

Document mis
en distribution

Le - 3 FEV. 2017



N° 15-2017

**ASSEMBLÉE
DE LA
POLYNÉSIE FRANÇAISE**

Enregistré au secrétariat général de l'assemblée le

0 3 FEV. 2017

RAPPORT

SUR LE PROJET DE LOI DU PAYS PORTANT CODE POLYNÉSIEEN DES MARCHÉS PUBLICS,

*présenté au nom de la commission de l'équipement, de l'urbanisme,
de l'énergie et des transports terrestres et maritimes*

par M. Joseph AH-SCHA,

*Représentant à l'assemblée de la Polynésie française,
Rapporteur du projet de loi du pays.*

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs les représentants,

Par lettre n° 3011/PR du 4 mai 2016, le Président de la Polynésie française a transmis aux fins d'examen par l'assemblée de la Polynésie française, un projet de loi du pays portant code polynésien des marchés publics.

Aux termes des articles 28-1 et 49 de la loi organique statutaire, notre collectivité est compétente pour fixer les règles relatives à la commande publique pour elle-même, ses établissements publics, les communes, leurs groupements et leurs établissements publics, dans le respect des principes de valeur constitutionnelle¹ de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures², d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics.

La mise en œuvre de ces principes impose que la collectivité et les communes polynésiennes disposent d'un cadre réglementaire déterminant les conditions dans lesquelles leurs commandes donnent lieu à une procédure de publicité et de mise en concurrence transparente.

Le cadre réglementaire en vigueur applicable à la Polynésie française et ses établissements publics à caractère administratif résulte de la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984. Cette réglementation s'est fortement inspirée, dans sa rédaction, du livre II du code des marchés publics applicable à l'État issu du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics. Ces dispositions ont fait l'objet d'une quinzaine de modifications d'inégale importance.

S'agissant des communes polynésiennes et de leurs établissements publics, la réglementation applicable, qui relevait de la compétence de l'État jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi organique statutaire du 27 février 2004, était fondée jusqu'en 2008 sur les dispositions des livres III et IV du code des marchés publics national³ dans leur rédaction en vigueur au 15 février 1981. À l'exception de quelques modifications mineures, ce corpus n'a subi aucune évolution réglementaire, et continue d'être appliqué par les communes en dépit de son abrogation malencontreuse par l'État le 1^{er} novembre 2008⁴.

Ces réglementations anciennes nécessitent aujourd'hui d'être reprises par la collectivité afin d'assurer, d'une part, leur mise en conformité avec les principes de la commande publique consacrés en 2003 et inscrits dans la loi organique statutaire, et de sécuriser, d'autre part, les procédures d'achat public. Des efforts ont certes été amorcés en ce sens par la collectivité pour ce qui la concerne⁵. Ces efforts doivent se poursuivre et s'intensifier en y associant désormais les communes, confrontées aujourd'hui à un vide juridique pour leurs marchés.

Malgré l'expiration du délai accordé à la collectivité pour adopter des règles respectueuses de ces principes⁶, elle peut (*et même doit*) prendre les mesures que le statut lui donne la charge d'édicter.

Le projet de loi du pays entend donc **satisfaire à une obligation légale**.

¹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

² La **liberté d'accès** implique que tous les opérateurs intéressés puissent proposer leurs services pour répondre au besoin d'un acheteur public, ce qui suppose qu'il soit informé par une publicité adéquate.

L'**égalité de traitement** interdit toute pratique discriminatoire de nature à favoriser certains opérateurs dans la définition des prestations attendues, la façon dont l'acheteur public fait connaître son besoin, et dans l'ensemble des modalités selon lesquelles les candidats sont mis en concurrence.

La **transparence des procédures**, garantie d'une véritable mise en concurrence, implique notamment que l'acheteur public fasse connaître non seulement la nature de son besoin mais également les conditions dans lesquelles il sera procédé à la sélection de l'attributaire du marché.

³ Créé par le décret n° 66-887 du 28 novembre 1966 modifiant et complétant le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 ; étendu une première fois par la loi n° 77-1460 du 29 décembre 1977 modifiant le régime communal dans le territoire de la Polynésie française, il est procédé à une nouvelle extension par le décret n° 80-918 du 13 novembre 1980 pris pour l'application de la loi du 29 décembre 1977 précitée (*publié au JOPF du 15 février 1981*)

⁴ L'ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007 portant extension des première, deuxième et cinquième parties du CGCT aux communes de la Polynésie française, à leurs groupements et à leurs établissements publics, abroge la loi n° 77-1460 du 29 décembre 1977 à compter du 1^{er} mars 2008. Quant au décret n° 2008-1020 du 22 septembre 2008 portant extension des première, deuxième, et cinquième parties CGCT aux communes de la Polynésie française, à leurs groupements, et à leurs établissements publics, il abroge le décret n° 80-918 du 13 novembre 1980 à compter du 1^{er} novembre 2008.

⁵ Cf. délibération n° 2014-59 APF du 8 juillet 2014 portant diverses mesures de simplification et de sécurisation des marchés publics ; délibération n° 2015-15 APF du 7 mai 2015 portant exclusion de certains marchés du champ d'application du code des marchés publics.

⁶ Cf. article 36-VI de la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française : « au plus tard le 1^{er} juillet 2009 ».

Au-delà de cette obligation, **moderniser les marchés publics** est aujourd'hui une nécessité afin d'accompagner les efforts de relance de la commande publique et stimuler ainsi l'activité économique. L'introduction de préoccupations d'ordre social ou environnemental lors de la passation et l'exécution des marchés publics, afin de répondre à l'objectif constitutionnel de développement durable assigné aux politiques publiques⁷, y participe tout comme l'insertion de nouvelles procédures de passation et le rehaussement des seuils de procédures formalisées concernant les communes.

Enfin, une **unification des règles** applicables à la passation et à l'exécution des marchés publics de la Polynésie française, des communes ainsi que leurs démembrements est souhaitable afin de simplifier les rapports avec les entreprises, qui se verront désormais appliquer un corps de règles identiques pour l'accès et l'attribution des marchés publics de ces mêmes collectivités.

C'est pour répondre à ces objectifs que les travaux d'élaboration d'un nouveau code polynésien des marchés publics ont été engagés à l'initiative du gouvernement depuis janvier 2015.

