

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de l'économie, de l'industrie et
du numérique

PROJET D'ORDONNANCE n° du
relative aux marchés publics

NOR :

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

SUR le rapport du Premier ministre et du ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

VU la Constitution, notamment son article 38 ;

VU la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;

VU la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ;

VU la directive 2009/81/CE du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ;

VU le code général des collectivités territoriales ;

VU le code de la construction et de l'habitation ;

VU le code monétaire et financier ;

VU le code pénal ;

VU le code général de la propriété des personnes publiques ;

VU le code de la santé publique ;

VU la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, notamment son article 42 ;

VU l'avis du Conseil national d'évaluation des normes en date du xxxx ;

Le Conseil d'Etat (section de l'administration) entendu ;

Le conseil des ministres entendu,

TITRE PRÉLIMINAIRE

ARTICLE 1^{ER}

Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures régissent les marchés publics soumis à la présente ordonnance.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

ARTICLE 2

I. – Sous réserve des actes d'exécution pris par la Commission européenne pour déterminer les mesures appropriées à la sauvegarde des intérêts de l'Union européenne en matière de politique commerciale, les acheteurs publics garantissent aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne.

II. – Les marchés publics de défense ou de sécurité exclus ou exemptés de l'Accord sur les marchés publics ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

Les acheteurs publics peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation d'un marché public de défense ou de sécurité.

La décision de l'acheteur public prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité.

III. – Pour l'application de la présente ordonnance, les États parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des États membres de l'Union européenne.

ARTICLE 3

Les marchés publics conclus par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

PREMIÈRE PARTIE : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

TITRE I^{ER} : CHAMP D'APPLICATION

Chapitre I^{er} : Définitions

Section 1 : Définition des marchés publics

ARTICLE 4

I. – Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs publics avec un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures ou services.

Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs publics avec un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

II. – La présente ordonnance ne s'applique pas aux transferts de compétence ou de responsabilité entre acheteurs publics en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles.

ARTICLE 5

I. – Les marchés publics de travaux ont pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de prestations de travaux ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur public qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

II. – Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, de produits.

Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

III. – Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

IV. – Lorsqu'un marché public porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

ARTICLE 6

Les marchés publics de défense ou de sécurité sont les marchés publics passés par l'État ou ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et ayant pour objet :

1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;

2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;

3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou au 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;

4° Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale.

Section 2 : Définition des acheteurs publics

ARTICLE 7

Les acheteurs publics soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 8 et 9.

ARTICLE 8

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

- 1° Les personnes morales de droit public ;
- 2° 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 :
 - a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
 - b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- 3° Les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

ARTICLE 9

Les entités adjudicatrices sont :

- 1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 10 ;
- 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 10.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 10 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer ces activités.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs au sens du présent article, les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

Section 3 : Définition des activités d'opérateur de réseaux

ARTICLE 10

I. – Sont des activités d'opérateurs de réseaux au sens de la présente ordonnance les activités définies ci-dessous :

- 1° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur ;
- 2° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ;

3° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable.

Sont également soumis aux dispositions de la présente ordonnance les marchés publics passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés :

a) Soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées ;

b) Soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;

4° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but :

a) d'extraire du pétrole ou du gaz ;

b) de prospecter ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides ;

5° Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux ;

6° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;

7° Les activités visant à fournir des services postaux ou les services autres que les services postaux mentionnés aux a) et b) ci-dessous.

Les services postaux sont les services définis à l'article L. 1 du code des postes et des communications électroniques.

Les services autres que les services postaux sont les services suivants, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs l'une des activités mentionnées à l'alinéa précédent :

a) Les services de gestion de services courrier ;

b) Les services d'envois non postaux tel que le publipostage sans adresse.

II. – N'est pas considérée comme une activité d'opérateur de réseaux :

1° L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

2° L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

3° L'alimentation en eau potable des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;

b) La quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

III. – Aux fins du présent article, le terme « alimentation » comprend la production, la vente en gros et la vente de détail.

Chapitre II : Exclusions

Section 1 : Exclusions générales

ARTICLE 11

I. – La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics, quel qu'en soit l'objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés publics de services conclus avec un acheteur public lorsque cet acheteur public bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

2° Marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;

3° Marchés publics de services de recherche et développement, lorsqu'au moins l'une des deux conditions ci-dessous est remplie :

a) l'acheteur public n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ;

b) l'acheteur public ne finance pas entièrement la prestation ;

4° Marchés publics de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;

5° Marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ;

6° Contrats de travail.

II. – La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics autres que ceux de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;

2° Marchés publics de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité ;

3° Marchés publics de services qui sont des contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers visés au 2° ;

4° Marchés publics de services relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ;

5° Marchés publics de services suivants, lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif :

- a) Marchés publics de services d'incendie et de secours ;
- b) Marchés publics de services de protection civile ;
- c) Marchés publics de services de sécurité nucléaire ;
- d) Marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;

6° Marchés publics de services ayant pour objet l'un des services juridiques suivants :

- a) Services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
- b) Services juridiques fournis par des administrateurs légaux, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
- c) Services juridiques qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;

7° Marchés publics qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens ;

8° Marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

- a) Un instrument juridique tel qu'un accord international, y compris un arrangement administratif, conclu entre un État membre de l'Union européenne et un ou plusieurs États tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses signataires. Cet instrument juridique est communiqué à la Commission européenne ;
- b) Une organisation internationale ;

9° Marchés publics qui sont conclus :

- a) Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ;
- b) Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur public lorsque le marché public est cofinancé pour l'essentiel par cette organisation internationale.

