ASSEMBLÉE NATIONALE

14ème legislature

Question N° : 32663	De **M. Fabrice Verdier** (Socialiste, républicain et citoyen - Gard)	**Question écrite**
Ministère interrogé > Économie et finances	**Ministère attributaire** > Économie et finances	
Rubrique >marchés publics	**Tête d'analyse** >code des marchés publics	**Analyse** > réglementation. perspectives.
Question publiée au JO le : **16/07/2013** Réponse publiée au JO le : **15/10/2013** page : **10816**		

Texte de la question

M. Fabrice Verdier attire l'attention de M. le ministre de l'économie et des finances sur les modalités de recours aux procédures de marchés publics sans publicité ni mise en concurrence préalable en application des dispositions des articles 28-II et 35-II-8 du Code des marchés publics. Il s'interroge sur la distinction à laquelle il convient de procéder s'agissant des circonstances dans lesquelles la publicité et la mise en concurrence sont impossibles ou inutiles au titre de l'article 28-II et celles dans lesquelles ces formalités sont écartées pour des motifs tirés de la protection de droits d'exclusivité. En effet, le Conseil d'État propose à ce jour une interprétation très restrictive des conditions permettant le recours à l'article 35-II-8. Ainsi a-t-il été jugé qu'un marché ayant pour objet l'achat de places permettant au jeune public, notamment en difficulté, d'assister gratuitement à des matchs de football justifiait le recours à l'article 28-II au motif que la publicité ainsi que la mise en concurrence constituaient des formalités impossibles ou manifestement inutiles. Les juges du Palais Royal ont ici précisé que s'agissant de prestations ayant nécessairement un caractère unique, une mise en concurrence pour l'achat spécifique de ces billets, dont seul le club de football "Olympique Lyonnais" était le distributeur, s'avérait impossible au sens des dispositions précitées de l'article 28 du Code des marchés publics. En conséquence, la collectivité avait pu légalement décider que les marchés seraient passés sans publicité ni mise en concurrence préalable et par voie de conséquence sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Considérant que seul cet opérateur économique pouvait être sollicité pour l'achat de pareilles prestations, il l'interroge sur l'applicabilité de l'article 35-II-8 en des circonstances similaires et les conditions de recours à cet article, et la teneur de la notion de protection de droits d'exclusivité et notamment si cette notion doit impérativement être rattachée à celle de brevet. Enfin, pour éviter toute systématisation de l'application des dispositions de l'article 28-II, il l'interroge également sur les conditions de recours à cet article, s'agissant notamment du caractère impossible ou inutile des formalités de publicité et de mise en concurrence.

Texte de la réponse

La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable ne peut être utilisée que si la nécessité de recourir à un opérateur économique déterminé découle de l'un des motifs visés par l'article 35-II-8° du code des marchés publics. Si, en raison de la détention de droits d'exclusivité ou pour des raisons techniques ou artistiques, un marché ou un accord-cadre ne peut être attribué qu'à un prestataire déterminé, la personne publique a la possibilité de conclure un marché négocié sans avis de publicité et sans mise en concurrence. Ces motifs revêtent un caractère exhaustif et sont d'interprétation stricte. Le pouvoir adjudicateur doit, pour justifier le recours à cette procédure, non seulement établir l'existence de raisons techniques, artistiques ou tenant à des droits d'exclusivité, mais également prouver que celle-ci rend absolument nécessaire l'attribution du marché à un prestataire déterminé