Pour son élaboration, le choix a été fait de s'inspirer du code des marchés publics national issu du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006, en raison des garanties en termes de respect des principes constitutionnels de la commande publique qu'il comporte et des souplesses qu'il introduit. Certaines des avancées pertinentes pour la collectivité apportées par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui se substitue audit décret, ont toutefois été transposées.

Les travaux préparatoires se sont échelonnés jusqu'en août 2015, date à laquelle des consultations sur un premier avant-projet ont été engagées. Ces consultations ont été adressées à l'ensemble des ministères et établissements publics de la collectivité qui leur sont rattachés.

L'inclusion des communes dans le champ d'application de la réforme a conduit à étendre les consultations au représentant de l'État en Polynésie française, au Syndicat pour la promotion des communes ainsi qu'aux communes de Faaa et Arue. La journée de rencontre des maires organisée à la Présidence le 18 septembre 2015 fut l'occasion de sensibiliser les communes aux évolutions réglementaires envisagées.

La Paierie de la Polynésie française et la Caisse de prévoyance sociale ont également été consultées. Le monde professionnel n'a pas été omis puisque des représentants du secteur bancaire, de la Chambre syndicale des entrepreneurs du bâtiment et des travaux publics (CSEBTP) et de la Chambre syndicale des métiers du génie civil et des travaux publics (CSMGCTP) ont été sollicités.

Le futur code réunit les règles relatives à la préparation, à la passation et à l'exécution des marchés publics tant pour la Polynésie française que pour les communes ainsi que leurs démembrements (*établissements publics et groupements*).

Le futur code opérera en conséquence une distinction entre une partie législative comportant des dispositions issues des lois du pays (*numérotées « LP »*) et une partie réglementaire regroupant celles issues des arrêtés (*numérotées « A »*).

Le présent projet de code est organisé en quatre livres.

LIVRE I DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES

Le **livre I** rappelle les principes fondamentaux applicables aux marchés publics passés en application du code et détermine son champ d'application. Il intègre également des définitions nécessaires pour la bonne compréhension du code (*articles LP 111-1 à LP 123-3*).

Relève du champ d'application du code des marchés publics, l'ensemble des personnes morales de droit public mentionnées aux articles 28-1 et 49 de la loi organique statutaire. Sont donc concernés : la Polynésie française, ses établissements publics quelle que soit leur nature, les communes, les établissements publics de coopération intercommunale, les syndicats mixtes ainsi que les établissements publics communaux quelle que soit leur nature. Ces personnes publiques sont désignées par le code sous les termes « *acheteurs publics* ».

⁷ Charte de l'environnement intégrée au bloc de constitutionnalité du droit français depuis 2004.

D'un point de vue organique, l'innovation majeure résulte de l'inclusion des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) de la Polynésie française dans le champ d'application de la réforme. Le code des marchés publics de la Polynésie française en vigueur exclut depuis l'origine les EPIC de son champ d'application (4 EPIC, sur les 9 que compte la Polynésie française, appliquent cependant aujourd'hui le code des marchés publics de 1984 en vertu d'une disposition particulière de leur texte institutif⁸). Or, tous les établissements publics sont soumis aux principes constitutionnels de la commande publique. Il convient donc de les soumettre, à l'instar des autres personnes publiques concernées, à des règles respectueuses de ces mêmes principes.

La liste des marchés publics exclus du champ d'application du code introduite en mai 2015 dans la réglementation applicable aux marchés publics de la Polynésie française, est reprise et complétée afin d'intégrer les dernières évolutions jurisprudentielles et réglementaires du droit communautaire et national en matière de coopération « public-public ». Certaines relations internes et propres au secteur public n'obéissent pas à des considérations économiques et sont régies par des considérations et des exigences d'intérêt exclusivement public. Elles doivent être exclues du champ d'application du code. Les rapports entre les EPCI et les communes qui en sont membres dans le cadre de la coopération institutionnelle ou de certains rapports conventionnels entre communes (*entente intercommunale*) envisagés au code général des collectivités territoriales s'en trouveront ainsi facilités.

Les dispositions du code ne s'appliqueront pas non plus aux marchés passés dans le domaine des télécommunications ouvert à la concurrence et qui ont principalement pour objet de permettre l'établissement et l'exploitation de réseaux de télécommunication ouverts au public et la fourniture au public de services de télécommunication. Cette exception concerne en particulier l'OPT, lorsque celui-ci intervient sur le marché concurrentiel des exploitants de réseaux ouverts au public et de fourniture au public de services de télécommunication (*ex : fourniture d'accès à internet*). Il serait en effet inéquitable de lui appliquer des règles contraignantes d'achat que les concurrents privés n'ont pas à respecter.

En outre, il est apparu nécessaire de placer hors du champ des règles de la commande publique certaines relations propres au secteur public régies par des considérations et des exigences d'intérêt exclusivement public, telles que celles régies par l'article 169 de la loi organique statutaire, qui autorise l'État, des établissements publics et organismes métropolitains à apporter leurs concours financiers et techniques aux investissements économiques et sociaux ou aux besoins des services publics de la Polynésie française par voie conventionnelle.

Enfin, la loi organique statutaire offrant à la Polynésie française de nombreuses prérogatives qui lui permettent d'envisager la conclusion, dans ses domaines de compétences, d'accords internationaux portant sur la réalisation ou l'exploitation en commun d'un ouvrage avec d'autres États ou organismes internationaux, il est prévu d'exclure du champ d'application du code les marchés publics conclus selon une procédure prévue par de tels accords. En effet, compte tenu de leur caractère international, les règles de passation de contrats spécifiques prévues par ces accords permettent de s'écarter de l'application des règles du code polynésien des marchés publics et priment sur celles-ci.

LIVRE II DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Le livre II regroupe les dispositions générales qui, sauf exceptions mentionnées dans lesdits articles, s'appliquent à tout marché dès le 1^{er} franc.

Le titre I traite du contenu des marchés (*articles LP 211-1 à LP 216-3*) et regroupe des dispositions relatives aux éléments constitutifs (*acte d'engagement et cahier des charges*), aux mentions obligatoires, ainsi que des précisions sur les modalités de fixation du prix et de la durée des marchés, et sur les conditions d'introduction des clauses sociales et environnementales dans les marchés.