Section 2 : Exclusions propres aux pouvoirs adjudicateurs

ARTICLE 12

La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés publics de services qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ;

2° Marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications ;

3° Marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens du 7° du I de l'article 10 et relatifs aux services suivants :

- a) Services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé ;
- b) Services bancaires et d'investissement et les services d'assurance ;

c) Services de philatélie ;

d) Services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express ;

4° Marchés publics passés ou organisés par un pouvoir adjudicateur exerçant une ou plusieurs des activités visées au 4° du I de l'article 10 et qui sont relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz.

5° Marchés publics passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux et qui cessent d'être soumis à la présente ordonnance en application des dispositions du 5° de l'article 13.

Section 3 : Exclusions propres aux entités adjudicatrices

ARTICLE 13

La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics passés par les entités adjudicatrices dans les cas suivants :

1° Pour l'achat d'eau, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités relatives à l'eau potable mentionnées au 3° du I de l'article 10 ;

2° Pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités dans le secteur de l'énergie mentionnées aux 1°, 2° et 4° du I de l'article 10 ;

3° Pour la revente ou la location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés publics et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

Cette exclusion ne s'applique pas aux marchés publics passés par les centrales d'achats.

Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclus en vertu du présent 3° ;

4° Pour l'exercice d'activités d'opérateur de réseaux ou à des fins autres que la poursuite de ces activités dans un État non membre de l'Union européenne, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de l'Union européenne.

Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les activités qu'elles considèrent comme exclues en vertu du présent 4° ;

5° Les marchés publics passés par les entités adjudicatrices dans un État membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique donnée d'un État membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet État ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Section 4 : Exclusions propres aux marchés publics de défense ou de sécurité

ARTICLE 14

La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés publics de services financiers à l'exception des services d'assurance ;

2° Marchés publics portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État l'exige ;

3° Marchés publics pour lesquels l'application de la présente ordonnance obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'État ;

4° Marchés publics conclus en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ;

5° Marchés publics conclus selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers ;

6° Marchés publics destinés aux activités de renseignement ;

7° Marchés publics passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'État et un autre État membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article 6. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'États membres, l'État notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque État membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;

8° Marchés publics y compris pour des achats civils passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;

9° Marchés publics passés par l'État et attribués à un autre État ou à une subdivision de ce dernier.

Section 5 : Exclusions relatives aux relations internes au secteur public

Sous-section 1 : Quasi-régie

ARTICLE 15

I. – La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, à une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

II. – Le I s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché public :

1° Soit au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les conditions fixées au III ;

2° Soit à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

III. – Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas sur une personne morale de droit public ou de droit privé de contrôle analogue au sens du I peut attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer les dispositions de la présente ordonnance, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

b) Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

c) La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêt contraire à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Sous-section 2 : Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

ARTICLE 16

La présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, mettent en place une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, à condition que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et que les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération.

Sous-section 3 : Contrats attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

ARTICLE 17

I. – Dans les hypothèses précisées au II, la présente ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics passés :

1° Par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée au sens du III du présent article ;

2° Par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices.

II. – Le I est applicable :

1° Aux marchés publics de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec les entreprises auxquelles elle est liée ;

2° Aux marchés publics de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec les entreprises auxquelles elle est liée ;

3° Aux marchés publics de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec les entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marchés publics, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises.

III. – Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice :

1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux d'une entité adjudicatrice ;

2° Les entreprises qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'une entité adjudicatrice au sens du 2° de l'article 9 ;

3° Les entreprises qui peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante sur une entité adjudicatrice au sens du 2° de l'article 9 ;

4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur une entité adjudicatrice au sens du 2° de l'article 9.

Sous-section 4 : Contrats attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise

ARTICLE 18

I. – La présente ordonnance ne s'applique pas :

1° Aux marchés publics passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseau avec l'une de ces entités adjudicatrices ;

2° Aux marchés publics passés par une entité adjudicatrice avec un organisme tel que mentionné au 1°.

II. – Le I s'applique à condition que l'organisme concerné ait été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans et que, aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en soient parties prenantes au moins pendant cette même période.

Chapitre III : Contrats particuliers

Section 1 : Contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs

ARTICLE 19

I. – Les contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 35 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils ont pour objet :

a) Des activités de génie civil ;

b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif ou ;

c) Des prestations de services liés à un des marchés de travaux mentionnés au présent article.

Toutefois, les articles 50 à 55 ne sont pas applicables à ces contrats.

II. – Les pouvoirs adjudicateurs qui octroient des subventions dans les conditions de l’alinéa précédent veillent au respect des dispositions de la présente ordonnance lorsqu’ils n’attribuent pas eux-mêmes les contrats subventionnés ou lorsqu’ils les attribuent au nom et pour le compte d’autres entités.

