pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle. Dans cette hypothèse, deux conditions cumulatives, dont l'existence doit être prouvée par le pouvoir adjudicateur⁴⁵, doivent être remplies :

- il doit exister une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures ;
- l'urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur qui ne doit pas en être responsable⁴⁶. Elle ne peut pas résulter d'irrégularités ou de négligences commises lors de la passation d'un marché.

Il doit réellement exister un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence. A mesure que la date des événements imprévisibles s'éloigne, la nécessité de réaliser les prestations présente de moins en moins le caractère d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles⁴⁷.

Ex: Un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence peut être conclu :

- pour faire face aux conséquences directes d'une catastrophe naturelle, telle que la tempête Xynthia. Les mesures nécessaires pouvant faire l'objet d'un marché négocié doivent être prises dans les meilleurs délais. Au contraire, une tempête tropicale est prévisible sous les tropiques et ne permet pas, sauf exception, de recourir au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables⁴⁸ ;
- pour rétablir le fonctionnement du réseau téléphonique d'un hôpital lorsque cette mise en service a été retardée en raison de l'infructuosité d'un appel d'offres⁴⁹ ;
- pour assurer rapidement la sécurité des personnes et des biens et rétablir la circulation normale des habitants, compte-tenu des désordres causés par des intempéries aux ouvrages de soutènement de voirie et d'évacuation des eaux et dans la perspective de nouvelles intempéries⁵⁰.

1.2.2. Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai et d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement (article 35-II 2°)

Les marchés et accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai et d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement, peuvent être conclus selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence. La dérogation ne s'applique pas aux marchés qui prévoient la production de

44. Voir la fiche technique « L'urgence dans les marchés publics ».

45. CE, 8 février 1999, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n°150919.

46. CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, Aff. C-601/10, point 33 ; CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, Aff. C-385/02, point 26 ; CAA Lyon, 18 mai 1989, *Société Royat automobiles*, n°89LY00042.

47. CE, 1^{er} octobre 1997, *Hemmerdinger*, n°151578.

48. CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, n°117717.

49. CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique*, n°38788.

50. CAA Marseille, 12 mars 2007, *Commune de Bollène*, n°04MA00643

fournitures en quantité visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement⁵¹.

Cette procédure dérogatoire ne concerne que des accords-cadres et des marchés de fournitures qui ne peuvent être utilisés en l'état et doivent être soit du matériel expérimental, soit du matériel devant être adapté en fonction des besoins des utilisateurs.

La formulation « *sans objectif de rentabilité ou de récupération de coûts de recherche et développement* » signifie que ces marchés ne doivent pas avoir de finalité commerciale immédiate. Il s'agit donc du cas particulier de prestations ne relevant pas des gammes commerciales courantes.

Ex: Un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable ne peut pas être conclu pour la mise au point d'un prototype préjudant à la commercialisation ou pour l'achat de biens d'équipement destinés à des laboratoires de recherche ou d'expérimentation, même si ces biens sont achetés pour l'exécution de la recherche.

Un contrat d'acquisition d'un matériel informatique et non informatique bien défini, décrit de manière très détaillée par le pouvoir adjudicateur, déjà présent sur le marché et qu'un fournisseur moyen du secteur aurait été en mesure de réaliser, n'est pas un contrat destiné à la fourniture de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement⁵².

1.2.3. Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée, ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées (article 35-II 3°)

Un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable peut être conclu lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou lorsque seules des offres inappropriées ont été déposées, ces dernières étant assimilées à une absence d'offre. Cette procédure n'est pas ouverte après un dialogue compétitif.

Ex: Lorsque le pouvoir adjudicateur a écarté les candidatures de tous les candidats, aucune offre n'a alors été déposée. Il peut alors recourir à la procédure négociée sur le fondement de l'article 35-II 3° du code.

Le recours à cette procédure dérogatoire est possible si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées (voir point 1.1.1.3. de la présente fiche). S'il apparaît que l'absence d'offres est née d'une définition erronée du besoin, la modification du cahier des charges nécessite de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence.

Une offre inappropriée est une offre ne correspondant pas aux besoins du pouvoir adjudicateur indiqués dans les documents de la consultation.

Ex: Une offre est inappropriée lorsqu'elle ne répond pas aux spécifications techniques imposées par les documents de la consultation alors que le respect de telles spécifications techniques est indispensable à la réalisation du projet⁵³.

