MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES
ET DE LA RELANCE
Liberté
Égalité
Fraternité

Direction des
Affaires juridiques

FICHE TECHNIQUE

Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables

L'article L. 2122-1 du code de la commande publique prévoit que « *l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur* ».Les différents cas, limitatifs, dans lesquels peuvent être passés de tels marchés sont précisés aux articles R. 2122-1 à R. 2122-9 ainsi que R. 2122-10 et R. 2122-11 du CCP.

L'acheteur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence, qui doivent s'interpréter strictement[1], sont remplies[2]. À défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office[3].

Si les acheteurs qui recourent aux marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables ne sont pas soumis à l'ensemble des règles de procédure prévues par le code de la commande publique, ils doivent néanmoins respecter les grands principes de la commande publique, rappelés à l'article L. 3 du CCP, ainsi que des règles qui leur sont propres.

Attention, sauf cas spécifique des marchés de services attribués à l'un des lauréats d'un concours en application de l'article R. 2122-6 du CCP (voir ci-dessous), **un seul opérateur économique doit être contacté dans le cadre des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable**.

À défaut, il s'agira d'un marché à procédure adaptée et non d'un marché relevant de l'article L. 2122-1 du CCP. Les règles n'étant pas les mêmes, le risque d'annulation de la procédure est alors élevé.

[1] CJCE, 14 septembre 2004, *Commission c/ République Italienne*, Aff. C-385/02, pts. 19 et 37.
[2] CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, Aff. C-601/10, pt. 32.
[3] CE, 28 juillet 2000, *Jacquier*, n° 202792.

Mise à jour le 01/01/2020.

1. Les hypothèses de recours aux marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables

1.1. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant ou de leur objet

1.1.1 En cas d'urgence impérieuse, notamment en application de certaines dispositions du code de la santé publique, du code de la construction et de l'habitation et du code rural et la pêche maritime (article R. 2122-1 du CCP)

Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées, l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables.

L'article R. 2122-1 du CCP donne des exemples de marchés entrant dans cette catégorie. Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation. Il en va de même pour les marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. Les marchés ainsi conclus sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence[4].

En-dehors des exemples mentionnés expressément à l'article R. 2122-1 du CCP, l'acheteur doit démontrer que deux conditions cumulatives sont remplies :

- Il doit exister une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par les procédures formalisées ;
- L'urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour l'acheteur qui ne doit pas en être responsable[5].Elle ne peut ainsi résulter d'irrégularités ou de négligences commises lors de la passation d'un marché.

Cette possibilité est notamment offerte pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle[6].

Ex. : La survenance d'actes terroristes de l'ampleur de ceux du 13 novembre 2015 constitue une circonstance imprévisible. La gravité des évènements, qui a entraîné la déclaration de l'état d'urgence, a rendu nécessaire la mise en place de mesures de sécurité renforcées dont la nécessité n'avait pu être anticipée jusqu'à présent. Si les marchés publics passés répondent à un besoin né à la suite de ces évènements (par exemple, nécessité de renforcer la sécurité des bâtiments recevant du public), ils peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables.

[4] Voir fiche technique « L'urgence dans les marchés publics ».
[5] CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, Aff. C-601/10, pt. 33 ; CJCE, 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, Aff. C-385/02, pt. 26 ; CAA Lyon, 18 mai 1989, *Société Royat automobiles*, n°89LY00042.
[6] Considérant 80 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

Il doit exister un réel lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence. À 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 imprévisibles[7].

Ex. : Un marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence :

- 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 préalables[8] ;

- 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'offres[9]. Au contraire, si l'hôpital avait omis de lancer une procédure pour disposer d'une plateforme téléphonique dans les délais, un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables sur ce même fondement ne serait pas envisageable juridiquement ;

- 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 intempéries[10]. Au contraire, il ne serait pas possible de recourir à cette procédure dérogatoire pour modifier, par ailleurs, le plan de circulation de la commune si cela n'était pas justifié par les désordres auxquels il faut immédiatement faire face ;

- pour choisir un expert qui assure également la maîtrise d'œuvre de travaux rendus nécessaires par un éboulement rocheux qui menace des habitations[11].

1.1.2 Lorsque, dans le cadre de certaines procédures de passation, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2144-7 ou des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4 ont été présentées (article R. 2122-2 du CCP)

Les acheteurs peuvent avoir recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits par les documents de la consultation initiale, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées.