Section 2 : Contrats mixtes

ARTICLE 20

Les acheteurs publics peuvent décider de conclure un contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui n’en relèvent pas, à condition que ce choix n’ait pas été effectué dans le but de soustraire ce contrat du champ d’application de la présente ordonnance. Dans cette hypothèse, l’article 21 s’applique.

Les acheteurs publics peuvent décider de conclure un marché public unique destiné à satisfaire à la fois des besoins liés à leur activité de pouvoir adjudicateur, des besoins liés à leur activité d’entité adjudicatrice ou des besoins qui relèvent du champ des marchés publics de défense ou de sécurité. Dans cette hypothèse, l’article 22 s’applique.

ARTICLE 21

I. – Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics et des prestations qui relèvent des contrats de concession, les règles suivantes s’appliquent :

1° Si les parties du contrat sont objectivement inséparables, la présente ordonnance s’applique lorsque les prestations qui relèvent des marchés publics constituent l’objet principal du contrat ou s’il est impossible de déterminer l’objet principal du contrat ;

2° Si les parties du contrat sont objectivement séparables, la présente ordonnance s’applique lorsque les prestations qui relèvent des marchés publics constituent l’objet principal du contrat ou lorsque la valeur estimée hors taxe de ces prestations est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l’article 35.

II. – Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui en sont exclues en application des articles 11 à 18, la présente ordonnance ne s’applique pas si les prestations exclues de la présente ordonnance constituent l’objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables. Lorsqu’il n’est pas possible de déterminer l’objet principal du contrat, la présente ordonnance s’applique.

III. – Nonobstant les dispositions du I et du II, lorsque le contrat unique porte en partie sur des prestations qui relèvent de l’article 346 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, la présente ordonnance ne s’applique pas, quel que soit l’objet principal du contrat, à condition que la passation d’un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

ARTICLE 22

I. – Lorsqu’un acheteur public décide de conclure un marché public unique destiné à satisfaire un besoin concernant à la fois ses activités de pouvoir adjudicateur et ses activités d’entité adjudicatrice, les règles applicables sont :

1° Les règles applicables aux entités adjudicatrices si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité d’entité adjudicatrice ;

2° Les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité de pouvoir adjudicateur ou s’il est impossible de déterminer à quelle activité le marché public est principalement destiné.

II. – Lorsque le marché public unique porte en partie sur des prestations énumérées à l’article 6, les règles applicables aux marchés de défense ou de sécurité s’appliquent, à condition que la passation d’un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives.

**TITRE II :
PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**

Chapitre I^{er} : Dispositions générales

Section 1 : Achats centralisés et groupés

Sous-section 1 : Centrales d'achat

ARTICLE 23

I. – Une centrale d'achat est un acheteur public soumis aux dispositions de la présente ordonnance qui mène en permanence des activités d'achat centralisées. Sont des activités d'achat centralisées :

1° L'acquisition de fournitures ou de services destinés à des acheteurs publics ;

2° La passation des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés à des acheteurs publics.

II. – Les acheteurs publics qui recourent à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence pour autant que la centrale d'achat applique, pour la totalité de ses achats, les dispositions de la présente ordonnance.

III. – Les acheteurs publics peuvent, sans appliquer les procédures prévues par la présente ordonnance, attribuer à une centrale d'achat un marché public de services ayant pour objet des activités d'achats centralisées. Ces marchés publics de services peuvent également comprendre la fourniture d'activités d'achat auxiliaires qui consistent à fournir une assistance à la passation des marchés publics, notamment sous les formes suivantes :

1° Infrastructures techniques permettant aux acheteurs publics de conclure des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services ;

2° Conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation de marchés publics ;

3° Préparation et gestion des procédures de passation de marché au nom de l'acheteur public concerné et pour son compte.

Sous-section 2 : Groupements de commandes

ARTICLE 24

Des groupements de commandes peuvent être constitués par les acheteurs publics afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics.

Section 2 : Définition préalable des besoins

ARTICLE 25

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans ses dimensions économique, sociale et environnementale.

ARTICLE 26

I. – Les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques.

II. – Lorsqu'ils achètent un véhicule à moteur au sens du 1° de l'article L. 110-1 du code de la route, les acheteurs publics tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Section 3 : Allotissement

ARTICLE 27

I. – Sous réserve des dispositions du II, les marchés publics sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. Les acheteurs publics peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils estiment que la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Les opérateurs économiques ne sont pas autorisés à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

II. – Nonobstant les dispositions du I, les marchés publics de défense ou de sécurité, les contrats subventionnés mentionnés à l'article 19, les marchés globaux mentionnés à l'article 28 et les marchés de partenariat mentionnés à l'article 59 de la présente ordonnance peuvent être passés en lots séparés.

Dans ce cas, les acheteurs publics peuvent autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

III. – Dans tous les cas, les acheteurs publics peuvent limiter le nombre de lots auxquels un opérateur économique peut postuler ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Section 4 : Marchés globaux

ARTICLE 28

I. – Dans les hypothèses prévues au II, les acheteurs publics peuvent confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale portant sur la construction, la transformation ou la rénovation d'ouvrages, équipements ou biens immatériels, ainsi que sur un ou plusieurs des éléments suivants :

1° Tout ou partie de leur conception ;

2° Leur aménagement, leur entretien, leur maintenance, leur gestion et/ou leur exploitation.