Le pouvoir adjudicateur doit avoir organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite. Tel ne serait pas le cas, par exemple, si les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissaient à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de transport

51. Article 31 paragraphe 2 de la directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

52. Tribunal de l'Union européenne, 15 janvier 2013, *Commission c. Royaume d'Espagne*, Aff. T-54/11, points 41 à 45.

53. CJUE, 4 juin 2009, *Commission contre République Hellénique* précitée, points 42 à 44.

légers de petite capacité, les seules offres reçues ne concernaient que des avions de transport de grande capacité⁵⁴.

Le pouvoir adjudicateur est autorisé à mettre en œuvre une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables si les conditions posées à l'article 35-II 3° du code sont réunies. Toutefois, il ne lui est pas interdit de se soumettre à des exigences plus contraignantes en termes de publicité. Ainsi, il peut choisir d'envoyer le dossier de consultation à plusieurs sociétés.

Un rapport particulier peut être demandé par la Commission européenne, afin que le pouvoir adjudicateur démontre que les conditions du recours à la procédure négociée sur le fondement de l'article 35-II 3° du code sont satisfaites.

1.2.4. Les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installation d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes (article 35-II 4°)

Un marché complémentaire de fournitures peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il est exécuté par le fournisseur initial du marché et est destiné soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes.

Cette procédure dérogatoire ne peut être utilisée que lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée du marché complémentaire, périodes de reconduction comprises, ne doit pas dépasser trois ans. Cette durée est calculée à compter de la notification du nouveau marché. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne. Cette dérogation ne s'applique pas lorsque le marché initial a fait l'objet d'un dialogue compétitif.

La procédure des marchés complémentaires peut être utilisée lorsque le marché initial a été passé selon une procédure adaptée. Dans ce cas, le montant cumulé du marché initial et du marché complémentaire ne devra pas dépasser le seuil des procédures formalisées.

A la différence d'un avenant, le marché complémentaire est un nouveau marché, distinct du marché initial. Il n'est pas nécessaire que le marché initial soit totalement exécuté pour qu'un marché complémentaire puisse être passé : ce dernier peut être conclu avant ou après la fin du marché initial.

Les marchés complémentaires de l'article 35-II 4° ne constituent pas des options au sens du droit de l'Union européenne. En conséquence, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de remplir la rubrique relative aux options dans les modèles d'avis de publicité⁵⁵. Toutefois, l'acheteur public pourrait préciser qu'il entend recourir à un marché complémentaire de fournitures au titre de la rubrique « option » dans l'hypothèse où il l'aurait envisagé dès la

54. Point 12.1.2.2 b) du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

55. Point 10.2.1.1. du Guide de bonnes pratiques.

passation du premier marché. En dehors de cette hypothèse, l'accès au marché complémentaire de fournitures ne lui serait pas pour autant interdit⁵⁶.

I.2.5. Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenus nécessaires (article 35-II 5°)

Un marché complémentaire de services ou de travaux peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les prestations qui en sont l'objet ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial.

Ce nouveau marché doit être attribué à l'opérateur économique qui a exécuté le service ou réalisé l'ouvrage.

L'article 35-II 5° du code pose deux conditions alternatives :

- les services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;
- les services ou travaux, même s'ils sont séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé du marché complémentaire ne doit pas dépasser 50% du montant du marché principal. Le montant du marché principal comprend le montant du marché initial, c'est-à-dire celui issu de la mise en concurrence initiale auquel s'ajoute celui de tous les avenants éventuels.

Lorsque le marché initial est à bons de commande sans minimum ni maximum, il n'est pas possible de calculer le montant maximum du marché complémentaire par rapport au montant initial du marché. Il convient donc de calculer ce maximum par rapport à son montant déjà réalisé, c'est-à-dire au montant des commandes passées. Le montant des commandes passées correspond au montant des commandes arrêté avant la conclusion du marché complémentaire, c'est-à-dire avant sa signature. Ce montant englobe les commandes déjà réalisées et les commandes en cours de réalisation ou pour lesquelles un bon de commande a déjà été émis par le pouvoir adjudicateur⁵⁷.

