

Les marchés pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence

Les collectivités territoriales du département de l'Hérault, et notamment les plus petites, rencontrent de nombreuses difficultés dans l'application de l'article L. 2122-1 ainsi que des articles R. 2122-1 à R. 2122-11 du CCP.

En effet, de manière générale, les collectivités utilisent ces fondements légaux pour contourner les règles de publicité et de mise en concurrence sans justifier que les conditions de recours sont réunies.

Or, à défaut de justification, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office¹.

Cette fiche a donc été élaborée afin d'éviter ce type d'irrégularités d'une part, et d'autre part, permet de rappeler que 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 CCP, ils doivent en revanche **respecter les grands principes de la commande publique prévus par l'article L3 du code.**

- **Dans quels cas est-il possible de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ?**

Conformément à l'article L.2122-1 du CCP, l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'État 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 ou à un motif d'intérêt général.

¹ CE, 28 juillet 2000, n°202792

Les cas limitatifs, dans lesquels peuvent être passés de tels marchés sont ensuite précisés par les articles R. 2121-1 à R. 2122-9 ainsi que R. 2122-10 et R. 2122-11 du CCP. Ces derniers se regroupent selon une summa divisio :

NB : Les marchés pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence en raison d'une première procédure infructueuse seront étudiés dans la fiche suivante.

1) Les marchés pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur objet	
<p>Article R. 2122-1 CCP : L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables 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 (catastrophe naturelle, édifice menaçant ruine...).</p>	<p>2 conditions :</p> <ul style="list-style-type: none"> – 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 responsable².
<p>Article R. 2122-2 CCP : L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.</p>	<p>Attention : Tout acheteur qui a recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence sur ce fondement doit, lorsque son montant est supérieur ou égale au seuil européen applicable, transmettre un rapport à la Commission européenne si elle en fait la demande.</p>
<p>Article R. 2122-3 CCP : L'acheteur peut passer ces marchés lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur</p>	<p>2 conditions :</p> <ul style="list-style-type: none"> – La prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur c'est-à-dire qu'aucune solution de remplacement ne

² CJUE, 27 octobre 2011, aff. C-601/10

<p>économique déterminé (œuvre d'art, exclusivité...).</p>	<p>doit exister³ et l'absence de concurrence ne doit pas résulter d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché ;</p> <p>– 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'exclusivité⁴.</p>
<p>Article R. 2122-4 CCP : L'acheteur peut passer ce type de marché dans le cadre de livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial sous certaines conditions édictées par le code ou pour l'achat de manières premières cotées et achetées en bourse.</p>	<p>Attention : Lorsqu'un tel marché est passé par un acheteur public, sa durée ne peut dépasser, sauf cas exceptionnels dûment justifiés, trois ans, périodes de reconduction comprises.</p>
<p>Article R. 2122-5 CCP : L'acheteur peut passer ces marchés pour l'achat de fournitures ou de services dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive, soit auprès d'un opérateur soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce</p>	<p>3 conditions :</p> <p>– Le marché ne peut avoir que pour objet l'achat de fournitures ou de services ;</p> <p>– Cet achat doit être fait à des conditions particulièrement avantageuses, c'est-à-dire à des conditions financières très favorables pur l'acheteur, par rapport aux conditions normales du marché ;</p> <p>– 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 soumis à l'une des procédures prévues</p>

3 CE, 11 octobre 1999, n°165510

4 CE, 2 octobre 2013, n°368846

	par le livre VI du code de commerce.
<p>Article R. 2122-6 CCP : Pour des marchés 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. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure.</p>	
<p>Article R. 2122-7 CCP : Le marché est attribué au lauréat d'un concours.</p>	
<p>Article R. 2122-9 CCP : Les acheteurs (collectivités territoriales) peuvent passer un marché pour la fourniture de livres non scolaires 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 hors taxes.</p>	
<p>Article R. 2122-9-1 CCP : L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes.</p> <p>Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services</p>	

innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.	
--	--

2) Les marchés pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant

<p>Article R. 2122-8 CCP : Les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes pour les fournitures et services et 100 000 euros hors taxes pour les travaux, peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables.</p> <p>NB : Il en est de même pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots.</p>	<p>Attention : L'acheteur est toutefois soumis à l'obligation 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.</p> <p>De plus, il n'est pas possible de se baser sur ce fondement pour un marché dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes mais qui répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure à ce même seuil.</p>
--	--



Les marchés qui satisfont aux conditions posées par les articles précités ne sont pas conclus selon des règles de publicité et mise en concurrence préalables comme en procédure formalisée ou adaptée ; pour autant, ils ne sont pas exclus du champ d'application

du CCP et doivent respecter les grands principes ainsi que certaines règles qui leur sont propres.

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 d'entre eux.

Dans ce cas, l'acheteur public 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. Dès lors, l'acheteur public et l'opérateur économique peuvent être amenés à négocier sur :

- Le prix ou ses éléments ;
- La quantité ;
- La qualité ;
- Le délai ;
- Les garanties de bonne exécution du marché.

Par ailleurs, conformément à l'article R. 2132-7 du CCP, les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence doivent être **passés par voie dématérialisée**, sauf s'ils répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée⁵.

Que faut-il retenir ?

Si l'acheteur se trouve dans l'une des hypothèses précitées, il pourra recourir à un marché passé sans publicité ni mise en concurrence mais ce, **uniquement s'il est en mesure de justifier que les conditions de recours à ce marché, qui doivent s'interpréter strictement⁶, sont remplies.**

⁵ DAJ, Fiche technique – Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables, 01/01/2020

⁶ CJCE, 14 septembre 2004, aff. C-385/02