II. – Les acheteurs publics peuvent recourir à un marché global dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque le projet présente une complexité technique, notamment au regard de dimensions exceptionnelles et de difficultés techniques particulières à sa réalisation ;

2° Lorsque des objectifs de performance mesurables sont assignés au titulaire, notamment en termes de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique, en lien avec l'objet du contrat ;

3° Lorsque le marché a pour objet de réaliser :

a) Des logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au I de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée ;

b) Des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ;

c) Des systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ;

d) Des immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;

e) Des immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;

f) Des établissements pénitentiaires ;

g) Des centres de rétention ou des zones d'attentes ;

h) Des immeubles ou équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes visés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Section 5 : Marchés publics réservés

Sous-section 1 : Réserve de marchés publics aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés

ARTICLE 29

I. – Des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 5213-13 du code du travail et à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles et à des structures équivalentes qui emploient une proportion minimale fixée par voie réglementaire de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

II. – Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes qui emploient une proportion minimale fixée par voie réglementaire de travailleurs défavorisés.

Sous-section 2 : Réserve de marchés publics aux entreprises de l'économie sociale et solidaire

ARTICLE 30

I. – Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, qui portent exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est fixée par voie réglementaire, peuvent être réservés par les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 susvisée ou à des structures équivalentes, lorsqu'elles répondent aux conditions cumulatives suivantes :

1° Elles poursuivent une activité de service public relative aux services mentionnés sur cette liste ;

2° L'entreprise à laquelle il est envisagé d'attribuer le marché public n'était pas titulaire, au cours des trois années précédentes, d'un marché public relatif aux services mentionnés ci-dessus attribué par l'acheteur public qui passe ce marché public.

II. – La durée maximale du marché public n'est pas supérieure à trois ans.

Section 6 : Contenu des marchés publics

ARTICLE 31

I. – Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public.

Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services.

II – Les acheteurs publics peuvent imposer que les moyens utilisés pour exécuter un marché public, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

ARTICLE 32

La durée, le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définis dans le marché public, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Chapitre II : Procédure de passation

Section 1 : Évaluation préalable

ARTICLE 33

Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire [*montant envisagé : 100 000 000 € HT*], l'acheteur public réalise, avant le lancement de la procédure, une évaluation qui doit permettre une comparaison en coût complet avec les autres montages contractuels envisageables.

Section 2 : Règles de publicité et de mise en concurrence

Sous-section 1 : Publicité préalable

ARTICLE 34

Les acheteurs publics procèdent à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, qui peuvent varier selon l'objet du marché public, sa valeur estimée hors taxe ou l'acheteur public concerné.

Sous-section 2 : Procédures de mise en concurrence

ARTICLE 35

Sous réserve des hypothèses dans lesquelles un marché public peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence ou passé selon une procédure adaptée quel que soit son montant, les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens, repris par un avis publié au Journal officiel de la République française, sont passés selon une procédure formalisée.

Une procédure formalisée est une procédure dont les modalités sont fixées par voie réglementaire.

Une procédure adaptée est une procédure dont les modalités sont déterminées par l'acheteur public en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Section 3 : Communications électroniques

ARTICLE 36

Les communications et les échanges d'informations effectués en application de la présente ordonnance sont réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Section 4 : Confidentialité

ARTICLE 37

I. – Sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, les acheteurs publics ne communiquent pas les renseignements fournis par les opérateurs économiques, dont la divulgation :

1° Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;

2° Serait contraire à l'intérêt public ;

3° Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

II. – Les acheteurs publics peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation de marché public.

Section 5 : Interdictions de soumissionner

Sous-section 1 : Interdictions de soumissionner obligatoires et générales

ARTICLE 38

Sont exclues des marchés publics :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour complicité ou recel de telles infractions ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions, le recel ou la complicité d'une de ces infractions d'un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance d'une personne morale ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

L'exclusion de la procédure de passation des marchés publics au titre du présent 1° s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation, sauf à ce que la peine d'exclusion des marchés publics ait été prononcée pour une durée différente par le jugement définitif ;

2° Les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste des impôts, taxes, contributions et cotisations en cause est fixée par voie réglementaire.

Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur public se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont :

a) En l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations, constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement ;

b) Ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes, à condition qu'elles respectent cet accord ;

3° Les personnes qui sont soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce, ainsi que les personnes physiques dont, à la date à laquelle l'acheteur public se prononce sur la recevabilité de leur candidature, la faillite personnelle a été prononcée en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du même code ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure

équivalente régie par un droit étranger ainsi que les personnes admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public.

4° Les personnes qui :

a) Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 1146-1, L. 2242-5, L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article 225-1 du code pénal ;

b) Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics.