Le titre II regroupe les différentes étapes qui doivent rythmer la préparation de tout marché (*articles LP 221-1 à LP 221-5*).

1. La définition précise des besoins (article LP 221-1)

Avant tout appel à la concurrence, la personne publique est tenue de définir la nature et l'étendue de ses besoins, qui peuvent être liés à son fonctionnement propre (*achats de fournitures de bureau, d'ordinateurs, assurances*) ou à son activité d'intérêt général (*marchés de transport scolaire, marchés de prestations de formation professionnelle*).

⁸ L'OPH, l'ÉAG, le Port autonome de Papeete et RNAD. L'OPT bénéficie quant à lui d'une réglementation de ses marchés qui lui est propre.

Une correcte évaluation du besoin permet notamment de :

- cerner les prestations et les caractéristiques nécessaires à la satisfaction du besoin identifié,
- procéder à une estimation fiable du montant du marché pour déterminer les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à sa passation,
- garantir une bonne exécution du marché et éviter de multiplier le recours aux avenants.

À ce stade, l'acheteur a également l'obligation de s'interroger sur la possibilité d'intégrer dans son marché (*spécifications techniques, conditions d'exécution*) ou dans la procédure de passation (*sélection des candidatures ou critères de sélection des offres*) des exigences en termes de développement durable (*volet économique, social ou environnemental*).

2. Les alternatives en cas d'incertitude sur la régularité des besoins

En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins lors de cette phase préparatoire, le code autorise l'acheteur public à avoir recours à certaines formes particulières de marchés. Aux côtés des marchés à bons de commande et des marchés à tranches, le code introduit la notion d'accord-cadre (*article LP 221-5*). Acte précontractuel, cet accord conclu entre un acheteur public et un ou plusieurs contractants choisis après publicité et mise en concurrence permet de fixer les termes et conditions de marchés ultérieurs à passer pendant une période déterminée avec les contractants sélectionnés.

Par comparaison au marché à bons de commande, il offre la possibilité de ne pas définir à l'avance l'ensemble des conditions d'exécution du contrat (*par exemple le prix d'une prestation*) et de pouvoir mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre au moment de la survenance du besoin ou selon une périodicité prévue dans l'accord-cadre, afin de bénéficier de la meilleure qualité au meilleur prix.

L'accord-cadre est particulièrement adapté pour les achats répétitifs, mais dont les contours ne sont pas totalement délimités en amont, pour des prestations qui sont susceptibles d'évolutions technologiques rapides ou dans des secteurs soumis à une forte volatilité des prix comme le marché du transport aérien.

Une fois définis l'objet et les prestations du ou des marchés à passer, l'acheteur public doit s'interroger sur les modalités d'organisation de son achat.

3. Les modalités de l'achat public

3.1 La coordination des achats (article LP 224-1 à LP 224-5)

L'acheteur public peut décider d'acheter seul, c'est le cas le plus fréquent. Il peut aussi décider de recourir à des dispositifs de coordination et de mutualisation des achats. Ces dispositifs, destinés à rationaliser et optimiser l'achat public et ainsi réaliser des économies d'échelle, se présentent sous trois formes distinctes :

3.1.1. Le premier dispositif est propre à la Polynésie française (*article LP 224-1*) et concerne la coordination interne des achats courants et communs aux ministères et services de son administration. Il appartiendra au conseil des ministres de définir les modalités de cette coordination en identifiant notamment les achats courants et communs sur lesquels la coordination devra être organisée. Ce dispositif aurait vocation à se substituer au mécanisme du marché public interministériel, évoqué dans le code des marchés publics de la Polynésie française en vigueur mais non défini. Actuellement limitée à certains secteurs de commande (*assurances, transport aérien, carburant*), la coordination interne des achats sera encouragée afin de l'étendre à d'autres besoins communs et courants (*nettoyage des locaux ou fournitures de bureau par exemple*).

3.1.2. L'acheteur peut également recourir à **une centrale d'achat** (*article LP 224-2*) dont les missions portent sur l'acquisition des fournitures ou des services destinés à d'autres acheteurs publics (*activité de grossiste*), la passation des marchés destinés à ces derniers (*activité d'intermédiaire*) ou encore l'assistance pour la préparation, la gestion et la passation de marchés lancés par les acheteurs publics (*activité d'achat auxiliaire*).

Les acheteurs publics peuvent faire appel à la centrale d'achats pour bénéficier des prestations qu'elle propose sans mettre en œuvre les règles de procédure de publicité et de mise en concurrence prévues au présent code. Cette exonération s'explique par le fait que la centrale d'achat étant elle-même un acheteur public, elle sera tenue de mettre en œuvre les règles de publicité et de mise en concurrence prévues au présent code, ou les dispositions applicables en matière de passation et d'exécution des marchés publics en vigueur en droit national, pour procéder aux commandes à destination des acheteurs publics qui s'adressent à elles.

L'Établissement d'achats groupés (EAG), EPIC de la collectivité intégralement soumis au futur code polynésien des marchés publics, ainsi que son homologue national, l'Union des groupements d'achats publics (UGAP), déjà soumis à des dispositions équivalentes en droit national pour la passation de ses contrats, pourraient répondre à la qualification de centrale d'achat. Ces dispositions nouvelles permettront de pérenniser les rapports privilégiés entre l'EAG et l'UGAP tout en permettant également à d'autres acheteurs publics de pouvoir faire appel directement aussi bien à l'EAG qu'à l'UGAP.

3.1.3. La formule des **groupements de commande**, envisagée par le code des marchés publics appliqué par les communes, mais peu utilisée⁹, est réintroduite au code des marchés publics sous une forme renouée. Dépourvue de personnalité morale, cette forme de coordination consiste pour plusieurs acheteurs publics à se regrouper pour leurs achats en confiant à l'un d'entre eux, désigné comme coordonnateur, la gestion matérielle des procédures de passation des marchés publics, selon les modalités prévues par une convention constitutive.

Ces groupements pourront être constitués :

- soit entre la Polynésie française et des établissements publics, soit entre établissements publics de celle-ci ;
- soit entre communes, entre leurs établissements publics, entre des établissements publics de coopération intercommunale, entre syndicats mixtes et entre ces mêmes personnes publiques.