L'article R. 2122-2 du CCP précise que cette possibilité n'est ouverte, que, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

L'infructuosité des procédures d'appel d'offres lancées par des pouvoirs adjudicateurs et des procédures formalisées par les entités adjudicatrices, ainsi que celle des procédures de passation d'un marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou d'un marché relevant des 3° et 4° de l'article R. 2123-1 peuvent donner lieu à la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence. En revanche, l'infructuosité d'une

[7] CE, 1er octobre 1997, *Hemmerdinger*, n° 151578.
[8] CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, n° 117717.
[9] CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique*, n° 38788.
[10] CAA Marseille, 12 mars 2007, *Commune de Bollène*, n° 04MA00643.
[11] CAA Nantes, 13 juillet 2015, *Mme B*, n° 13NT02444.

procédure avec négociation ou d'un dialogue compétitif lancé par un pouvoir adjudicateur ne permet pas de recourir à un marché sans publicité ni mise en concurrence.

Tout acheteur qui a recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement de l'article R. 2122-2 du CCP doit, lorsque le marché public a pour objet de répondre à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable, transmettre un rapport à la Commission européenne, si elle en fait la demande, dans lequel il démontre que les conditions du recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables sont satisfaites. Il est donc recommandé que ce rapport soit rédiger par principe lors de la conclusion du marché.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, le rapport visé peut être le rapport de présentation qu'ils sont tenus de rédiger en application de l'article R. 2184-1 du CCPI. Pour les entités adjudicatrices, soumises à la simple obligation de conservation des informations prévues par le 1° de l'article R. 2184-8 du CCP, il conviendra de les formaliser dans un rapport ad hoc.

1.1.2.1. Candidature irrecevable et offre inappropriée[12]

Une candidature est irrecevable au sens de l'article R. 2144-7 du CCP lorsque le candidat ou le soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut pas produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur.

Une offre inappropriée au sens de l'article L. 2152-4 est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation.

Ex. : Doit être qualifiée d'inappropriée une offre qui 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 projet[13].

Le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence est possible même en cas de dépôt d'une offre appropriée par un candidat, dès lors que sa candidature était irrecevable au sens du IV de l'article 55 du décret.

S'il apparaît que l'absence d'offres ou le dépôt d'offres inappropriées sont la conséquence d'une définition erronée du besoin, il ne sera pas possible de recourir au marché sans publicité ni mise en concurrence. En effet, dans ce cas, il conviendra de modifier le cahier des charges et de procéder à de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence, rendues nécessaires par cette modification des conditions initiales du marché. r. L'acheteur doit veiller à organiser la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite.

Ex. : L'acheteur porte une responsabilité si aucun des candidats n'a été en mesure de comprendre ce qui était demandé dans les documents de la consultation. Il en va ainsi lorsque les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissent à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de

[12] Voir la fiche « Examen des offres ».
[13] CJCE, 4 juin 2009, *Commission contre République Hellénique*, Aff. C-250/07, points 42 à 44.

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

1.1.2.2. Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées.

Le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables est possible, uniquement à condition que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées, y compris lors de négociations[14]. Le dossier de consultation initial peut, dans ces limites, être adapté pour tenir compte des résultats de la première consultation[15] ou être corrigé afin de prendre en compte les propositions faites par le candidat lors de la négociation. Cependant, la négociation ne doit pas avoir pour effet d'altérer de manière substantielle l'objet initial ou les conditions initiales de réalisation du marché[16], sauf à rendre la procédure irrégulière.

Ex : 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 dans le cadre de la procédure initiale peuvent être considérées comme substantielles.

1.1.3 Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé pour des raisons artistiques (a), techniques (b) ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (c) (article R. 2122-3)

Un marché 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 artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Les raisons financières ou économiques ne permettent pas de recourir à cette procédure dérogatoire[17].

À défaut de pouvoir justifier que les conditions pour avoir recours à cette procédure dérogatoire sont remplies, le contrat est irrégulier[18]. L'acheteur doit établir que deux conditions cumulatives sont remplies[19] :

- La prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur : aucune solution de remplacement raisonnable ne doit exister et l'absence de concurrence ne doit pas résulter d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché;
- La nécessité de recours à cet opérateur résulte soit de raisons artistiques, soit de raisons techniques, soit de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité.

