

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

Le Code de la commande publique prévoit que certains marchés peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence « en raison de la qualité de l'acheteur ». Les types de marchés concernés diffèrent selon que l'acheteur ait la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice.

Certains marchés peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence « en raison de la qualité de l'acheteur », pour reprendre l'intitulé de la section du Code de la commande publique (CCP) regroupant les articles R. 2122-10 et R. 2122-11. La distinction s'opère ici entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

Pour rappel, les pouvoirs adjudicateurs sont les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont un pouvoir adjudicateur assure la majorité du financement de son activité ou contrôle la gestion ou désigne plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance, ainsi que les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun<sup>(1)</sup>.

Quant aux entités adjudicatrices, il s'agit des pouvoirs adjudicateurs susmentionnés ainsi que des entreprises publiques et des opérateurs disposant de droits spéciaux ou exclusifs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 du CCP (il s'agit pour l'essentiel de la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de

## Auteur

**Guillaume Gauch**

Avocat associé

**Romain Millard**

Avocat

SCP Seban & Associés

## Mots clés

Entité adjudicatrice • Marché de fournitures  
• Marché de services • Pouvoir adjudicateur

(1) CCP, art. L. 1211-1.

la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur, d'électricité, d'eau potable, l'extraction de pétrole ou de gaz, la prospection ou l'extraction de charbon ou d'autres combustibles solides, les activités de transport et de services postaux<sup>[2]</sup>.

Les acheteurs agissant en qualité de pouvoir adjudicateur peuvent acheter, sans publicité ni mise en concurrence préalable, des produits fabriqués à des fins de recherche, d'expérimentation, d'études ou de développement.

Quant aux acheteurs agissant en qualité d'entité adjudicatrice, ils peuvent passer des marchés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'études ou de développement ; ils peuvent également procéder à des achats de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse.

### S'agissant des pouvoirs adjudicateurs (CCP, art. R. 2122-10)

Aux termes de l'article R. 2122-10 du CCP, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, sans publicité ni mise en concurrence préalable, conclure des marchés ayant pour objet « l'achat de 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 ».

En d'autres termes, les pouvoirs adjudicateurs peuvent acheter de gré à gré des prototypes qui sont produits dans un objectif de recherche et de développement et non dans une démarche commerciale.

Cette disposition est présente dans le droit de l'Union européenne depuis la directive 93/36 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures. Elle figure aujourd'hui à l'article 32 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative aux marchés publics. Et, jusqu'à l'entrée en vigueur du CCP au 1<sup>er</sup> avril 2019, elle se trouvait à l'article 30-II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

Il convient d'insister sur le fait que cette disposition ne s'applique qu'aux marchés de fournitures.

De plus, les fournitures en question ne doivent pas être produites en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement<sup>[3]</sup>. Elles ne doivent pas non plus être des fournitures courantes (chaises, lits de camp, tapis de sol, peinture, matériels sportifs, équipements hygiéniques<sup>[4]</sup> etc.) ou des produits qui sont bien définis et décrits de manière très détaillée par le pouvoir adjudicateur, déjà présents sur le marché et qu'un fournisseur moyen du secteur serait en mesure de réaliser ; c'est la raison pour laquelle le Tribunal de l'Union européenne, dans un jugement *Commission c/ Royaume d'Espagne*

rendu le 15 janvier 2013, a considéré que le contrat passé par les autorités espagnoles et ayant pour objet « la fourniture du câblage, des moyens de communication, des serveurs et des périphériques nécessaires pour l'adaptation du dossier médical numérique du citoyen aux secteurs de la santé, consultations externes et urgences hospitalières » n'était pas un contrat destiné à la fourniture de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement<sup>[5]</sup>.

### S'agissant des entités adjudicatrices (CCP, art. R. 2122-11)

#### Les marchés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'études ou de développement

Aux termes du 1<sup>o</sup> de l'article R. 2122-11 du CCP, les entités adjudicatrices peuvent, sans publicité ni mise en concurrence préalable, conclure des marchés « 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 ».

Là encore, cette disposition est inscrite dans le droit de l'Union européenne depuis 1993<sup>[6]</sup> et figure aujourd'hui à l'article 50 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014. Et, jusqu'à l'entrée en vigueur du CCP au 1<sup>er</sup> avril 2019, elle se trouvait à l'article 30-III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

Il convient de souligner que le champ d'application matériel de cet article est plus large que celui qui s'applique aux pouvoirs adjudicateurs. En effet, il ne vise aucun type de marché en particulier et, partant, semble inclure dans son champ d'application non seulement les marchés de fournitures mais aussi de travaux et de services.

Toutefois, il convient de souligner que les marchés de services de recherche et de développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation sont exclus du champ d'application de l'ensemble du droit commun de la commande publique, en application de l'article L. 2512-5 du CCP. C'est pourquoi ils ne font pas partie du champ d'application de l'article R. 2122-11 du CCP.

Par ailleurs, les entités adjudicatrices ne peuvent conclure de gré à gré, en raison de leur qualité, des marchés à des fins de recherche, d'expérimentation, d'études ou de développement que si ceux-ci sont dénués de finalité commerciale immédiate, ce qui leur interdit, comme aux pouvoirs adjudicateurs, d'utiliser

[2] CCP, art. L. 1212-1.

[3] Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 32.

[4] CAA Bordeaux 20 juin 2013, Société FD2F, req. n° 11BX02368.

[5] TUE 15 janvier 2013, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, aff. T-54/11, points 39 à 45.

[6] Directive 93/38/CEE du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, art. 20.

cette procédure pour acquérir des prestations relevant de gammes commerciales courantes.

Enfin, la passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs. En d'autres termes, la conclusion de gré à gré d'un marché à des fins de recherche, d'expérimentation, d'études ou de développement dénué de finalité commerciale ne doit pas automatiquement conduire, par la suite, à l'attribution au même opérateur d'un marché conclu cette fois-ci avec un objectif de rentabilité, par exemple en restreignant les spécifications techniques à celles développées dans le cadre du marché initial à visées non commerciales et couvertes par des droits de propriété exclusifs.

### Les achats de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses

Aux termes du 2° de l'article R. 2122-11 du CCP, les entités adjudicatrices peuvent également conclure de gré à gré des marchés « ayant 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 ».

Cet article, qui transpose au mot près le point h) de l'article 50 de la directive 2014/25/UE, permet aux entités

adjudicatrices de procéder de gré à gré à ce que l'on appelle communément des « achats d'opportunité ». Cette possibilité existe dans le droit communautaire depuis la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004<sup>[7]</sup>.

L'achat d'opportunité, au sens de cette disposition, doit donc respecter une double condition :

- d'une part, il doit intervenir dans le cadre d'une occasion qui ne se présente que pour une très courte période et ;
- d'autre part, le prix à payer doit être considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché, sans qu'il n'y ait de précision sur le point à partir duquel un prix peut être considéré comme « particulièrement plus bas ».

Cet achat d'opportunité ainsi défini doit être distingué d'un autre type d'achat d'opportunité qui, celui-ci, est ouvert aux pouvoirs adjudicateurs comme aux entités adjudicatrices, sur le fondement de l'article R. 2122-5 du CCP : il s'agit de l'achat de fournitures ou de services dans des conditions particulièrement avantageuses auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité ou soumis à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, sous réserve que l'opérateur justifie avoir été habilité à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

[7] Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, art. 40.