Lors de la phase préparatoire, l'acheteur public doit également définir le **mode de dévolution** de son marché.

3.2 Le mode de dévolution (article LP 222-1)

Le mode de dévolution désigne l'ensemble des dispositions relatives à l'attribution d'une prestation en un ou plusieurs lots dont la responsabilité est attribuée à un ou plusieurs prestataires.

Jusqu'alors, les dispositions appliquées conféraient une certaine marge de liberté à l'acheteur public. D'une part, la décomposition d'une prestation en lots n'était requise que lorsqu'elle était susceptible de présenter des avantages techniques ou financiers, et d'autre part, cette décomposition en lots n'interdisait pas que le marché soit unique pour l'ensemble des lots¹⁰.

L'allotissement, qui consiste à scinder les prestations objet d'un marché en différents ensembles homogènes et autonomes susceptibles d'être attribués séparément, est désormais érigé en principe afin de susciter une plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique. L'acheteur public sera tenu de procéder à l'allotissement et donc à la passation de marchés distincts. La passation d'un marché unique doit être justifiée soit parce que le besoin ne permet pas d'identifier des prestations distinctes, soit parce que l'allotissement présente des inconvénients d'ordre économique, technique, financier ou fonctionnel¹¹.

Ces étapes, une fois réalisées par l'acheteur public, imposent à celui-ci de rechercher la procédure qu'il convient de mettre en œuvre.

3.3 Le choix de la procédure

Le choix d'une procédure et/ou des modalités de publicité à observer résultent en principe du montant estimé du marché déterminé à partir de la méthode de calcul plus précisément définie au code et excluant désormais dans le calcul de l'estimation du besoin à comparer au seuil le coût des transports maritimes et aériens. Il peut également résulter des caractéristiques des prestations à réaliser. Les obligations seront variables en termes de publicité, de mise en concurrence et de formalisme des marchés publics en fonction des seuils franchis, étant précisé que ces seuils s'apprécient désormais **hors taxes** et non plus toutes taxes comprises.

⁹ Introduite sans adaptation aux communes polynésiennes il n'est pas certain que celle-ci ait pu être mise en œuvre même si cette formule est évoquée dans le guide élaboré par la DRCL. La création du groupement supposait que l'initiative soit prise par une commission de coordination des commandes publiques présidée par le représentant de l'État. Elle devait ensuite faire l'objet d'une décision de celui-ci constitutive du groupement. L'arrêté précisait le type de prestation pouvant faire l'objet de marchés, les modalités d'adhésion au groupement et désignait le coordonnateur des commandes après avis de la commission.

¹⁰ Cf. article 13 du CMP de la PF ; article 274 du CMP des communes.

¹¹ Les inconvénients techniques peuvent être liés à des difficultés tenant par exemple à la nécessité de maintenir la cohérence des prestations ou à l'incapacité de l'acheteur public à assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; les inconvénients économiques visent les cas dans lesquels l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ; les inconvénients financiers pourraient résulter notamment du cas dans lequel l'allotissement serait de nature à renchérir de manière significative le coût de la prestation.

3.3.1 Le seuil de dispense de mise en concurrence

Un seuil de **dispense de procédures** est institué (*article LP 223-3*). Il est fixé à **trois millions de francs CFP hors taxes pour les deux collectivités**. Cette souplesse ne doit pas contribuer à former une zone d'achat public dans laquelle toute forme de concurrence serait systématiquement bannie. Le projet de loi du pays rappelle à cet égard trois règles de bonne gestion censées garantir le respect des principes de la commande publique **applicables à toute commande dès le 1^{er} franc**. Même en deçà du seuil des petits achats, l'autorité compétente doit veiller à une analyse au moins sommaire de ses besoins et de l'état de la concurrence afin de garantir une bonne utilisation des deniers publics.

Indépendamment de ce seuil, certaines hypothèses permettront de dispenser l'acheteur d'organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence (*cas limitativement énumérés à l'article LP 323-10*), ou lorsque les formalités de publicité et de mise en concurrence sont impossibles ou manifestement inutiles¹².

S'agissant d'exceptions à la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence, celles-ci seront nécessairement d'interprétation stricte.

3.3.2 Le seuil de procédure adaptée

À partir de trois millions et en deçà du seuil de trente-cinq millions de francs CFP pour la Polynésie française et de vingt millions de francs CFP pour les communes, l'acheteur public sera désormais tenu de mettre en œuvre une procédure adaptée.

Par exception, la procédure adaptée pourra être mise en œuvre **quel que soit le montant du marché à raison de l'objet du marché** en cause. Les exceptions sont limitées et ne concernent que les prestations de services juridiques (*conseil juridique, représentation en justice*) ainsi que les prestations de service de formation.

Les marchés à procédure adaptée (MAPA) succèdent aux « *travaux sur mémoire et achats sur factures* » mentionnés à l'article 47 du code des marchés publics de la Polynésie française et à l'article 321 du code des marchés publics appliqué par les communes. Caractérisés par une certaine opacité compte tenu de la totale liberté laissée aux acheteurs publics, de tels achats ne sont pas en conformité avec les principes constitutionnels de la commande publique, applicables à toutes les commandes y compris les commandes pour lesquelles le code n'impose pas de règles de procédure de passation.

L'efficacité de la commande publique, qui constitue l'un des objectifs poursuivis par les principes constitutionnels de la commande publique, et l'impératif de praticabilité de l'achat, commandent néanmoins de ne pas encadrer la passation des contrats inférieurs aux seuils de procédure formalisée par des règles trop rigides. Il convient d'assurer la proportionnalité entre le degré de contrainte imposé et l'enjeu économique de l'achat.

C'est l'objectif auquel répond la procédure adaptée en deçà du seuil de procédures formalisées. Il appartient à l'acheteur public de définir lui-même les règles de publicité et de mise en concurrence proportionnées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché, aux conditions dans lesquelles l'achat est réalisé et au degré de concurrence entre les opérateurs économiques potentiellement intéressés (*article LP 321-1*). Il pourra bien entendu, pour ce faire, s'inspirer des procédures formalisées.