L'exclusion de la procédure de passation des marchés publics au titre du présent 4° s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la commission de l'infraction, sauf à ce que la peine d'exclusion des marchés publics ait été prononcée pour une durée différente fixée par le jugement définitif ;

Avant qu'une exclusion de la procédure d'attribution du marché public sur le fondement du présent 4° ne soit prononcée par l'acheteur public, l'opérateur économique concerné peut prouver, dans un délai de dix jours :

- Qu'il n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'il a régularisé sa situation, qu'il a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'il a clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête, et, enfin, qu'il a pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute ;

- Ou que la peine d'exclusion des marchés publics n'est pas opposable du fait de l'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale ;

5° Les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

Sous-section 2 : Interdictions de soumissionner obligatoires propres aux marchés publics de défense ou de sécurité

ARTICLE 39

Sont en outre exclus des marchés publics de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13 ou 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense ou à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des marchés publics s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge sauf à ce que la peine d'exclusion des marchés publics ait été prononcée pour une durée différente ;

2° Les personnes qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en cause ;

3° Les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État.

Sous-section 3 : Dérogation justifiée par l'intérêt général

ARTICLE 40

Les acheteurs publics peuvent exceptionnellement autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner prévu aux articles 38 et 39 à participer à la procédure, à condition que cela soit justifié par des raisons d'intérêt général et que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique.

Sous-section 4 : Interdictions de soumissionner générales et facultatives

ARTICLE 41

Les acheteurs publics peuvent également exclure du marché public :

1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont été sanctionnées par la résiliation d'un contrat de concession ou d'un marché public antérieur du fait de défaillances dans l'exécution des obligations qui leur incombent ;

2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'acheteur public ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;

3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ;

4° Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur public dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.

Les exclusions mentionnées au présent article s'appliquent à moins que le candidat ou soumissionnaire établisse, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Sous-section 5 : Obligation d'information incombant aux opérateurs économiques

ARTICLE 42

Lorsqu'un opérateur économique entre, au cours de la procédure d'attribution ou en cours d'exécution du marché public, dans l'un des cas mentionnés aux articles 38, 39 et 41, il lui appartient d'avertir sans délai l'acheteur public de son changement de situation.

Sous-section 6 : Hypothèse des groupements d'opérateurs économiques et des sous-traitants

ARTICLE 43

I. – Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur public exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

II. – Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant.

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'acheteur public exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat, sous peine d'exclusion de la procédure.

Section 6 : Sélection des candidats

ARTICLE 44

I. – Les acheteurs publics ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure propres à garantir qu'ils disposent de la capacité professionnelle, technique ou financière nécessaire à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

II. – Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les acheteurs publics peuvent ne pas accepter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques au regard, notamment, de l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose pour exécuter le marché, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public, lorsque cette implantation se trouve hors du territoire de l'Union européenne.

Section 7 : Choix de l'offre

Sous-section 1 : Critères d'attribution

ARTICLE 45

Le marché public est attribué au candidat ou, le cas échéant, aux candidats qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères liés à l'objet du marché public au sens de l'article 31.

Sous-section 2 : Offres contenant des produits originaires des États tiers pour les marchés de fournitures des entités adjudicatrices

ARTICLE 46

Lorsque les offres présentées dans le cadre de la passation d'un marché public de fournitures passé par une entité adjudicatrice contiennent des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a conclu aucun accord, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, en vue d'assurer un accès effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers, ces offres sont appréciées dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Section 8 : Achèvement de la procédure

ARTICLE 47

Lorsque la valeur estimée hors taxe du marché public est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 35, le choix des acheteurs publics à l'issue de la procédure de passation est rendu public et communiqué aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue.

ARTICLE 48

Les acheteurs publics établissent des fiches statistiques sur les marchés publics qu'ils passent et les transmettent aux services compétents de l'État.

ARTICLE 49

Les acheteurs publics conservent les documents relatifs à la passation et à l'exécution des marchés publics pendant au moins dix ans après la date de leur fin d'exécution.

TITRE III : EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS

Chapitre I^{er} : Régime financier

Section 1 : Règlements, avances et acomptes

ARTICLE 50

Les marchés publics donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE 51

L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite dans les marchés publics passés par l'État, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. En cas de marché global ayant pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction, sauf si des objectifs de performance directement liés à la construction des ouvrages, équipements ou biens immatériels sont assignés au titulaire.

Pour tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service, une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché public de défense ou de sécurité d'une clause prévoyant un paiement différé.

ARTICLE 52

Les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées conformément aux dispositions du titre IV de la loi du 28 janvier 2013 susvisée.

Section 2 : Garanties

ARTICLE 53

Le marché public peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Chapitre II : Dispositions relatives aux sous-contrats

ARTICLE 54

Le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, confier à un autre opérateur économique, dénommé sous-contractant, l'exécution d'une partie d'un marché public, sans que cela consiste en une cession du marché public.

Pour les marchés publics de travaux ou de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs publics peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire ou, en cas de groupement d'opérateurs économiques, par un membre particulier de ce groupement.

Au sens de la présente ordonnance, sont des sous-contractants les sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975 susvisée et les sous-contractants qui sont dépourvus des caractéristiques d'un sous-traitant.

ARTICLE 55

Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les acheteurs publics peuvent :

- 1° Imposer au titulaire de mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de les choisir comme sous-contractants ;
- 2° Imposer au titulaire de sous-contracter une partie des marchés publics de défense ou de sécurité ;
- 3° Ne pas accepter un opérateur économique proposé par le candidat ou le titulaire comme sous-contractant dépourvu des caractéristiques d'un sous-traitant, pour l'un des motifs prévus aux articles 38, 39, 41 ou 43 au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements.