Ex:

- Si le montant forfaitaire du marché principal est de 1 000 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder 500 000 € HT.
- Si le montant forfaitaire initial du marché principal est de 1 000 000 € HT, auquel s'ajoute un avenant de 20 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder la moitié de 1 020 000 € HT, soit 510 000 € HT.
- Si le montant maximum d'un marché à bons de commande est de 500 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder 250 000 € HT.
- Si le marché principal a été conclu sans minimum ni maximum, et si le montant des commandes arrêté avant la signature du marché complémentaire est de 200 000 € HT, le montant du marché complémentaire ne peut pas excéder 100 000 € HT.

56. Réponse ministérielle n°58686, JOAN du 5 août 2014, p.6731.

57. Voir la fiche technique « Les marchés à bons de commande » (point 7)

Les circonstances imprévues doivent toujours constituer des phénomènes irrésistibles et extérieurs aux parties, excédant les vicissitudes de la vie économique⁵⁸. Par exemple, une nouvelle réglementation, dont le contenu ne pouvait être connu au moment de la passation du contrat, peut être regardée comme une circonstance imprévue, qui ne pouvait raisonnablement entrer dans les prévisions des parties lors de la conclusion du contrat. En revanche, une sous-estimation du marché initial, une carence au moment de la détermination de l'objet du marché, un comportement fautif de l'une des deux parties, une évolution prévisible ou un fait imputable à la personne publique ne peuvent justifier le recours à la procédure négociée sur le fondement de l'article 35-II 5° du code⁵⁹.

Ex: La mise en liquidation judiciaire d'un membre d'un groupement de maîtrise d'œuvre n'est pas considérée comme une circonstance imprévue, cette situation faisant partie des aléas usuels de la vie économique⁶⁰.

La conclusion d'un marché complémentaire de services ou de travaux, portant sur des prestations qui n'ont pas été programmées lors du lancement de la procédure de passation du marché initial mais qui se sont avérées nécessaires, doit uniquement permettre l'achèvement des prestations demandées au titre du marché initial. Ce nouveau marché ne peut pas porter sur un service ou un ouvrage nouveau ni procéder à une modification de ceux prévus initialement. Il doit seulement consister en l'accessoire de la prestation initiale.

Ex: La conclusion d'un marché complémentaire à un contrat de maîtrise d'œuvre ne peut pas porter sur la réalisation de trois nouveaux dossiers de consultation des entreprises et l'assistance à la passation de ces trois contrats de travaux, dès lors que ces missions ne peuvent être considérées comme ne figurant pas dans le marché initial qui prévoyait l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des contrats en cours⁶¹.

Les marchés complémentaires de l'article 35-II 5° ne peuvent constituer pas des options au sens du droit de l'Union européenne, dès lors que la passation de ces marchés repose sur la nécessité de pallier des insuffisances résultant de la survenance de circonstances imprévues⁶².

1.2.6. Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire du marché initial passé après mise en concurrence (article 35-II 6°)

Un marché négocié de services ou de travaux peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il porte sur la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire du marché initial passé après mise en concurrence. Cette possibilité n'est pas offerte pour les marchés de fournitures.

Les prestations similaires doivent être entendues comme réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial⁶³. Il s'agit de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires à ceux qui ont été confiés au titulaire du marché initial, à condition que ces nouveaux travaux ou services soient conformes au projet de base ayant fait l'objet du marché initial. Si

58. Réponse ministérielle n°87442, JOAN du 23 novembre 2010, p.12827.

59. CJUE, 27 octobre 2011, *Commission contre République hellénique*, Aff. C-601/10.

60. CAA Marseille, *M. François Deslaugiers*, 2 octobre 2008, n°07MA00016 ; réponse ministérielle n°87442 précitée.

61. CAA Marseille, *M. François Deslaugiers* précité.

62. Réponse ministérielle n°58686, JOAN du 5 août 2014, p.6731.

63. Guide de bonnes pratiques, point 12.1.2.2.d.

les modifications apportées au cahier des charges sont substantielles et entraînent une modification des conditions initiales de mise en concurrence, la réalisation des prestations devrait alors être confiée à un prestataire à l'issue d'une mise en concurrence.

Ex: Le marché de prestations similaires ne peut pas se rapporter à une opération de travaux différente, non prévue par le marché initial.

Le premier marché doit prévoir la possibilité de conclure un marché similaire. L'avis de publicité, le règlement de la consultation ou le cahier des charges doit porter une telle mention. Si les formulaires européens sont obligatoires, la rubrique relative aux options de l'avis de publicité doit alors être remplie⁶⁴.

