

L'hypothèse de réalisation de prestations similaires prévue par l'article R. 2122-7 du CCP

La passation des marchés de prestations similaires n'a jamais connu un véritable engouement. Quelles sont les conditions de mise en œuvre de cette procédure « faussement dérogatoire » au droit commun de la mise en concurrence ?

Précédemment connue sous le terme de « prestations identiques » dans les codes des marchés publics de 2001 et 2004, l'hypothèse des « prestations similaires » permet aujourd'hui encore aux acheteurs publics de passer, sans publicité ni mise en concurrence préalable, un marché de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations de même nature que celles confiées au titulaire initial d'un marché passé après mise en concurrence.

Les dispositions de l'article R. 2122-7 du Code de la commande publique (CCP) prévoient que : « L'acheteur peut passer un marché de travaux ou de services sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services.

Auteur

Christophe Cabanes

Avocat Associé

Vincent Michelin

Avocat Associé

Cabinet Cabanes-Neveu & Associé.

Mots clés

Modifications substantielles • Objet du marché
• Prestations similaires • Tranche optionnelle

Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial ».

Ces dispositions s'inscrivent dans le droit fil de l'article 30.7° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et avant des dispositions de l'article 35 du Code des marchés publics.

Lorsque l'on traite le sujet général des contrats passés sans publicité ni mise en concurrence, c'est souvent dans l'espoir d'identifier pour l'acheteur public des zones de liberté dans la commande publique, lui permettant de gérer des situations complexes, urgentes, parfois de « crise », impliquant qu'un acte d'achat puisse se réaliser dans les conditions offrant souplesse et réactivité.

On en est assez éloigné dans l'hypothèse de la réalisation de prestations similaires tant les conditions d'application de cette disposition sont encadrées, à un point tel que les avantages présentés ne semblent pas supérieurs à ceux offerts par d'autres mécanismes contractuels généralement mieux maîtrisés par les acheteurs publics.

Des conditions strictes de mise en œuvre des marchés de prestations similaires, qui confirment son caractère dérogatoire

Les conditions de procédure sont premièrement très encadrées

D'abord la disposition ne concerne pas les marchés de fournitures, qui sont traités séparément par le Code de la commande publique⁽¹⁾, mais seulement ceux de travaux et de services.

Ensuite, le marché initial doit avoir été passé après mise en concurrence.

On peut le comprendre car on ne saurait notamment admettre que sous prétexte de similarité, on finisse notamment par dépasser le seuil rendant obligatoire la mise en concurrence. Mais le recours au marché similaire est ouvert quelle que soit la mise en concurrence préalablement organisée.

La procédure retenue doit également tenir compte du montant du marché initial mais aussi des nouveaux services ou travaux commandés.

Ce qui suppose donc que l'acheteur public ait, dès la définition de l'objet du marché, pris en compte l'éventualité d'une telle commande similaire et se soit mis en mesure d'en évaluer le montant.

Le marché initial doit encore avoir indiqué la possibilité de confier la réalisation de ces prestations similaires au

même titulaire, ce qui est conforme au respect du principe de transparence.

Dès lors que cette perspective a participé, comme on vient de le voir, à la définition de l'objet du marché, il est cohérent que l'information soit portée à la connaissance de tous les candidats. De surcroît, cette précision évite toute ambiguïté entre le montant du marché initial et l'évaluation prévisionnelle qui intègre des commandes similaires qui demeurent potentielles et sans la moindre garantie d'être passée ainsi que l'a rappelé une réponse ministérielle : « Comme les autres options, le marché de prestations similaires ne représente qu'une faculté pour le pouvoir adjudicateur, d'acquiescer «des achats ou travaux susceptibles d'être effectués» pour son compte (CE 15 juin 2007, Ministre de la Défense, req. n° 299391). Le titulaire n'a pas de droit à se voir attribuer un marché de prestations similaires »⁽²⁾.

Ce qui signifie que l'avis de publicité et les autres documents de la consultation devront faire référence à cette possibilité qui devra être expressément mentionnée sur les formulaires européens, à la rubrique relative « aux options » de l'avis de publicité.