Chapitre III : Modification du marché public en cours d'exécution

ARTICLE 56

Dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché public ni en changer l'objet.

Chapitre IV : Résiliation des marchés publics

ARTICLE 57

Les acheteurs publics peuvent résilier leurs marchés publics notamment :

- 1° Lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans la conclusion d'un avenant qui ne satisfait pas aux conditions prévues par la présente ordonnance ;
- 2° Lorsque le titulaire se trouvait, lors de l'attribution du marché public, dans un cas d'interdiction de soumissionner ;
- 3° Lorsque le titulaire entre, en cours d'exécution du marché public, dans un cas d'interdiction de soumissionner, à l'exception de l'hypothèse de la procédure du redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce à condition que le titulaire admis à la procédure de redressement judiciaire ait respecté l'obligation prévue à l'article 42 de la présente ordonnance ;
- 4° Lorsque le marché public n'aurait pas dû être attribué au titulaire en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne.

**DEUXIÈME PARTIE :
DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT**

ARTICLE 58

Les marchés de partenariat sont soumis aux dispositions de la première partie de la présente ordonnance, à l'exception des articles 50, 51 et 53, ainsi qu'aux dispositions suivantes.

**TITRE IER :
CHAMP D'APPLICATION**

Chapitre I^{er} : Définitions

ARTICLE 59

I. – Un marché de partenariat est un marché qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général;

2° Tout ou partie de leur financement.

II. – Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

3° La gestion d'une mission de service public pour le compte de la personne publique ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

ARTICLE 60

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Après décision du pouvoir adjudicateur, il peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation.

Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par le pouvoir adjudicateur pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

ARTICLE 61

Lorsque le pouvoir adjudicateur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception des ouvrages, il peut lui-même, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume.

ARTICLE 62

Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire. Aucun risque d'exploitation ne peut être transféré au titulaire.

Au sens de la présente ordonnance, le risque d'exploitation est réputé transféré au titulaire lorsque celui-ci est exposé aux aléas du marché et que, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés et qui sont liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

Chapitre II : Champ organique

ARTICLE 63

Les marchés de partenariat peuvent être conclus par les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice, à l'exception de ceux visés à l'article XX de la loi n°XXX de programmation des finances publiques 2014-2019.

ARTICLE 64

Un marché de partenariat peut être conclu par un pouvoir adjudicateur, autorisé aux termes de l'article 63, pour la réalisation d'une opération répondant à ses besoins ou aux besoins d'un autre organisme de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions. Dans ce cas, une convention est signée entre le pouvoir adjudicateur qui conclut le marché de partenariat et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu.

ARTICLE 65

Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs pouvoirs adjudicateurs, ces derniers peuvent désigner par convention celui d'entre eux qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, et, éventuellement, signera le contrat et en suivra l'exécution. Le cas échéant, cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme.

TITRE II :

DISPOSITIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À LA PASSATION DES MARCHÉS DE PARTENARIAT

Chapitre I^{er} : Conditions de lancement de la procédure

Section 1 : Évaluation préalable

ARTICLE 66

La décision de recourir à un marché de partenariat doit être précédée de la réalisation d'une évaluation préalable, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent le pouvoir adjudicateur à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Cette évaluation préalable comporte une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques ou locales et la disponibilité des crédits.

Section 2 : Condition de recours

ARTICLE 67

Un marché de partenariat ne peut être conclu pour la réalisation d'une opération dont la valeur estimée hors taxe est inférieure à un montant fixé par décret.

ARTICLE 68

La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'évaluation préalable démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont le pouvoir adjudicateur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par voie réglementaire.

Section 3 : Avis de l'organisme expert

ARTICLE 69

L'évaluation préalable de l'article 66 est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire, à l'exception de l'étude de soutenabilité budgétaire qui est soumise pour avis au service de l'Etat compétent.

Section 4 : Autorisation préalable au lancement de la procédure

ARTICLE 70

I. – Pour l'État et ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par le pouvoir adjudicateur est conditionné à l'accord des autorités administratives compétentes.

II. – Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation préalable et les avis sur celle-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

III. – Pour les autres pouvoirs adjudicateurs, l'évaluation préalable et les avis sur celle-ci sont présentés à l'organe décisionnel, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Chapitre II : Obligations relatives à l'achèvement de la procédure

Section 1 : Accord préalable à la signature

ARTICLE 71

I. – L'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public local autorise la signature du marché de partenariat par l'organe exécutif. Le projet de délibération est accompagné de l'évaluation préalable actualisée.

II. – L'organe décisionnel des autres pouvoirs adjudicateurs autorise la signature du marché de partenariat.

III. – L'État et ses établissements publics recueillent l'accord des autorités compétentes préalablement à la signature du marché de partenariat.

Section 2 : Transmission à l'autorité administrative

ARTICLE 72

Une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'autorité administrative. Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique. Les mentions de ces contrats couvertes par le secret, notamment en matière industrielle et commerciale, ne peuvent être divulguées.