[14] CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Autocars Rignon*, n° 11MA02562.
[15] CE, 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n° 171293.
[16] CAA Douai, 28 janvier 2016, *Commune de Saint-Leu d'Esserent*, n° 14DA00039.
[17] 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 sans mise en concurrence. .
[18] CE, 2 novembre 1988, *Préfet Commissaire de la République des Hauts-de-Seine*, n° 64954.
[19] CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n° 368846.

1.1.3.1. L'opérateur doit être le seul à pouvoir répondre aux besoins de l'acheteur.

L'acheteur doit démontrer que la société retenue est la seule à pouvoir répondre à ses besoins et qu'aucun autre procédé ne peut les satisfaire[20]. La définition du besoin par l'acheteur ne doit pas non plus avoir réduit la concurrence.

Il appartient à l'acheteur de déterminer que ses besoins ne peuvent pas être satisfaits par d'autres procédés. Il doit justifier de l'absence de solutions de remplacement ou de rechange raisonnables telles que le recours à d'autres canaux de distribution, y compris en dehors de l'État membre de l'acheteur ou le fait d'envisager des travaux, fournitures ou services ayant une fonction comparable[21].

Dès la définition du besoin, l'acheteur doit, en principe, définir les prestations qui font l'objet du marché par des spécifications techniques[22]. Ces spécifications, qui doivent être neutres[23], ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'accès à ce marché[24]. En revanche, une spécification technique, même discriminante, peut être utilisée lorsque l'acheteur établit qu'elle est justifiée par l'objet du marché[25]. Pour cela, il doit vérifier de façon sérieuse que ses besoins ne peuvent pas être couverts par d'autres solutions[26], c'est-à-dire qu'il n'existe pas de technique ou de caractéristiques différentes qui permettraient de les satisfaire[27].

Ex. : L'acheteur 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 besoin[28] ou si des nécessités techniques justifient une telle référence, avec la mention « *ou équivalent* »[29]. L'objet du marché public peut justifier la mention d'une marque lorsqu'il porte sur la maintenance d'équipements de cette même marque au sein du parc de l'acheteur.

L'acheteur doit démontrer que l'opérateur retenu est le seul à pouvoir répondre à ses besoins.

Ex. : La conclusion d'un marché sans publicité ni mise en concurrence n'a pas été considérée comme justifiée :

- dès lors que d'autres sociétés pouvaient réaliser les prestations commandées pour la gestion du stationnement sur la voie publique[30] ;

- lorsque la préservation de l'homogénéité des travaux dans un programme de réhabilitation ne permettait pas d'établir que la société titulaire d'un premier marché public de travaux était la seule à qui la commune pouvait demander la réalisation des travaux suivants[31].

- 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 démontrait pas

[20] CE, 11 octobre 1999, *M. Avrillier*, n° 165510.
[21] Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.
[22] Articles R. 2111-4 à R. 2111-17 du CCP.
[23] CJUE, 10 mai 2012, *Max Havellar*, Aff. C-368/10, point 62 notamment ; CJUE, 22 avril 2010, *Commission c. Espagne*, Aff. C-423/07, pt. 58 ; CJCE, 28 octobre 1999, *République d'Autriche*, Aff. C-328/96 ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n° 257545.
[24] CJCE, 22 septembre 1988, *Commission et Royaume d'Espagne c. Irlande*, Aff. C-45/87 ; Cass. Crim, 30 juin 2004, n° 03-86287.
[25] CJCE 26 septembre 2000, *Commission c. France*, Aff. C-225/98 ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, préc.
[26] CJCE, 15 octobre 2009, *République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-275/08.
[27] CJCE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, Aff. C-337/05.
[28] CE, 12 mars 1999, *Entreprises Porte*, n° 171293.
[29] CJCE, 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.
[30] CE, 2 avril 1997, *Commune de Montgeron*, n° 124883.
[31] CE, 8 janvier 1992, *Préfet des Yvelines*, n° 85439.

que les hélicoptères d'une marque particulière, qu'il avait 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 disproportionnées[32].

En revanche, la conclusion d'un marché sans publicité ni mise en concurrence est justifiée :

- lorsque, bien que d'autres sociétés soient 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 déchets[33].

- 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 dalles[34].

- pour l'achat de billets, dont le seul distributeur serait le club de football concerné[35].