Et ce qui impliquera de l'acheteur public qu'il s'assure, au moment de la passation du premier marché, que le titulaire a bien également les capacités suffisantes pour effectuer les prestations du marché de prestations similaires.

Enfin, pour finir d'encadrer le recours à ce type de commandes, il est prévu que le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de trois ans, décompté à partir du marché initial, pour conclure ces nouveaux marchés relatifs à des prestations similaires.

Y ajoutant que le délai court à compter de la notification du marché initial alors qu'on aurait pu imaginer que le bénéfice de cette disposition se prolonge sur une durée de trois à compter de la dernière des prestations ainsi que l'a souligné la Cour de justice de l'Union européenne :

« 37 - D'une part, s'agissant d'une disposition dérogatoire qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte, il convient d'opter pour l'interprétation qui restreint la période pendant laquelle joue la dérogation plutôt que pour celle qui l'allonge. Répond à cet objectif l'interprétation qui retient comme point de départ la date de conclusion du contrat initial plutôt que la date, nécessairement ultérieure, de l'achèvement des travaux qui en font l'objet.

38 - D'autre part, la sécurité juridique, souhaitable dans les procédures d'attribution de marchés publics, exige que la date de départ de la période en question puisse être définie de manière certaine et objective. Or, si la date de conclusion d'un contrat est certaine, de nombreuses dates peuvent être considérées comme représentant la conclusion des travaux et prêter à autant d'incertitudes. En outre, si la date de conclusion du contrat est définitivement acquise au départ, la date de conclusion des travaux, quelle qu'en soit la définition retenue, peut être

(1) CCP, art. R. 2122-4.

(2) Rep. min. n° 48786, JOAN 19 août 2014., p. 7021

modifiée par des facteurs accidentels ou volontaires tout au long de l'exécution du marché.

39 - Il s'ensuit que, en l'espèce, la période de trois ans prévue à la dernière phrase de l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive, courait à partir de la conclusion des contrats initiaux en 1982 et en 1988. Les marchés en cause ayant été attribués en 1997, la dérogation prévue par ladite disposition n'était donc pas applicable »⁽³⁾.

La référence à la similarité n'offre qu'une marge de manœuvre étroite

On aurait pu penser que le recours à l'adjectif « similaire » qui est, dans sa définition, moins restrictif que le terme « identique » précédemment utilisé par le législateur, aurait offert une certaine latitude aux acheteurs publics dans la passation de ce type de marché.

Le terme identique renvoie en effet à ce qui est strictement semblable, alors que l'adjectif similaire inclut une forme de nuance, une chose pouvant être assimilable à une autre sans être nécessairement identique.

Autrement dit, il aurait pu s'agir d'un achat semblable, ressemblant, voisin.

Mais la doctrine a rapidement fermé la voie à une telle lecture, la modification opérée par le législateur demeurant donc d'ordre strictement sémantique :

« Les prestations similaires doivent être entendues comme réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du premier marché. Les stipulations du premier marché ne doivent donc pas être substantiellement modifiées à l'occasion de la passation du marché de prestations similaires, ce qui entraînerait une modification des conditions initiales de mise en concurrence du premier marché. Il s'agit de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires à ceux qui ont été confiés au titulaire du premier marché, à condition que ces nouveaux travaux ou services soient conformes au projet de base ayant fait l'objet du contrat initial. Le marché de prestations similaires ne peut pas se rapporter à une opération de travaux différente de celle prévue par le premier marché.

Si les modifications apportées au cahier des charges sont substantielles et entraînent une modification des conditions initiales de mise en concurrence, la réalisation des prestations devra alors être confiée à un prestataire sélectionné à l'issue d'une mise en concurrence »⁽⁴⁾.

À suivre la doctrine, le contrôle de la similarité s'opère donc à un double niveau.

Par sa nature, la prestation doit être identique à celle réalisée dans le cadre du premier marché.

Par ses effets, elle ne doit pas conduire à remettre en cause le projet qui est à l'origine de la mise en concurrence initiale.