Tous les achats d'un montant supérieur à 3 millions sont donc en principe soumis à des mesures de publicité et de mise en concurrence. Les achats d'un montant inférieur, bien que dispensés, imposent aux acheteurs publics de se comporter en gestionnaires des deniers publics responsables.

Les obligations de publicité seront variables en fonction du montant du marché.

- Entre 3 et 15 millions : une publicité adaptée ou adéquate

La publicité obligatoire ne signifie pas publication obligatoire dans un journal d'annonces légales. L'acheteur peut ainsi utiliser des moyens dématérialisés (*courriel, sites internet*), des courriers aux entreprises potentielles, des moyens radiophoniques, télévisuels, l'affichage en mairie, la publication au bulletin municipal ou dans la presse spécialisée.

¹² La démonstration d'impossibilité ou d'inutilité peut s'appuyer en particulier sur l'objet du marché, son montant ou l'absence de concurrence. L'acheteur devra apprécier l'état de la mise en concurrence de façon concrète en se fondant sur la réalité du secteur commercial concerné, en fonction de l'objet et du montant de l'achat envisagé. Dès que l'acheteur constate que le dans un secteur d'achat, la mise en concurrence est concrètement inexistante, il peut se dispenser de procédure de publicité et de mise en concurrence. Ex : achat de places auprès du club de football de l'Olympique Lyonnais car seul le club en question est distributeur des billets. La mise en concurrence s'avérait dès lors impossible (*CE 28 janvier 2013 Département du Rhône*).

Ce choix du support doit être adapté au montant mais aussi à l'objet, la nature, la complexité, le degré de concurrence entre les entreprises et l'urgence du besoin. La publicité sera regardée comme adaptée si, dans les faits, les moyens de publicité ont permis une information effective des prestataires potentiels. L'appréciation des modalités de publicité à mettre en œuvre est donc à faire au cas par cas.

- Au-delà de 15 millions : un support de publicité imposé

L'acheteur public dispose toutefois d'une alternative. Il peut décider de procéder à une publication soit dans un journal d'annonces légales¹³ soit au *Journal officiel* de la Polynésie française (JOPF).

S'agissant des modalités de la mise en concurrence (*délai de remise des candidatures et des offres, négociation*), si celles-ci sont librement déterminées par l'acheteur public jusqu'au seuil de procédures formalisées, cela suppose néanmoins que les délais de remise des candidatures et des offres puissent permettre à tous les candidats potentiels de concourir et qu'une information appropriée des candidats sur les critères de choix des candidatures et des offres soit donnée dès l'engagement de la procédure.

3.3.3 Le seuil de procédure formalisée

Ce seuil désigne le montant au-dessus duquel l'achat public est soumis à des procédures de publicité et de concurrence normalisées.

Ces procédures normalisées sont définies actuellement à l'article 18 du code des marchés publics de la Polynésie française et à l'article 279 du code des marchés appliqué par les communes. Le seuil de procédure formalisée est actuellement fixé à 5 454 545 F CFP TTC pour les communes et 35 millions F CFP TTC pour la Polynésie française.

Ce seuil, désormais apprécié hors taxes, demeure établi pour la Polynésie française à **trente-cinq millions de francs CFP** (*article LP 223-2*) et ce, quelle que soit la nature de la prestation. Les communes voient quant à elles le seuil de procédure formalisée rehaussé. Il est **multiplié par quatre et porté à vingt millions de francs CFP**. Cette modification répond directement à une sollicitation récurrente des maires, aux observations de la Chambre territoriale des comptes, et aux engagements particuliers pris par la collectivité.

Dans les deux cas, ce seuil sera apprécié désormais hors taxes et non plus toutes taxes comprises¹⁴. Au-delà de ce seuil, l'acheteur public devra donc avoir recours à l'une des 4 procédures formalisées suivantes :

- l'appel d'offres (*article LP 322-1*), qui est la procédure dans laquelle l'acheteur public choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;
- la procédure négociée (*article LP 323-1*) qui est celle dans laquelle l'acheteur public négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- la procédure de dialogue compétitif (*article LP 324-1*), dans laquelle l'acheteur public conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins. Elle est une solution adaptée à la conclusion des marchés complexes pour lesquels l'acheteur, tout en connaissant son besoin, ne peut définir seul et à l'avance les moyens répondant à ses besoins, ou encore pour lesquels il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier ;
- le concours (*article LP 325-1*), procédure par laquelle l'acheteur public choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer le marché, à l'un des lauréats du concours. Il a pour objet des prestations de conception, c'est-à-dire des prestations de nature intellectuelle.

Parmi ces 4 procédures, l'appel d'offres est la procédure de droit commun, les autres procédures formalisées ne pouvant être utilisées que dans des cas ou pour des motifs limitativement prévus.

Le projet de loi du pays institue par ailleurs des procédures particulières dérivées des procédures formalisées pour certaines catégories de marchés publics (*article LP 326-2 pour le marché de conception-réalisation, article LP 326-4 pour les marchés de maîtrise d'œuvre, article LP 326-7 pour les accords-cadres*).

¹³ Un seul journal est actuellement habilité à publier des annonces judiciaires et légales : la Dépêche (*cf. arrêt n° HC 804 DIRAJ/BRE du 9 juillet 2015*).

¹⁴ Le montant du marché pour le calcul des seuils de procédure n'a pas pour objet de déterminer le coût que l'acheteur public devra supporter pour l'achat des prestations mais la valeur totale des recettes que l'opérateur économique pourra retirer de l'exécution du marché (*CJCE 18 janvier 2007 Auroux, aff. C-220/05*). Le montant de la TVA n'est pas du point de vue de l'opérateur économique un élément de recettes puisqu'il est destiné à être reversé.

Le titre III du livre II regroupe ensuite les dispositions relatives à l'organisation des procédures de passation d'un marché (*articles LP 231-1 à LP 236-2*). Les procédures de passation, quelles qu'elles soient, se caractérisent par la distinction entre l'examen des candidatures et celui des offres.

1. La phase d'examen des candidatures

Cette phase, obligatoire quelle que soit la procédure en cause, comporte une phase préalable d'admission.

La participation à une procédure de passation d'un marché public est ouverte à toute entreprise, en application du principe de libre accès à la commande publique. Cependant, pour favoriser l'égalité entre les entreprises et une saine concurrence, le marché public ne peut être confié qu'à une entreprise remplissant non seulement certaines conditions d'honorabilité et de solvabilité, mais également les obligations fiscales et sociales dont elle est redevable.