Pour apprécier le seuil de publicité et de procédure, le pouvoir adjudicateur doit considérer le montant total envisagé, incluant ainsi les prestations de services ou les travaux qu'il envisage de confier au même prestataire. Pour une meilleure information des candidats potentiels, l'avis de marché peut décomposer le montant global des travaux en indiquant la part relative au marché initial et celle relative au marché similaire. La mention d'une telle information est toutefois facultative, et son absence ne rend pas irrégulière le recours à la procédure décrite à l'article 35-II 6° du code.

La durée totale (la durée du marché initial et celle du marché de prestations similaires) ainsi que l'étendue globale des marchés doivent également être mentionnées dans le marché initial. La durée et le montant du marché négocié peuvent être différents de ceux du marché initial, dès lors que le choix de ces éléments intervient lors de la préparation de la consultation initiale.

Le pouvoir adjudicateur doit s'assurer au moment de la passation du marché initial que le titulaire a les capacités suffisantes pour effectuer les prestations du marché similaire⁶⁵.

La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial (et non pas de l'achèvement des prestations du premier marché⁶⁶). L'acheteur public peut passer un marché négocié de prestations similaires si toutes les conditions mentionnées ci-dessus sont respectées, alors même que le marché initial est toujours en cours d'exécution.

Tout comme les marchés complémentaires (article 35-II 4° et 5°), les marchés de prestations similaires constituent de nouveaux contrats juridiquement distincts du marché initial, même si, sur le plan matériel, ils en sont le prolongement. Conformément aux articles 11 et 13 du code des marchés publics, ils doivent comprendre un acte d'engagement et, le cas échéant, des cahiers des charges.

1.2.7. Les marchés et accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours (article 35-II 7°)

Un marché négocié ou un accord-cadre de services peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il est attribué à un ou plusieurs lauréats d'un concours.

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24 du code des marchés publics, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme,

64. Voir fiche technique « Comment utiliser les formulaires européens ? » et *Guide de bonnes pratiques*, point 10.2.1.1.

65. Réponse ministérielle n°48786, JOAN du 19 août 2014, p.7021.

66. CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c. République italienne* précitée, point 34.

de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données⁶⁷. Le concours est également la procédure utilisée obligatoirement pour les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, sous réserve des cas expressément mentionnés à l'article 74-III du code permettant de retenir une autre procédure⁶⁸.

A la fin de la procédure du concours définie à l'article 70 du code, le pouvoir adjudicateur choisit le ou les lauréats du concours et les invite à négocier⁶⁹. Cette négociation, qui peut porter sur le projet, les moyens pour le réaliser ou les clauses du marché, doit être menée avec l'ensemble des lauréats choisis lors du concours.

1.2.8. Les marchés et accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (article 35-II 8°)

Un marché ou un accord-cadre peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Les raisons financières ou économiques ne permettent pas de recourir à la procédure de l'article 35-II 8° du code⁷⁰.

A défaut de pouvoir justifier que les conditions pour avoir recours à cette procédure dérogatoire sont remplies, la procédure négociée est irrégulière⁷¹.

Le pouvoir adjudicateur doit justifier que deux conditions cumulatives⁷² sont remplies :

- La prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur : aucune autre alternative ne doit exister ;
- La nécessité de recours à cet opérateur résulte soit de raisons techniques, soit de raisons artistiques, soit de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité.

1.2.8.1. L'opérateur doit être le seul à pouvoir répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur sans qu'aucune autre alternative technique n'existe

Le pouvoir adjudicateur doit démontrer que la société retenue est la seule à pouvoir répondre à ses besoins, et qu'aucun autre procédé ne peut satisfaire ses besoins⁷³.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer que son besoin ne peut pas être satisfait par d'autres procédés. Ainsi, dès la définition du besoin et conformément à l'article 6 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit définir les prestations qui font l'objet du marché par des spécifications techniques. Ces spécifications, qui doivent être

67. Article 38 du code des marchés publics.

68. Article 74-II et III du code des marchés publics.

69. Article 70-VII et VIII du code des marchés publics.

70. CE, 27 septembre 1991, *Commune de Chartres de Bretagne*, n°81786 ; les investissements préalables ou le savoir-faire ne sont plus au nombre des raisons permettant un marché négocié (article 104 du code des marchés publics de 2001).

71. CE, 2 novembre 1988, *Préfet Commissaire de la République des Hauts-de-Seine*, n°64954.

72. CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n°368846.

73. CE, 11 octobre 1999, *M. Avrillier*, n°165510.

neutres⁷⁴, ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'accès à ce marché⁷⁵.