Les stipulations du premier marché ne doivent donc pas être modifiées à l'occasion de la passation du marché de prestations similaires, ce qui entraînerait, sinon, une modification des conditions initiales de la mise en concurrence du premier marché.

Autrement dit, à quelques ajustements techniques près, la prestation similaire doit offrir la possibilité d'augmenter les quantités de prestations réalisées sans avoir aucune incidence sur la nature du projet initial.

À ce stade de l'analyse, l'intérêt objectif de la disposition consiste donc pour l'acheteur public, à supposer qu'il prenne la précaution de la prévoir systématiquement dans sa mise en concurrence, à lui permettre de faire face à un accroissement des quantités de prestations qu'il n'avait pas initialement envisagé et qui n'aurait pu être satisfait sans une nouvelle mise en concurrence retardant l'aboutissement du projet.

Les marchés de prestations similaires : un intérêt limité au regard des autres techniques contractuelles dont disposent les acheteurs publics

La technique des marchés de prestations similaires, qui ne peuvent donc que constituer la répétition des prestations du marché initial, présente par conséquent un intérêt relativement limité, ce d'autant si on le rapporte aux contraintes procédurales fortes que les acheteurs publics doivent respecter, au premier rang desquelles la nécessité d'avoir expressément prévu et annoncé dès la mise en concurrence initiale, le recours éventuel à un tel marché de prestations similaires.

En cela, si les marchés de prestations similaires figurent bien dans le chapitre 2 « Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables » du titre II, Livre 1^{er}, de la partie réglementaire du Code de la commande publique relative aux marchés publics, ils demeurent en réalité une fausse « dérogation » au principe de publicité et de mise en concurrence préalable, puisqu'une telle procédure de publicité et de mise en concurrence doit avoir été organisée pour la passation du marché initial.

L'intérêt du recours à un marché de prestation similaire interroge d'autant plus que d'autres techniques contractuelles permettent, déjà, aux acheteurs publics, de traiter les aléas qu'ils peuvent rencontrer au stade de la mise en concurrence en termes de quantités de prestations à réaliser.

La tranche optionnelle permet en ce sens à un acheteur public de commander, en cours d'exécution d'un marché et fonction de l'évolution de son besoin, des prestations qui peuvent à la fois être similaires aux

(3) CJUE 14 septembre 2004, Comm.c/République italienne, aff C-385/02.

(4) Fiche DAJ, 1^{er} avril 2014, « Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables ».

prestations de la tranche ferme, ou distinctes de ces dernières.

L'acheteur pourrait même prévoir plusieurs tranches optionnelles, l'une pour la commande de prestations identiques, l'autre impliquant des variations dans la nature des prestations prévues en tranche ferme, se réservant ainsi la possibilité d'affermir celle des deux tranches qui est la mieux à même de satisfaire son besoin lorsque celui-ci survient.

Mais on peut également penser aux accords-cadres à bons de commandes, principalement utilisés en matière de prestations de service, et qui permettent également aux acheteurs de gérer un aléa sur les quantités de prestations à réaliser, avec au surplus un degré de souplesse plus important que celui offert par les marchés de prestations similaires, puisqu'ils peuvent être passés sans montant maximum de commandes, et donc sans limitation des volumes ou des quantités à commander.

Conclusion

Procédure « faussement dérogatoire » du droit commun de la mise en concurrence, la passation des marchés de prestations similaires n'a jamais connu un véritable engouement de la part des acheteurs publics, en raison, notamment, des contraintes procédurales fortes qu'elle implique.

Et on peut sérieusement douter que tel soit un jour le cas, puisque les avantages des marchés de prestations similaires sont aujourd'hui fortement « concurrencés » par la diversité des techniques contractuelles à la disposition des acheteurs publics et qui permettent, sans conclusion d'un nouveau marché, de traiter efficacement les aléas susceptibles d'affecter leur besoin, tant dans sa nature (tranche optionnelle) que dans ses quantités (accords-cadres à bons de commande sans maximum).