TITRE III :
FINANCEMENT DU PROJET ET RÉMUNÉRATION DU TITULAIRE

Chapitre I^{er} : Financement des investissements

ARTICLE 73

- I. – Une personne publique peut concourir au financement des investissements.
- II. – Les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat.
- III. – Le concours de l'État et des collectivités territoriales au financement des investissements peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société. Dans ce cas, les statuts de cette société précisent la répartition des risques entre les actionnaires ainsi que les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêt.

ARTICLE 74

Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles l'actionariat du titulaire, lorsque celui-ci est constitué en société, peut être modifié. Il prévoit notamment les modalités d'information du pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, les modalités de partage de la plus-value de cession des titres.

ARTICLE 75

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable.

Chapitre II : Rémunération du titulaire par le pouvoir adjudicateur

Section 1 : Modalités de détermination de la rémunération du titulaire

ARTICLE 76

La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par le pouvoir adjudicateur, à compter de l'achèvement des opérations mentionnées au 1^o du I de l'article 59, pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat et ne peut varier en fonction des aléas du marché.

Section 2 : Cessions de créance, crédits-bails, hypothèques

ARTICLE 77

- I. – Tout ou partie de la rémunération due par le pouvoir adjudicateur peut être cédée conformément aux dispositions des articles L. 313-29-1 et suivants du code monétaire et financier.
- II. – Le financement des constructions peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.
- III. – Les ouvrages sur lesquels le titulaire dispose de droits réels ou dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du marché de partenariat. Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par le pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, par la personne propriétaire du domaine.
- Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du contrat.

**TITRE IV :
DISPOSITIONS RELATIVES À L'OCCUPATION DOMANIALE**

ARTICLE 78

I. – Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

II. – Le contrat fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition du pouvoir adjudicateur. Il garantit notamment le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont le pouvoir adjudicateur est chargé et le respect des exigences du service public.

III. – Le pouvoir adjudicateur peut exercer une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations édifiées dans le cadre du contrat.

IV. – Le marché de partenariat prévoit les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

ARTICLE 79

I. – Afin de valoriser une partie du domaine, le pouvoir adjudicateur peut, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, autoriser le titulaire à consentir :

1° Des autorisations d'occupation du domaine public ;

2° Des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée.

II. – L'accord du pouvoir adjudicateur doit être expressément formulé pour chacune des autorisations ou des baux consentis par le titulaire. Pour l'État et ses établissements publics, cet accord est donné dans les conditions prévues par le code général de la propriété des personnes publiques. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, cet accord est donné dans les conditions prévues par le code général des collectivités territoriales. Pour les autres pouvoirs adjudicateurs, cet accord est donné dans les conditions prévues par leurs statuts.

Lorsque les baux sont consentis pour une durée excédant celle du marché de partenariat, les conditions de reprise du bail par le pouvoir adjudicateur doivent faire l'objet d'un accord exprès entre le pouvoir adjudicateur, le titulaire et le preneur.

III. – Dans les cas où le marché de partenariat est conclu par le pouvoir adjudicateur pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre organisme de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions, le titulaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine de cet organisme dans les conditions prévues aux I et II, après accord exprès de l'organisme propriétaire du domaine.

Lorsque les baux sont consentis par le titulaire pour une durée excédant celle du contrat, les conditions de reprise du bail doivent faire l'objet d'un accord exprès entre le pouvoir adjudicateur, l'organisme propriétaire du domaine, le titulaire et le preneur.

IV. – Le contrat détermine les conditions dans lesquelles les revenus issus de la valorisation du domaine par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par le pouvoir adjudicateur.

TITRE V :
DISPOSITIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À L'EXÉCUTION DES MARCHÉS DE PARTENARIAT

ARTICLE 80

I. – Le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat.

La définition des petites et moyennes entreprises est fixée par voie réglementaire.

II. – Le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Par dérogation à l'article L. 441-6 du code de commerce, ces prestations sont payées dans un délai de trente jours, à l'exception des marchés de partenariat passés par les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, pour lesquels ce délai est fixé à cinquante jours.

III. – Le pouvoir adjudicateur prend en compte, parmi les critères d'attribution du contrat, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

ARTICLE 81

I. – Afin de permettre le suivi de l'exécution du marché de partenariat, un rapport annuel est établi par le titulaire. Il est adressé, chaque année, au pouvoir adjudicateur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat.

II. – Le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle sur l'exécution du contrat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte-rendu.

III. – Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel établi par le titulaire et les comptes-rendus des contrôles menés par le pouvoir adjudicateur sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant et font l'objet d'un débat.

ARTICLE 82

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat.

Pour l'État, le recours à l'arbitrage est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

TROISIÈME PARTIE :
DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

TITRE IER :
DISPOSITIONS RELATIVES AUX DÉPARTEMENTS ET RÉGIONS D'OUTRE-MER

(...)

TITRE II :
DISPOSITIONS RELATIVES AUX COLLECTIVITÉS D'OUTRE-MER

(...)

TITRE III :
DISPOSITIONS RELATIVES À LA NOUVELLE-CALÉDONIE

(...)

QUATRIÈME PARTIE : DISPOSITIONS DIVERSES

ARTICLE A

Dans toutes les dispositions législatives en vigueur, pour les contrats passés en application de la présente ordonnance, les références au code des marchés publics, à l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, s'entendent comme faisant référence à la présente ordonnance pour autant que lesdits contrats eussent relevés du champ d'application de ces dispositions.