En revanche, une spécification technique, bien que discriminante, peut être utilisée dès lors que le pouvoir adjudicateur établit qu'elle est justifiée par l'objet du marché⁷⁶. Pour cela, il doit vérifier de façon sérieuse si son besoin peut être couvert par d'autres solutions⁷⁷, c'est-à-dire si une technique ou des caractéristiques différentes permettraient de satisfaire son besoin⁷⁸.

Ex: Le pouvoir adjudicateur peut justifier la référence à une marque dans un marché d'acquisition de matériels si, eu égard à l'objet du marché, un seul produit est susceptible de répondre au besoin⁷⁹ ou si des nécessités techniques justifient une telle référence, avec la mention « ou équivalent »⁸⁰.

Un marché peut justifier la mention de marques lorsqu'il a pour objet la maintenance d'équipements de cette même marque, au sein de son propre parc.

La notion d'opérateur économique déterminé ne paraît pas compatible avec celle de groupement d'entreprise. Si le groupement n'a pas la personnalité morale (hypothèse du groupement de l'article 51 du code), il ne peut pas constituer un opérateur économique déterminé. Dans ces conditions, si l'un des membres du groupement détient un droit d'exclusivité sur une prestation, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence à ce groupement.

Ex: La conclusion d'un marché négocié sur le fondement de l'article 35-II 8° du code n'est pas justifiée :

– dès lors que d'autres sociétés pouvaient réaliser les prestations commandées pour la gestion du stationnement sur la voie publique⁸¹ ;

– dès lors que la préservation de l'homogénéité des travaux dans un programme de réhabilitation ne permet pas d'établir que la société titulaire d'un premier marché de travaux est la seule à qui la commune pouvait demander la réalisation des travaux suivants⁸².

La conclusion d'un tel marché n'est pas non plus justifiée lorsque le pouvoir adjudicateur, bien que visant à assurer l'interopérabilité de la flotte pour réduire les coûts logistiques, opérationnels et de formation des pilotes, ne démontre pas que les hélicoptères d'une marque particulière, qu'il a déjà acquis dans le cadre d'un marché antérieur, seraient les seuls à posséder les spécificités requises, ni en quoi un changement de fournisseurs aurait été de nature à entraîner des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées⁸³.

En revanche, la conclusion d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour le traitement des déchets est justifiée lorsque, bien que d'autres sociétés sont à même de collecter les déchets d'une communauté d'agglomération en vue de leur traitement sur le site, seule la société titulaire, propriétaire du centre et titulaire d'une autorisation d'exploitation de celui-ci, est en mesure d'assurer la prestation de traitement des déchets⁸⁴.

Il en va de même lorsqu'une entreprise, qui a acquis les brevets de fabrication de dalles, est la seule à disposer de brevets lui permettant la réalisation de travaux de réparation provisoire de désordres et de consolidation portant sur ces dalles⁸⁵.

74. CJUE, 10 mai 2012, *Max Havellar*, aff. C-368/10, point 62 notamment ; CJUE, 22 avril 2010, *Commission c. Espagne*, aff. C-423/07, point 58 ; CJUE, 28 octobre 1999, *République d'Autriche*, aff. C-328/96 ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n°257545.

75. CJUE, 22 septembre 1988, *Commission et Royaume d'Espagne c. Irlande*, aff. C-45/87 ; Cass. Crim., 30 juin 2004, n°03-86287.

76. CJUE 26 septembre 200, *Commission c. France*, aff. C-225/98 ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran* précité.

77. CJUE, 15 octobre 2009, *République fédérale d'Allemagne*, aff. C-275/08.

78. CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-337/05.

79. CE, 3 décembre 1999, *Entreprises Porte*, n°171293.

80. CJUE, 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-359/93 ; TA Strasbourg, 24 juillet 2001, *Préfet Bas-Rhin contre Département du Bas-Rhin, Société SMAC ACIEROÏD*, n°010495 à 010504.

81. CE, 2 avril 1997, *Commune de Montgeron*, n°124883.

82. CE, 8 janvier 1992, *Préfet des Yvelines*, n°85439.

83. CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-337/05.

84. CE, 19 septembre 2007, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole*, n°296192.

85. CAA Douai, 31 octobre 2002, *SA Quille*, n°99DA01074.

1.2.8.2. Les raisons techniques

Le pouvoir adjudicateur doit démontrer que les éléments techniques inhérents à l'objet du marché impliquent des difficultés d'exécution réelles et d'un degré de spécificité technique tel que seul un prestataire déterminé est en mesure d'assurer la prestation.