La notion d'« opérateur économique déterminé » ne paraît pas compatible avec celle de groupement d'entreprises lorsque celui-ci ne dispose pas de la personnalité morale[36]. En effet, dans la mesure où seul un opérateur déterminé est à même de répondre au besoin de l'acheteur, ce dernier ne peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence avec un groupement, qui réunit plusieurs opérateurs.

1.1.3.2. Les raisons artistiques

Si l'acheteur peut démontrer que la prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur, il doit établir que la nécessité de recourir à cet opérateur résulte de raisons artistiques tenant à la création ou à l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique. En matière d'œuvre d'art, l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art[37].

Lorsqu'un acheteur 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.

Attention toutefois, lorsque la réalisation entre dans le champ de l'obligation dite du « 1 % culturel », le décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 modifié relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation prévoit des procédures spécifiques.

Il appartient à l'acheteur de justifier que le choix d'un prestataire relève de « *raisons artistiques particulières* »[38] et que les prestations artistiques n'auraient pu être exécutées par d'autres

[32] CJCE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, Aff. C-337/05.
[33] CE, 19 septembre 2007, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole*, n° 296192.
[34] CAA Douai, 31 octobre 2002, *SA Quille*, n° 99DA01074.
[35] CE, 28 janvier 2013, *Département du Rhône*, n°356670. Cette absence de mise en concurrence était fondée sur l'ancien II de l'article 28 du code des marchés publics. Ce cas de recours n'existe plus, en tant que tel, dans le droit actuel mais l'article R. 2122-3 pourrait être utilisé.
[36] Article R. 21442-19 du CCP.
[37] Cons. 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.
[38] CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Commune du Barcarès*, n° 11MA00299.

opérateurs avec des compétences et des moyens techniques ou artistiques équivalents pour des résultats comparables[39].

Ex. : Le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence n'a pas été considéré comme justifié sur ce fondement :

- lorsque l'acheteur confiait 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 organismes[40] ;

- lorsque l'acheteur n'a pu exciper de 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 artiste[41] ;

- lorsque l'acheteur n'a pu 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 sculpture[42].

1.1.3.3. Les raisons techniques

L'acheteur doit rigoureusement justifier de l'existence de raisons techniques rendant la mise en concurrence impossible.

Ex**. :** La quasi-impossibilité technique, pour un autre opérateur économique, de réaliser les prestations requises, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique constituent des raisons techniques invocables[43].

La passation d'un marché, sans publicité ni mise en concurrence, de fourniture de compteurs d'eau individuels, conclu avec l'entreprise qui a initialement installé les réseaux et les compteurs, a pu être justifiée par des raisons techniques liées au maintien de l'homogénéité du réseau[44].

Le 2° de l'article R. 2122-3 du CCP donne un exemple de raisons techniques invocables : le cas de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire.

Ex. : Un pouvoir adjudicateur qui souhaite faire réaliser une crèche au rez-de-chaussée d'un immeuble construit en vente en l'état futur d'achèvement pour les besoins d'autres personnes est obligé de faire réaliser les travaux par le même constructeur.

L'acheteur doit démontrer que les éléments techniques inhérents à l'objet du marché public impliquent des difficultés d'exécution réelles et qu'ils sont d'un degré de spécificités techniques tel que seul un prestataire déterminé est en mesure d'assurer la prestation. Le recours à un marché

[39] TA Melun, 1er décembre 2006, Préfet *de Seine et Marne c/ Dpt de Seine et Marne*, n° 065188.
[40] TA Melun, 1er décembre 2006, préc.
[41] CAA Marseille, 30 septembre 2013, préc.
[42] CE, 8 décembre 1995, *Préfet du département de la Haute Corse*, n° 168253.
[43] Cons. 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.
[44] 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.

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 un tel marché n'est pas justifié lorsque l'acheteur 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 distance[45].

1.1.3.4. Les raisons tenant aux droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle

L'acheteur doit justifier que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par la prestation protégée par un droit d'exclusivité, à l'exclusion de tout autre procédé[46], et qu'un seul opérateur économique est en mesure de fournir cette prestation[47]. Cette circonstance rend en effet toute mise en concurrence impossible.

La passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables n'est alors justifiée qu'en cas d'exclusivité objective. L'exclusivité ne doit pas avoir été créée par l'acheteur lui-même en vue de la conclusion du marché[48].

Ex. : Le recours au marché sans publicité ni mise en concurrence préalables est justifié lorsque le prestataire ayant conçu un logiciel est le seul à disposer des droits pour la maintenance et l'exploitation de ce logiciel[49].