ARTICLE B

I. – Le code général de la propriété des personnes publiques est ainsi modifié :

1° L'article L. 2122-6 est complété par les deux alinéas suivants :

« Une autorisation d'occupation temporaire ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un pouvoir adjudicateur.

« Dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine. » ;

2° Le deuxième alinéa du I de l'article L. 2341-1 est complété par les dispositions suivantes :

« Il ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un pouvoir adjudicateur.

« Dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine. » ;

II. – Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

1° L'article L. 1311-2 est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. L. 1311-2.* – Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

« Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

« Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un pouvoir adjudicateur.

« Dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine. » ;

2° L'article L. 1311-5 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa du I, le signe de ponctuation et les mots : « , en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public » sont supprimés ;

b) Le III est remplacé par les dispositions suivantes :

« III. – Les collectivités territoriales ne peuvent utiliser ces autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels pour l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour leur compte ou pour leurs besoins..

« Dans le cas où une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du I et du code général de la propriété des personnes publiques, les conditions de l'occupation du domaine. » ;

3° Le sixième alinéa de l'article L. 1411-5 est remplacé par un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer aux réunions de la commission avec voix consultative. » ;

4° Le chapitre IV du titre I du livre IV de la première partie est remplacé par un chapitre IV ainsi rédigé :

« *Chapitre IV : Les marchés publics*

« Art. L. 1414-1. – Les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont passés et exécutés conformément à l'ordonnance [insérer la référence à la présente ordonnance].

« Art. L. 1414-2. – Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 35 de l'ordonnance [insérer la référence à la présente ordonnance], à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire du marché est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5. Toutefois, en cas d'urgence impérieuse, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

« Art. L. 1414-3. – I. – Lorsqu'un groupement de commandes est composé d'au moins une collectivité territoriale ou d'un établissement public local autre qu'un établissement public social ou médico-social, il est institué une commission d'appel d'offres composée des membres suivants :

« 1° Un représentant élu parmi les membres ayant voix délibérative de la commission d'appel d'offres de chaque membre du groupement qui dispose d'une commission d'appel d'offres ;

« 2° Un représentant pour chacun des autres membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres.

« La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement. Pour chaque membre titulaire peut être prévu un suppléant.

« Le président de la commission peut désigner des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de la consultation. Celles-ci sont convoquées et peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres.

« La commission d'appel d'offres peut également être assistée par des agents des membres du groupement, compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.

« Le comptable du coordonnateur du groupement, si celui-ci est un comptable public, et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres, lorsqu'ils y sont invités. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.

« II. – Pour les groupements de commandes dont au moins la moitié des membres sont des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social, les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 35 de l'ordonnance susmentionnée sont attribués par la commission d'appel d'offres.

« Pour les groupements de commandes dont moins de la moitié des membres sont des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social, les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 35 de l'ordonnance susmentionnée sont attribués après avis de la commission d'appel d'offres.

« Toutefois, en cas d'urgence impérieuse, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

« Art. L. 1414-4. – Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Cet avis est communiqué à l'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant.

« Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres. » ;

III. – L'article 4 de la loi du 31 décembre 1975 susvisée est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 4. – Le présent titre s'applique aux marchés publics passés en application de l'ordonnance *[insérer la référence à la présente ordonnance]* et aux marchés passés par les entreprises publiques qui ne sont pas des acheteurs publics. » ;

IV. – Le I de l'article 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 susvisée est ainsi modifié :

« I. – Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître d'ouvrage peut confier, par contrat, à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale incluant notamment l'établissement des études et l'exécution de travaux dans les hypothèses prévues par l'ordonnance *[insérer la référence à la présente ordonnance]*. » ;

V. – L'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« IV. – Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un pouvoir adjudicateur. ».

ARTICLE C

Sont abrogés :

1° L'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques ;

2° L'article L. 1615-13 du code général des collectivités territoriales ;

3° Les articles L. 6148-2 à L. 6148-5-3 et L. 6148-7 du code de la santé publique ;

4° Le code des marchés publics ;

5° Le décret-loi du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics ;

6° L'article 21 de la loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs ;

7° L'article 35 septies de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, à l'exception du quatrième alinéa ;

8° L'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ;

9° Les articles 19-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

10° L'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

11° L'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ;

12° L'article 29 de 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 ;

13° L'article 110 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion ;

14° L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ;

15° L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

CINQUIÈME PARTIE : DISPOSITIONS FINALES

ARTICLE D

La présente ordonnance entrera en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 18 avril 2016.

Les marchés publics conclus avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance sont soumis pour leur exécution aux dispositions de la présente ordonnance, à l'exception de son article 50.

Les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance demeurent régis, pour leur passation, par les dispositions en vigueur à la date du lancement de cette consultation ou de l'envoi de cet avis à la publication. Toutefois, leur exécution obéit aux dispositions de la présente ordonnance, à l'exception de son article 50.

ARTICLE E

Le Premier ministre, la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, la garde des sceaux, ministre de la justice, le ministre des finances et des comptes publics, le ministre de la défense, le ministre de l'intérieur, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et la ministre des outre-mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.