Ex: Le recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence n'est pas justifié lorsque la prestation est d'une nature courante, sans aucune difficulté technique particulière.

Ex: Le recours à une telle procédure n'est pas non plus justifié lorsque le pouvoir adjudicateur n'apporte pas la preuve que le choix d'un traitement thermique des déchets ou la proximité du lieu d'élimination des déchets constituent des raisons techniques justifiant que le marché ne soit attribué qu'à un prestataire déterminé, notamment car il ne démontre pas le danger pour l'environnement ou la santé publique d'un transport des déchets sur une plus grande distance⁸⁶.

En revanche, le recours à un marché négocié de fourniture de compteurs d'eau individuels, conclu avec l'entreprise qui a initialement installé les réseaux et les compteurs, est justifié par des raisons techniques liées au maintien de l'homogénéité du réseau⁸⁷.

1.2.8.3. Les raisons artistiques

L'achat d'œuvres d'art existantes entre dans le champ d'application de l'exclusion prévue à l'article 3-10° du code des marchés publics. Au contraire, lorsqu'un pouvoir adjudicateur souhaite faire réaliser une œuvre artistique, le marché ainsi conclu doit être précédé d'une publicité et d'une mise en concurrence, sauf à justifier que l'attributaire du marché est le seul à même de réaliser la prestation souhaitée.

Le recours à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour faire réaliser une œuvre est irrégulier dès lors qu'il n'est pas établi que les prestations artistiques n'auraient pu être exécutées par d'autres opérateurs avec des compétences et des moyens techniques ou artistiques équivalents pour des résultats comparables⁸⁸.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de justifier que le choix d'un prestataire relève de « *raisons artistiques particulières* ».

Ex: Le recours à la procédure négociée de l'article 35-II 8° du code des marchés publics n'est pas justifié :

- lorsque le pouvoir adjudicateur confie à des associations l'organisation et la direction artistique d'un festival départemental sans établir en quoi ces prestations n'auraient pas pu être exécutées par d'autres organismes⁸⁹ ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut justifier des raisons artistiques particulières qui auraient justifié que la commande d'une sculpture monumentale devant être implantée sur le domaine public soit confiée exclusivement à un artiste⁹¹ ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut pas établir que, même si la fontaine commandée, du fait de son caractère original, exigeait de la part des constructeurs des compétences particulières et un talent artistique, le tailleur de pierre choisi était le seul à pouvoir réaliser cette sculpture⁹².

86. CJUE, 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-20/01, points 64 et 65.

87. CE, 21 mai 1986, *Société Schlumberger et Syndicat intercommunal mixte pour l'eau et l'assainissement du département de la Vienne c. COREP de la Vienne*, n°56848.

88. TA Melun, 1^{er} décembre 2006, *Préfet de Seine et Marne c/ Dpt de Seine et Marne*, n°065188.

89. CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Commune du Barcarès*, n°11MA00299.

90. TA Melun, 1^{er} décembre 2006, précité.

91. CAA Marseille, 30 septembre 2013, précité.

92. CE, 8 décembre 1995, *Préfet du département de la Haute Corse*, n°168253.

1.2.8.4. Les raisons tenant aux droits d'exclusivité

Le pouvoir adjudicateur doit justifier que ses besoins ne peuvent être satisfaits par la prestation protégée par un droit d'exclusivité, à l'exclusion de tout autre procédé⁹³, et qu'un seul opérateur économique est en mesure de fournir cette prestation⁹⁴.

Il appartient au pouvoir adjudicateur d'obtenir, préalablement à la mise en œuvre de la procédure négociée, la preuve de l'exclusivité dont se prévaut une société et de s'assurer de l'absence de toute concurrence. Par exemple, il doit vérifier que la société est bien la seule à pouvoir disposer d'un droit d'exclusivité sur des prestations de maintenance, notamment au regard des clauses relatives à la propriété intellectuelle du marché d'acquisition de l'outil informatique.

Ex: Le recours à la procédure dérogatoire du marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables est justifié lorsque le prestataire ayant conçu un logiciel est le seul à disposer du droit d'exclusivité pour la maintenance et l'exploitation de ce logiciel⁹⁵.