À cette fin, le projet identifie les différentes situations dans lesquelles une entreprise pourrait se voir fermer l'accès à un marché public. Les interdictions de candidater peuvent résulter de condamnations pénales ou de la violation des obligations fiscales et sociales, du placement en liquidation judiciaire ou du prononcé de mesures de faillite personnelle. Un sort particulier est réservé aux entreprises admises au redressement judiciaire, qui pourront participer à la procédure sous la condition de démontrer qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

La régularité de la situation administrative de l'entreprise n'est toutefois pas suffisante. Les acheteurs publics doivent pouvoir s'assurer également des capacités des candidats à exécuter le marché, afin de disposer de l'assurance d'une bonne exécution de ce dernier. Les capacités requises peuvent être de nature technique (*moyens matériels et humains*), professionnelle (*qualifications des candidats à travers ses références ou justifications professionnelles*) et financière (*chiffre d'affaires, attestation bancaire*). Afin de préserver le libre accès aux marchés publics, les capacités requises des candidats par les acheteurs publics devront toutefois être liées et proportionnées à l'objet du marché.

Les documents justificatifs que les entreprises devront produire pour établir la régularité de la situation administrative et leurs capacités, et qui pourront être exigés par les acheteurs publics des candidats seront fixés par voie d'arrêté pris en conseil des ministres. À défaut de production des documents, les candidatures ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure. Seuls les candidats produisant l'ensemble des documents exigés et présentant une situation administrative régulière pourront voir leur candidature examinée du point de vue de leurs capacités.

Il s'agit d'éliminer durant cette phase les candidats dont les capacités sont à l'évidence, sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Les entreprises doivent en effet faire la preuve d'un certain niveau de compétence professionnelle.

À noter que l'absence de références d'une entreprise dans le domaine du marché considéré ne permet pas de justifier à elle seule l'élimination d'un candidat, et ce afin d'éviter l'éviction systématique des entreprises de création récente au stade de l'examen de leurs candidatures. Cette mention aura pour conséquence pratique d'obliger l'acheteur public à prévoir la possibilité pour ces entreprises de justifier de leurs capacités financières et leurs références professionnelles par tout moyen jugé approprié.

2. La phase d'examen des offres

Avant de procéder au jugement des offres, l'acheteur public sera tenu de vérifier que les offres sont régulières, acceptables et appropriées et ne sont pas anormalement basses.

Seules les offres qui présentent ces caractères pourront faire l'objet d'un classement et conduire au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et à l'attribution du marché.

Ce classement dépend du système de jugement des offres retenu par l'acheteur public. Le code offre deux options possibles à l'acheteur public pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse :

2.1 Le recours à une pluralité de critères

L'acheteur est libre de choisir, au sein d'une liste indicative de critères d'attribution, ceux qui paraissent les mieux adaptés au marché et au besoin auquel ce dernier répond.

La possibilité d'ajouter des critères autres que ceux listés reste toujours possible. La liberté ainsi accordée à l'acheteur public reste néanmoins encadrée car les critères retenus devront en tout état de cause être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être non discriminatoires, objectifs et opérationnels, afin de permettre de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse.

Lorsque l'acheteur public prend cette option, il devra préciser les conditions de mise en œuvre de ces mêmes critères. L'application des principes constitutionnels de la commande publique impose en effet de fournir aux candidats à l'attribution d'un marché public une information appropriée sur les critères d'attribution, notamment sur les conditions de mise en œuvre de ces critères, en indiquant la hiérarchisation ou la pondération de ces derniers, et ce dès l'engagement de la procédure d'attribution.

2.2 Le recours au critère unique du prix.

L'acheteur public peut également recourir à un seul critère pour le jugement des offres : celui du prix. Ce choix s'opère compte tenu de l'objet du marché, lorsque les offres des soumissionnaires peuvent être appréciées de manière objective sur la seule base du prix proposé, notamment les marchés dont l'objet porte sur des produits simples et standardisés, pour lesquels les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) sont limitées.

LIVRE III PROCÉDURES DE PASSATION

Le livre III rassemble les dispositions ayant trait au déroulement de chacune des procédures de passation définies par le projet (*articles LP 311-1 à LP 334-1*).

Le titre I traite des organismes collégiaux intervenant dans les procédures formalisées. Les commissions et jurys déjà existants dans les procédures actuelles sont ainsi maintenus mais leurs rôles et domaines de compétence connaissent quelques évolutions. Ces derniers sont chargés actuellement de procéder au dépouillement des plis, et émettent à cette occasion un avis sur les offres présentées et les capacités professionnelles, financières et techniques requises des candidats (*article 24 du CMP*). En sus des commissions de dépouillement, des jurys de concours sont spécifiquement constitués dans les procédures d'appel d'offres avec concours ou appel d'offres sur performances.

Les commissions de dépouillement des offres des communes intervenant en appel d'offres exercent quant à elles des attributions décisionnelles. Elles décident de l'élimination des offres non conformes et procèdent au choix de l'offre qu'elles jugent la plus intéressante. L'intervention de jury de concours est limitée à la procédure d'appel d'offres avec concours.

Soucieux de répondre à un objectif de transparence, le domaine d'intervention des commissions, rebaptisées sous le nom de commission d'appel d'offres (CAO), est élargi puisqu'elles auront désormais vocation à intervenir dans toutes les procédures formalisées à l'exception du concours. En revanche, leur rôle est consultatif aussi bien pour la Polynésie française que pour les communes. Leurs attributions en matière de dépouillement sont conservées. Elles émettront désormais un avis sur l'élimination des candidatures et des offres, et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les jurys de concours exerceront les prérogatives des CAO pour les marchés passés selon la procédure du concours, les marchés de conception-réalisation ou les marchés de maîtrise d'œuvre.

S'agissant de la Polynésie française, leur composition est étoffée (*cinq représentants de l'administration siégeant avec voix délibérative au lieu de trois*) et la présence avec voix consultative du payeur de la Polynésie française est obligatoire. Pour les établissements publics, le commissaire de gouvernement et le comptable public font désormais obligatoirement partie de la CAO mais siègent avec voix consultative. Le haut-commissaire, lorsque le marché est financé par des crédits de l'État, sera systématiquement invité à participer à ces commissions et y siègera avec voix consultative.