En revanche, dans le cadre de la réhabilitation d'un bâtiment existant réalisé par un cabinet d'architecte, qui ne détient pas de droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage, l'acheteur peut avoir recours à un autre architecte[50]. L'architecte initial dispose simplement d'un droit moral susceptible de lui ouvrir droit à indemnisation.

Il appartient à l'acheteur d'obtenir, préalablement à la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables, la preuve de l'exclusivité dont se prévaut une société et de s'assurer de l'absence de toute concurrence.

Ex**. :** L'acheteur doit vérifier que la société est bien la seule à 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.

[45] CJUE, 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-20/01, points 64 et 65.
[46] CE, 29 novembre 1996, *Département des Alpes de Haute-Provence*, n° 102165.
[47] CE, 10 octobre 1979, *Préfet de la Loire*, n° 01652.
[48] Cons. 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.
[49] CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n° 368846.
[50] CE, 13 juillet 2007, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, n° 296096.

1.1.4 Lorsque le marché de fournitures a pour objet des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes 1° de l'article R. 2122-4)

Pour les marchés de fournitures, l'acheteur peut faire exécuter par le fournisseur initial des livraisons complémentaires destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, s'il démontre que le changement de fournisseur l'obligerait à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises. Cette durée est calculée à compter de la notification du marché ayant pour objet les livraisons complémentaires. Cette limitation n'existe pas pour les entités adjudicatrices.

La possibilité de conclure ultérieurement un marché sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement du 1° de l'article R. 2122-4 du CCP ne doit pas être utilisée par les acheteurs pour éviter d'appliquer une procédure formalisée au stade de la passation du marché initial. La sous-estimation volontaire de son besoin par l'acheteur qui aurait ensuite recours à un tel marché constituerait un détournement de procédure.

S'il existe des raisons économiques ou techniques telles que l'interchangeabilité ou l'interopérabilité avec les fournitures achetées dans le cadre du marché initial et si le changement de cocontractant présente un inconvénient majeur ou entraîne une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur, ce dernier peut modifier son marché en cours d'exécution. L'article R. 2194-2 du CCP prévoit en effet cette possibilité pour les fournitures supplémentaires ne figurant pas dans le marché initial et devenues nécessaires, à la condition que l'augmentation du montant du marché ne soit pas supérieure à 50 % du montant initial. Au-delà de ce seuil, l'acheteur doit conclure un marché qu'il peut alors passer selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, si les conditions posées au 1° de l'article R. 2122-4 du CCP sont satisfaites.

Le marché ayant pour objet des livraisons complémentaires peut être conclu avant ou après la fin du marché initial. Il n'est pas nécessaire que le marché initial soit totalement exécuté pour qu'un marché complémentaire puisse être passé.

1.1.5 Lorsque le marché de fournitures a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse (2° de l'article R. 2122-4)

Un marché peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées directement en bourse.

Il peut s'agir, notamment, de l'achat de fournitures achetées directement sur une bourse de matières premières, notamment les plateformes d'échange de produits de base telles que les bourses de produits agricoles, de matières premières et de produits énergétiques, où la structure d'échange multilatérale réglementée et contrôlée garantit naturellement les prix du marché[51].

[51] Cons. 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

1.1.6 Lorsque des marchés de fournitures ou de services sont passés dans des conditions particulièrement avantageuses auprès de certains opérateurs (article R. 2122-5)

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour l'achat de fournitures ou de services dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve de l'article L. 2141-3 du CCP, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre Ier du livre VI de ce même code, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre État.

L'achat de fournitures et de services, certes à des conditions avantageuses, doit cependant répondre à un réel besoin de l'acheteur.

L'expression *« procédure de même nature »* renvoie à des procédures similaires à celles existant en droit français, 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'usines ou des ventes effectuées par le service des domaines de l'État.

Trois conditions cumulatives doivent être remplies :

- le marché ne peut avoir que pour objet l'achat de fournitures ou de services ;
- cet achat doit être fait à des conditions particulièrement avantageuses, c'est-à-dire à des conditions financières très favorables pour l'acheteur, par rapport aux conditions normales du marché ;
- l'achat doit être réalisé auprès d'un fournisseur ou d'un prestataire de services en cessation définitive d'activité ou auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre Ier, ou d'une procédure équivalente.