En revanche, dans le cadre de la réhabilitation d'un bâtiment existant réalisé par un cabinet d'architecte, le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à un autre architecte, sans préjudice du droit moral du cabinet, qui ne détient pas de droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage⁹⁶.

1.2.9. Les marchés et accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse (article 35-II 9°)

Un marché ou un accord-cadre peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées, de façon effective, en bourse.

1.2.10. Les marchés et accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès de liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature (article 35-II 10°)

Un marché ou un accord-cadre peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il a pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

L'expression « *procédure de même nature* » renvoie à des procédures similaires à une faillite, et non pas à toute procédure aboutissant à des ventes à des conditions particulièrement avantageuses, à l'instar des ventes au déballage, des soldes ou des ventes en magasins d'usines⁹⁷ ou des ventes effectuées par le service des domaines de l'Etat.

Trois conditions cumulatives doivent être remplies :

- le marché ne peut avoir que pour objet l'achat de fournitures ;
- cet achat doit être fait à des conditions particulièrement avantageuses, c'est-à-dire à des conditions financières très favorables pour le pouvoir adjudicateur, par rapport aux conditions normales du marché ;

93. CE, 29 novembre 1996, *Département des Alpes de Haute-Provence*, n°102165.

94. CE, 10 octobre 1979, *Préfet de la Loire*, n°01652.

95. CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n°368846.

96. CE, 13 juillet 2007, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, n°296096.

97. Articles L.310-2 et suivants du code de commerce.

– l'achat doit être réalisé auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité ou des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure équivalente.

L'achat de fournitures, certes à des conditions avantageuses, doit cependant répondre à un réel besoin du pouvoir adjudicateur.

Ex: Le pouvoir adjudicateur peut acquérir un équipement dans le cadre d'une vente aux enchères faisant suite à la liquidation judiciaire du fournisseur.

2. La procédure à mettre en œuvre⁹⁸

2.1. La procédure applicable

La procédure négociée est l'une des procédures formalisées définies par le code des marchés publics⁹⁹. Les marchés négociés doivent donc, conformément aux articles 11 à 13 du code, comprendre un acte d'engagement et, le cas échéant, des cahiers des charges. Toutefois, dans le cadre d'un marché négocié conclu sur le fondement de l'article 35-II 1° du code, la passation du marché peut être confirmée par un échange de lettres lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché.

La procédure négociée est décrite aux articles 65 et 66 du code des marchés publics. Certaines mesures ne trouvent cependant pas à s'appliquer du fait de l'absence de publicité et de mise en concurrence dans les cas prévus à l'article 35-II du code.

Ex: Les motifs ayant justifié la conclusion d'un accord-cadre sur le fondement de l'article 35 du code des marchés publics ne permettent pas d'appliquer la procédure négociée lors de l'attribution des marchés subsidiaires, sauf à ce que le pouvoir adjudicateur se trouve dans l'une des hypothèses prévues à l'article 35 du code des marchés publics¹⁰⁰.

2.2. Les étapes de la négociation

La négociation implique nécessairement l'engagement de discussions entre le pouvoir adjudicateur et les candidats, dans le but d'obtenir de meilleures conditions de passation du marché¹⁰¹. L'examen des offres, lorsque plusieurs candidats sont susceptibles de participer à la négociation, se fonde sur des critères qui doivent être annoncés et pondérés¹⁰² dans l'avis de publicité.

Lorsqu'un avis de publicité est nécessaire et que le pouvoir adjudicateur entend limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, l'article 65 du code des marchés publics prévoit que ce nombre minimum de candidats ne peut être inférieur à trois. Cependant, si le nombre minimal de candidats n'est pas atteint, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure en invitant à négocier le ou les « candidats appropriés », c'est-à-dire tout opérateur qui a sollicité une invitation à participer à la procédure et qui remplit les conditions de capacité exigées¹⁰³.

Le délai de remise des offres, qui doit être raisonnable, est fixé en fonction des circonstances de l'achat. Un délai de dix jours est suffisant en l'absence de toute circonstance particulière¹⁰⁴.

98. Voir les deux logigrammes de procédure relatives à la procédure de l'article 35-I et de l'article 35-II du code des marchés publics.