et que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par cette seule prestation. Le recours à cette procédure n'est donc possible que si l'opérateur économique pressenti est, soit techniquement ou artistiquement le seul à même de réaliser la prestation, soit détenteur d'un droit exclusif. La protection de l'environnement peut constituer une raison technique justifiant le recours à un opérateur déterminé (CJCE, 10 avril 2003, Commission contre Allemagne, aff. C-28/01). Le recours à la procédure négociée a également été considéré comme justifié pour des raisons techniques dans une affaire où la fourniture de compteurs d'eau individuels avait été confiée à l'entreprise qui avait initialement installé les réseaux et les compteurs (CE, 21 mai 1986, Sté Schlumberger et Syndicat intercommunal mixte pour l'eau et l'assainissement du département de la Vienne c/ Corep de la Vienne, n° 56848). Ne peuvent être considérées comme des raisons techniques des raisons financières ou économiques (CE, 27 septembre 1991, Chartres-de-Bretagne, n° 81786) ou l'offre de prestations annexes (CE, 2 novembre 1988, Préfet Commissaire de la République des Hauts-de-Seine, n° 64954). Un tel recours peut également être autorisé lorsque le droit exclusif nécessaire à la satisfaction des besoins de l'administration n'est détenu que par un seul opérateur. En revanche, la condition n'est pas remplie lorsque, tout en étant protégées par des droits d'exclusivité, la fabrication ou la livraison du produit, objet du marché, ne sont pas réservées à un seul opérateur (CJCE, 3 mai 1994, Commission contre Espagne, aff. C- 328/92). La possession d'un brevet n'est pas considérée à elle seule comme un droit d'exclusivité au sens de l'article 35-II-8° du code des marchés publics. Seule la production d'un certificat d'exclusivité relatif aux prestations faisant l'objet du marché permet au pouvoir adjudicateur de recourir aux dispositions de l'article 35-II-8° . La possibilité de recourir à la procédure de passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables est très limitée. Cette procédure ne s'applique qu'à des cas dans lesquels on peut considérer qu'il serait inutile d'inviter des entreprises à soumissionner ou à exprimer leur intérêt, en raison du fait qu'il n'existe qu'un seul prestataire en mesure de fournir la prestation particulière demandée. En conséquence, le pouvoir adjudicateur qui applique cette procédure doit être en mesure d'apporter au juge la preuve que l'entreprise est la seule susceptible de réaliser l'objet du marché et qu'ainsi la mise en compétition est impossible. Dès lors que plusieurs prestataires peuvent fournir la prestation requise, qu'il ne peut pas être démontré que cette prestation ne peut être assurée que par le titulaire du marché en cours ou qu'il n'est pas établi que les prestations scientifiques ou artistiques en cause n'auraient pas pu être exécutées par d'autres opérations avec des compétences et des moyens techniques équivalents, en vue de résultats comparables, il n'est pas envisageable de mettre en oeuvre la procédure négociée prévue par l'article 35-II-8° . L'article 28-II du code des marchés publics précise quant à lui que l'acheteur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 35 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. L'impossibilité ou l'inutilité d'une publicité et d'une mise en concurrence peuvent ainsi être justifiées dans des cas exceptionnels, par exemple lorsqu'un seul fournisseur est en mesure de livrer ou d'exécuter la prestation dans des conditions économiques acceptables compte tenu du montant du marché ou que l'objet du marché consiste en l'achat d'un produit ou d'un service très spécifique pour lequel il n'existe pas de concurrence. De même, un marché devant être passé selon la procédure adaptée peut être conclu librement avec le prestataire situé à proximité du pouvoir adjudicateur si les autres prestataires susceptibles de répondre à la prestation escomptée en sont, eux, particulièrement éloignés. Enfin, le faible degré de concurrence dans un secteur économique considéré peut rendre inutile l'organisation d'une concurrence entre les rares fournisseurs concernés. Dans d'autres cas, toute mesure de publicité ou de mise en concurrence peuvent se révéler manifestement inappropriée voire contre-productive. Il peut en être ainsi en cas d'urgence dûment justifiée. Les acheteurs publics sont tenus d'apprécier au cas par cas les situations dans lesquelles ils peuvent s'abstenir d'organiser une mise en concurrence : ils doivent être en mesure de démontrer l'existence de circonstances particulières justifiant le recours à ces dispositions dérogatoires. Ces hypothèses sont, par principe, relativement rares. La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics rappelle que la dispense de publicité et de mise en concurrence formelle ne signifie pas que le pouvoir adjudicateur est dispensé de toute comparaison des offres. Même pour un montant minime, l'acheteur doit respecter les principes de transparence des procédures, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Il doit être en mesure de prouver qu'il a sollicité plusieurs offres, par exemple, en conservant les devis des entreprises contactées ou pour des achats de fournitures courantes « sur étagères », en relevant les prix et caractéristiques des produits achetés. Si l'absence de publicité formelle est justifiée par l'absence de concurrence, le

pouvoir adjudicateur devra prouver la situation de monopole du cocontractant.