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

Dans le cas où le marché est conclu avec un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre Ier, ou à l'une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre État, l'acheteur doit s'assurer que l'opérateur ne se trouve pas dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner prévu à l'article L. 2141-3 du CCP. Cela signifie qu'un acheteur ne peut pas acheter, même à des conditions avantageuses, directement auprès d'un opérateur soumis à une procédure de liquidation judiciaire, à une mesure de faillite personnelle, à une interdiction de gérer ou à une procédure de redressement judiciaire sans que celui-ci ne justifie avoir été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

L'acheteur peut donc conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement de l'article R. 2122-5 du CCP auprès d'un opérateur qui fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou d'une procédure de redressement, à condition que celui-ci ait été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Au titre de la procédure de liquidation judiciaire, les actifs de l'opérateur peuvent être vendus par le liquidateur ou le juge-commissaire[52].

[52] Art. L. 642-18 à L.642-20-1 du code de commerce.

L'acheteur peut donc également procéder à l'achat de fournitures aux conditions avantageuses auprès de ces derniers.

1.1.7 Lorsqu'un marché de services est attribué au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours (article R. 2122-6 du CCP)

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

Conformément à l'article L. 2125-1 du CCP, le concours est une technique d'achat par laquelle l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet. Il peut notamment être utilisé dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données.

Le concours restreint est le mode de sélection utilisée obligatoirement par les acheteurs soumis au Livre IV du CCP[53] pour les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée[54], sous réserve des cas mentionnés à l'article R. 2172-2 du CCP permettant de retenir une autre procédure.

Lorsque l'acheteur entend attribuer un marché de services au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application du de l'article R. 2122-6 du CCP, il doit alors l'indiquer dans l'avis de concours[55].

Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations. Ces négociations peuvent porter, notamment, sur le projet, les moyens pour le réaliser ou les clauses du marché.

1.1.8 Lorsque les marchés publics de travaux ou de services ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence (article R. 2122-7)

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il conclut un marché de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent 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 premier marché. Les stipulations du premier marché ne doivent donc pas être substantiellement modifiées à l'occasion de la passation du marché de prestations similaires, ce qui entraînerait une modification des conditions initiales de mise en concurrence du premier marché. 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 premier marché, à condition que ces nouveaux travaux ou services soient conformes au projet de base ayant fait l'objet du contrat initial. Le marché de prestations similaires ne peut pas se rapporter à une opération de travaux différente de celle prévue par le premier marché.

[53] Intitulé « dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée ».
[54] Article R. 2172-2 du CCP.
[55] Article R. 2162-15 du CCP.

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

Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services. Le montant du marché passé sans publicité ni mise en concurrence peut être différent de celui du premier marché, dès lors que le choix de ces éléments intervient lors de la préparation de la consultation initiale.

L'avis de publicité ou les autres documents de la consultation doit porter une telle mention. Si les formulaires européens sont obligatoires, la rubrique relative aux options de l'avis de publicité doit alors être remplie[56].

Pour apprécier le seuil de publicité et de procédure de passation du premier marché, l'acheteur doit considérer le montant total envisagé, incluant ainsi les prestations de services ou les travaux similaires 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 prestations en indiquant la part relative au premier marché et celle relative aux marchés de prestations similaires. La mention d'une telle information est toutefois facultative, et son absence ne rend pas irrégulière le recours à la procédure prévue à l'article R. 2122-7 du CCP.

L'acheteur doit s'assurer, au moment de la passation du premier marché, que le titulaire a les capacités suffisantes pour effectuer les prestations du ou des marchés de prestations similaires[57]. Il peut passer un marché de prestations similaires si toutes les conditions mentionnées ci-dessus sont respectées, alors même que le premier marché est toujours en cours d'exécution.

Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du premier marché, et non pas de l'achèvement des prestations de celui-ci[58]. Une telle limitation n'existe pas pour les entités adjudicatrices.

1.1.9 Lorsque le marché public répond à un besoin d'une valeur estimée inférieure à 40 000 euros HT (article R. 2122-8)

Les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables. Il en est de même des lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros HT, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots.

L'acheteur ne se voit donc pas imposer un formalisme, parfois coûteux en temps et en moyens, pour les marchés de très faible montant et de faible enjeu.

[56] Voir la fiche technique « Comment utiliser les formulaires européens ? »
[57] Rép. min. n° 48786, JOAN, 19 août 2014, p.7021.
[58] CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c. République italienne*, préc., point 34.