99. Article 26-I 2° du code des marchés publics.

100. Réponse ministérielle n°25591, JO Sénat du 1^{er} mars 2007, p.459.

101. CAA Marseille, 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre, Préfet des Bouches-du-Rhône*, n°00MA001402.

102. CE, 5 avril 2006, *Ministre de la Défense*, n°288441.

103. CJUE, 15 octobre 2009, *Hochtief AG Linde-Kca-Dresden GmbH*, Aff. C-138/08, point 38.

104. CAA Bordeaux, 4 mars 2010, *société Nicollin SAS*, n°08BX02366.

Si les négociations sont engagées à l'issue d'une précédente procédure de mise en concurrence, il appartient au pouvoir adjudicateur de fournir toutes les informations communiquées lors de la première consultation, afin de rétablir l'égalité de traitement entre tous les candidats admis à négocier.

Ex: Le pouvoir adjudicateur méconnaît le principe d'égalité de traitement entre les candidats lorsqu'il publie, peu après le début de la phase de négociation, le montant de l'offre présentée par un candidat lors d'une précédente consultation portant sur le même marché, alors que ce candidat n'a pas été informé des offres de prix présentées par les autres candidats¹⁰⁵.

En cas de procédure négociée sans mesure de publicité faisant suite à un appel d'offres infructueux (article 35-I 1°), il n'est pas nécessaire que la lettre de consultation soit accompagnée des documents demandés à l'article 66-1¹⁰⁶ du code, dès lors que, par exemple, la lettre de consultation renvoie sans ambiguïté aux documents de la procédure initiale, indique qu'ils ne sont pas modifiés et demande uniquement aux candidats de déposer de nouvelles offres d'un prix moins élevé¹⁰⁷.

2.3. L'achèvement de la procédure

Les marchés relevant de l'article 35-II du code sont expressément exclus de l'obligation d'information des candidats évincés prévue par l'article 80 du code.

En revanche, les marchés relevant de l'article 35-I du code y sont soumis : les pouvoirs adjudicateurs doivent alors respecter un délai de seize ou onze jours, en cas de transmission par voie électronique, entre la date d'envoi de la notification de l'information aux candidats évincés et la signature du marché. Au titre de l'article 80 du code, les pouvoirs adjudicateurs doivent informer les candidats évincés du nom de l'attributaire, des motifs qui ont conduit au choix de son offre et des motifs qui ont conduit au rejet de leur candidature ou de leur offre.

Dans tous les cas, les pouvoirs adjudicateurs sont obligés de communiquer les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre à un candidat qui en fait la demande écrite, conformément aux dispositions de l'article 83 du code des marchés publics.

Ils sont en outre tenus de lui communiquer le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre et les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, dès lors que le candidat a remis une offre qui n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable¹⁰⁸.

La conclusion de marchés négociés sur le fondement des articles 35-I et 35-II du code doit donner lieu à la publication d'un avis d'attribution, conformément à l'article 85-I du code. L'article 85-II dispose que « *l'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies à l'article 40 du présent code* ».

L'article 85-II du code ne s'applique pas aux marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence, ceux-ci n'ayant pas donné lieu à publication d'un avis d'appel public à

105. CAA Bordeaux, 5 novembre 2007, CNRS, n°04BX00547.

106. « *La lettre de consultation doit au moins contenir : les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ; la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ; les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié ; le cas échéant, la date limite pour demander des documents complémentaires ; la liste des documents à fournir avec l'offre* » (article 66-I du code des marchés publics).

107. CE, 11 août 2009, Société Val'Horizon précité.

108. Voir la fiche technique « *L'information des candidats évincés* ».

la concurrence. Il convient, en toutes hypothèses, de se référer au paragraphe III et, pour les marchés relevant de l'article 30 du code, au paragraphe IV de l'article 85 qui précisent quel organe de publication choisir en fonction du montant et de la nature des prestations du marché.

Deux situations doivent alors être distinguées en fonction du montant du marché :

– dès lors que le montant d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence excède les seuils européens, un avis d'attribution doit être publié au BOAMP et au JOUE (Avis d'attribution de marché - Modèle européen obligatoire) ;

– lorsque le montant du marché ne dépasse pas les seuils européens, le pouvoir adjudicateur peut publier son avis d'attribution sur n'importe quel support, dès lors qu'il constitue une mesure de publicité appropriée. Néanmoins, afin de faire courir le délai du recours en contestation de la validité du contrat¹⁰⁹, l'avis d'attribution doit contenir les informations nécessaires, à savoir la date de conclusion du contrat et les modalités de sa consultation, dans le respect des secrets protégés par la loi¹¹⁰.

109. CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994.

110. Voir la fiche technique « *Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique* ».