Compte tenu du renforcement du rôle donné aux commissions d'appel d'offres permettant l'exercice d'un contrôle constant par un organe collégial dès le dépouillement jusqu'au choix définitif de l'offre, la commission consultative des marchés publics du Pays est corrélativement supprimée.

S'agissant des communes, la commission d'appel d'offres composée d'élus est une émanation de l'assemblée délibérante. Sa composition respecte le principe de la représentation proportionnelle pour permettre l'expression pluraliste des élus comme l'impose l'article L.2121-22 du CGCT dans sa version applicable en Polynésie française.

Le titre II traite du déroulement des procédures de passation des marchés (articles LP 321-1 à LP 326-7). Celles-ci sont présentées en annexe au présent rapport.

Le titre III évoque les dispositions applicables à l'achèvement des procédures (articles LP 331-1 à LP 334-1).

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, tout projet de marché donne lieu à la rédaction d'un rapport de présentation. Ce rapport doit permettre d'apporter un éclairage complet tant sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, que sur le montant, l'économie générale et le déroulement du marché ou de l'avenant. Le rapport expose les choix relatifs au mode de passation retenu et le déroulement de la procédure. Ce document permet d'assurer la traçabilité des procédures et figure au nombre des documents annexes à transmettre obligatoirement au service du haut-commissariat en charge du contrôle de légalité.

L'article LP 332-1 systématise l'obligation pour l'autorité compétente d'informer les candidats des motifs du rejet de leurs offres et de leurs candidatures dans les procédures formalisées. La communication des motifs du rejet d'une offre constitue une formalité substantielle découlant des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Elle permet à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel polynésien saisi en application de l'article L.551-24 du code de justice administrative.

Un délai minimal séparant l'information des candidats, du rejet de leur offre, de la signature du marché est imposé. La Polynésie française est déjà soumise à une telle obligation pour les marchés sur appel d'offres. Cette obligation sera généralisée à tous les marchés passés selon une procédure formalisée, qu'ils concernent la Polynésie française ou les communes. L'autorité compétente devra observer un délai d'au moins 16 jours entre la date d'envoi de la notification de rejet d'une offre et la date de conclusion du marché, afin de respecter le droit au recours reconnu à tout candidat non retenu. Ce délai est réduit à 11 jours en cas de transmission électronique de la notification.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée et pour les marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence, cette information n'est obligatoire que sur demande écrite des candidats évincés.

Cette formalité accomplie, le marché pourra être signé par l'autorité compétente.

Pour tout marché supérieur à 3 millions, le marché devra par ailleurs faire l'objet d'une notification avant tout commencement d'exécution. Cette notification se traduit par l'envoi d'une copie du contrat à l'entreprise titulaire. Le marché devient ainsi opposable au titulaire, l'entreprise ne peut plus y renoncer.

Le marché devra également être transmis au représentant de l'État lorsque celui-ci relève des marchés publics soumis au contrôle de légalité en vertu des dispositions de l'article 171 et 173-1 du statut, pour ce qui concerne la Polynésie française ou ses établissements publics, ou bien en application des articles L. 2131-1 et L.2131-2 du CGCT, pour ce qui concerne les communes.

Par ailleurs, la publication d'un avis d'attribution postérieurement à la signature et à la notification et, le cas échéant, la transmission du marché, devient obligatoire pour les marchés donnant lieu à une procédure formalisée. Elle est facultative pour les autres marchés (article LP 334-1) mais devra être encouragée pour sécuriser les achats publics. Cette publicité permet en effet de raccourcir les délais de contestation contentieuse¹⁵.

¹⁵ La publication de l'avis d'attribution a deux effets contentieux :

- elle permet de déclencher le délai de 31 jours du recours en référé contractuel. En son absence, le juge peut être saisi pendant 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché ;
- elle constitue le point de départ du délai de deux mois du recours, en contestation de validité du contrat, de tout tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses. Faute de publication d'un tel avis, ce délai ne court jamais et les contestations contentieuses sont dès lors recevables sans condition de délai.

LIVRE IV EXÉCUTION DES MARCHÉS

Le livre IV réunit les dispositions relatives à l'exécution financière des marchés publics (*règlements des marchés, financement, garanties*), à la sous-traitance et à la passation des avenants (*articles LP 411-1 à LP 431-2*).

Le titre I traite du règlement des marchés. En la matière, les contractants ont droit au versement anticipé des sommes dues en exécution d'un marché sous la forme d'avances ou d'acomptes.

Afin de faciliter l'exécution des marchés et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises qui disposeraient d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposeraient pas, le dispositif des avances est pérennisé. Son versement est obligatoire dès lors que le marché excédera un montant défini par arrêté pris en conseil des ministres et un délai d'exécution supérieur à deux mois. Son taux est établi à 10 % du montant initial du marché toutes taxes comprises.

Le dispositif des acomptes versés pour des prestations effectuées en exécution du marché et rémunérant un service fait est également maintenu.

Afin de garantir le règlement des entreprises dans des délais restreints et contribuer à l'amélioration de la situation financière des entreprises, le délai de mandatement des sommes dues en exécution du marché demeure encadré pour ce qui concerne la Polynésie française. Il est maintenu à 30 jours.

Des garanties financières peuvent être exigées des titulaires afin de prémunir les acheteurs contre les risques de mauvaise exécution des marchés. La retenue de garantie¹⁶ est le mécanisme de droit commun des garanties financières. Elle peut être remplacée par le titulaire du marché par une garantie à première demande¹⁷, s'il le souhaite, ou une caution personnelle et solidaire si l'acheteur public ne s'y oppose pas.

Afin de financer les dépenses nécessaires à l'exécution du marché, le titulaire du marché et tout sous-traitant qui bénéficie du paiement direct peuvent céder ou nantir les créances issues des marchés à des établissements de crédit financier.

Le titre II traite de la sous-traitance, laquelle favorise l'accès à la commande publique des entreprises spécialisées et des petites et moyennes entreprises, quelle que soit leur taille.

Les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement, ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations ont été fixées en cohérence avec la réglementation applicable à la sous-traitance (*articles LP 421-1 à LP 421-6*).