Il est toutefois soumis à l'obligation, de bon sens, de veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin[59].

Attention, la formulation *« il existe un seuil de dispense de procédure pour les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 € HT »* qui a pu apparaître dans les articles de presse ou lors d'interventions orales **est source d'erreurs juridiques susceptibles d'aboutir à l'annulation de la procédure de passation**.

En effet, en application de l'article R. 2122-8 du CCP, cette procédure dérogatoire ne peut être utilisée que si le marché répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT. **Ainsi, un marché dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT mais qui répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure à ce même seuil ne peut être passé selon cette procédure, sauf s'il s'agit d'un petit lot répondant à la condition du b) du 2° de l'article R. 2123-1**.

Par exemple, dans le cadre d'un projet de rénovation d'une salle informatique qui comprendrait des travaux de peinture, la rénovation des moquettes, du mobilier, la réfection du système électrique ainsi que l'acquisition de nouveaux équipements informatiques et de vidéo-projection, les règles de calcul de la valeur estimée du besoin imposent de considérer que l'on est en présence d'une unité fonctionnelle[60]. Ce besoin ponctuel doit donc donner lieu à des marchés dont la procédure correspond à celle applicable pour l'ensemble du besoin. Si cette valeur estimée du besoin est de 50 000 euros HT, le fait que l'acquisition des nouveaux ordinateurs et des matériels de vidéo-projection ait été estimée pour une valeur de 20 000 euros HT ne peut dès lors permettre à l'acheteur d'aller voir directement un opérateur économique et de négocier ce marché avec lui sur le fondement de cette procédure dérogatoire. **Un tel marché, qui répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure à 40 000 euros HT ne peut donc être conclu que selon une procédure adaptée et, pour cette raison, doit donner lieu à la dématérialisation obligatoire tant des documents de la consultation que des communications et des échanges ainsi qu'à la publication des données essentielles de ce marché**, même si son montant estimé est, lui, inférieur à ce seuil.

La même règle s'applique pour les marchés de fournitures de livres non-scolaires passés par les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre, pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros HT (cf article R. 2122-9 du CCP).

1.1.10 Lorsque le marché de fournitures de livres non scolaires est passé par un pouvoir adjudicateur mentionné aux 1° et 2 de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre et répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros HT (article R. 2122-9 du CCP)

L'État, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs, les comités d'entreprise ou les

[59] Voir la fiche technique « Quelles règles appliquer pour les achats d'un montant inférieur à 40 000 euros HT ? ».
[60] En ce sens, voir notamment CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F contre Commune de Case-Pilote* n° 11BX02368.

gestionnaires de bibliothèques accueillant du public[61] peuvent bénéficier d'un prix effectif de vente des livres pouvant être compris entre 91 et 100 % du prix de vente au public.

Lorsqu'un marché de fournitures de livres non-scolaires est passé par l'une des personnes mentionnées ci-dessus ayant la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice au sens des articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du CCP, il peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence, si la valeur estimée du besoin auquel ce marché répond est inférieure à 90 000 euros HT.

L'acheteur est toutefois soumis à l'obligation, de bon sens, de veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. Il doit également tenir compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand nombre à cette création.

Une fiche technique, élaborée conjointement par le ministère chargé de la culture et de la communication et la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, accompagne les acheteurs qui souhaiteraient mettre en œuvre cette disposition.

1.2. Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur

1.2.1 Les marchés passés par les seuls pouvoirs adjudicateurs (R. 2122-10 du CCP)

Les marchés de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement, peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables par un pouvoir adjudicateur. Cette possibilité n'est pas offerte pour les marchés de services ou de travaux.

La dérogation ne s'applique pas aux marchés qui prévoient la production de fournitures en quantité visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement et concerne uniquement les marchés de fournitures qui ne peuvent être utilisées en l'état. Cela signifie que les prestations demandées 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 d'amortissement des coûts de recherche et de 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 sans publicité ni mise en concurrence préalables ne peut pas être conclu pour la mise au point d'un prototype préludant 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

[61] Personnes mentionnées aux 1° et 2° de l'Art. 3 de la loi 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre.

la fourniture de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement[62].

1.2.2 Les marchés passés par les seules entités adjudicatrices

1.2.2.1. Lorsque le marché est conclu à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement (1° de l'article R. 2122-11)

Des marchés peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence par les entités adjudicatrices à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. Cette hypothèse s'étend aux marchés de travaux, de services et de fournitures.

Les prestations demandées doivent concerner, soit du matériel expérimental, soit du matériel devant être adapté en fonction des besoins des utilisateurs. Les marchés ne doivent pas avoir de finalité commerciale immédiate.

La passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs. Cela signifie que le marché conclu sur le fondement du 1° de l'article R. 2122-11 du CCP ne doit pas avoir pour conséquence automatique l'attribution au même titulaire d'un marché ultérieur de recherche et de développement conclu avec un objectif de rentabilité. En outre, les entités adjudicatrices ne doivent pas non plus, dans le cadre d'un besoin d'acquisition ultérieur, restreindre les spécifications techniques dudit besoin à celles développées dans le cadre du marché initial de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et couvertes par des droits de propriété exclusifs.

La formulation « *sans objectif de rentabilité ou de récupération de coûts de recherche et de 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.

1.2.2.2. Lorsque le marché a pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché (2° de l'article R. 2122-11 du CCP)

L'entité adjudicatrice peut avoir recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque le marché de fournitures est passé dans des conditions particulièrement avantageuses dès lors que le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché. Cette occasion doit se présenter dans une période de temps très courte et nécessiter que l'entité adjudicatrice puisse faire preuve de réactivité.

Les conditions posées par l'article R. 2122-5 du CCP ne sont pas reprises, offrant ainsi une plus grande souplesse aux entités adjudicatrices pour réaliser ces achats d'opportunité.

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

2. Les spécificités des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence

Les marchés qui satisfont aux conditions posées par les articles précités (R. 2122-1 à R. 2122-11 du CCP) ne sont pas conclus selon une procédure formalisée, ni même une procédure adaptée au sens de l'article L. 2123-1 du CCP. Pour autant, ils ne sont pas exclus du champ d'application du code de la commande publique. Ils doivent donc respecter les grands principes et certaines règles qui leur sont propres.

Les grands principes de la commande publique définis à l'article L. 3 du CCP doivent être respectés pendant toute la durée de la procédure. Ainsi, si les marchés sans publicité ni mise en concurrence sont, par principe, conclus avec un seul opérateur, une négociation peut être menée avec plusieurs opérateurs, par exemple lorsque le marché est attribué à l'un des lauréats d'un concours. Dans cette hypothèse, l'acheteur doit veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation d'un opérateur économique disposant d'informations susceptibles de l'avantager.

La négociation implique nécessairement l'engagement de discussions entre l'acheteur et l'opérateur sélectionné, dans le but d'obtenir de meilleures conditions dans la conclusion du marché[63].

A cet égard, l'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit en aucun cas se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché public au risque de défaillance de l'entreprise titulaire ou à celui de la passation ultérieure d'avenants onéreux voire impossibles à conclure juridiquement. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière. Une formation des acheteurs à cette technique est indispensable. L'acheteur et l'opérateur économique peuvent négocier notamment sur :

- le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- le délai : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- les garanties de bonne exécution du marché public (pénalités, résiliation...).

Conformément à l'article R. 2132-7 du CCP, les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables doivent, en principe, être passés par voie dématérialisée. Toutefois, lorsque le marché répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur n'est pas tenu d'utiliser des moyens de communication électronique[64].

A l'issue de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs doivent établir un rapport de présentation conformément à l'article R. 2184-1 du CCP, lorsque le marché répond à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens publiés en annexe du code. Ce rapport comprend

[63] CAA Marseille, 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre, Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 00MA001402.
[64] Cf 1° de l'article R. 2132-12 du CCP.

notamment les motifs de la passation du marché sans publicité ni mise en concurrence préalables. Dans la mesure où l'avis d'attribution, si un tel avis a été publié, contient les informations exigées, le pouvoir adjudicateur peut renvoyer, dans le rapport de présentation, à cet avis.

Les motifs de la passation du marché sans publicité ni mise en concurrence préalables font partie des informations que les entités adjudicatrices doivent conserver conformément à l'article R. 2184-8 du CCP, lorsque le marché public répond à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens publiés en annexe du code. Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations demandées à cet article, l'entité adjudicatrice peut s'y référer.

Ces informations, documents ou leurs principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande et, le cas échéant, aux autorités chargées du contrôle des marchés publics en même temps que les documents contractuels.