Le titre III est relatif aux avenants. En effet, corollaire du principe de la liberté contractuelle, les parties sont en droit de modifier les termes de leur accord initial concernant la consistance des prestations convenues ou les modalités d'exécution du marché. Il y a alors lieu de conclure un avenant au marché.

Cette possibilité doit cependant se concilier avec les principes constitutionnels de la commande publique. Une fois le marché conclu, les parties ne peuvent les modifier dans des conditions de nature à fausser le jeu de la concurrence. Si le contrat peut être modifié, c'est pour tenir compte d'une adaptation nécessaire. Les modifications apportées ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de substituer un autre contrat soit parce que son économie générale en serait bouleversée soit parce que son objet ne serait plus le même. La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles.

¹⁶ La retenue de garantie consiste à bloquer dans les comptes de la collectivité publique une partie des acomptes dus au titulaire du marché

¹⁷ Engagement généralement pris par une banque de verser une somme d'argent déterminée dès que le bénéficiaire de cette garantie le demandera. À la différence de la caution, le garant ne peut opposer aucune exception tirée du contrat de base pour s'exonérer de son obligation de paiement, sauf cas de fraude ou d'abus manifeste.

TITRE III PRÉSENTATION DU PROJET DE LOI DU PAYS

Le projet de loi du pays auquel est annexée la partie « loi du pays » du futur code polynésien des marchés publics, comporte 6 articles.

L'article premier valide ledit code.

L'article LP 2 procède tout d'abord à l'abrogation de la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 réglementant la passation des marchés de la Polynésie française et de ses établissements publics à caractère administratif.

Ensuite, ce même article abroge les dispositions figurant dans les textes institutifs de certains EPIC, à savoir l'OPT et le Port autonome de Papeete, qui avaient été adoptées par l'Assemblée de la Polynésie française pour régler le régime de passation de leurs marchés le plus souvent par renvoi aux dispositions de la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 ou au moyen d'une référence aux principes de la commande publique.

En effet, avec la réforme, les EPIC de la Polynésie française entrent tous pleinement dans le champ d'application du présent projet, aussi dans un objectif de clarté et d'intelligibilité, et alors même que les dispositions en cause ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi du pays, il n'y a pas lieu de laisser perdurer, dans le code des postes et télécommunications en Polynésie française et dans le code des ports maritimes de la Polynésie française, des dispositions réglant le régime de passation des marchés publics des EPIC susmentionnés. Le présent projet doit constituer l'unique texte de référence.

L'article LP 3 procède aux modifications nécessaires pour assurer, d'une part, la conformité des dispositions du futur code polynésien des marchés publics avec celles des dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée qui définit le régime général de la sous-traitance applicable à tout contrat et notamment aux marchés publics, et d'autre part, procéder à quelques adaptations ponctuelles au vu des évolutions du droit national en la matière, et notamment des modifications introduites par la loi dite MURCEF en 2001.

Il s'agit tout d'abord de poser le principe de l'interdiction de la sous-traitance totale d'un marché public, en cohérence avec les dispositions de l'article LP 421-1.

En cohérence avec les dispositions de l'article LP 421-3 du projet de code, qui précise que l'acceptation de chaque sous-traitant ainsi que l'agrément de ses conditions de paiement font l'objet d'une demande soit au moment du dépôt de l'offre, soit après son dépôt, il est prévu d'ajuster les dispositions figurant à l'article 5 de la loi de 1975 en prévoyant qu'en cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants.

Le même article propose de rehausser le montant du contrat de sous-traitance à partir duquel le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées, dispose du droit au paiement direct. Le seuil actuel est fixé par l'article 6 de la loi de 1975 à 600 euros (*environ 72 000 F CFP*). Il est proposé de fixer ce seuil à un million de francs F CFP¹⁸.

Parallèlement, il est proposé de réserver la procédure de paiement direct aux seuls sous-traitants de **premier rang** (*directs*), afin de préserver le maître d'ouvrage contre les effets de la sous-traitance en chaîne. Néanmoins, pour assurer une protection des sous-traitants indirects, l'article 6 de la loi de 1975 est complété afin que ceux-ci bénéficient d'une protection constituée par le système de la caution ou de la délégation de paiement¹⁹.

L'article LP 4 procède à la suppression :

- des dispositions attribuant un droit de préférence aux groupements de producteurs agricoles, ces dispositions étant désormais traitées de manière plus précise par l'article LP 236-2 du nouveau code des marchés ;
- des dispositions figurant dans le texte institutif de l'EAG relatives au régime des contrats passés entre les acheteurs publics et l'EAG, qui pourrait répondre à la qualification de centrale d'achat, ce régime étant réglé par les dispositions du présent projet (*article LP. 224-2*).

¹⁸ Cf. art. 4 de l'arrêté n° 321 CM du 17 mars 2010 : le seuil du paiement direct du sous-traitant est de 1 000 000 F CFP en contrariété avec la loi de 1975. Pour les communes, ce seuil est fixé par l'article 359 bis du code des marchés publics à 600 euros en conformité avec la loi de 1975.

¹⁹ Dans la procédure de délégation de paiement, le « délégué » (*acheteur public*) s'oblige sur instruction d'une autre personne le « délégant » (*sous-traitant de premier rang*) à payer une troisième personne, le « délégataire », (*sous-traitant de deuxième rang*). Le mécanisme est proche du paiement direct mais il repose sur un accord contractuel entre les trois parties.

L'article LP 5 fixe les modalités d'entrée en vigueur du présent code fixées au plus tard au 1^{er} janvier 2018, alors que la date retenue initialement était celle du 1^{er} mai 2017 au plus tard.

Un amendement adopté lors des travaux en commission législative du 2 février dernier est venu différer la date limite d'entrée en vigueur des dispositions du code polynésien des marchés publics de 8 mois supplémentaires, pour les raisons suivantes :

- un retard a été pris dans l'élaboration de la partie arrêté pris en conseil des ministres ;
- un délai raisonnable doit être laissé aux utilisateurs du futur code pour prendre connaissance et s'adapter aux nouvelles dispositions ;
- compte tenu des changements qu'apporte le nouveau code des marchés publics, il convient de laisser le temps à l'administration du Pays de mettre en place les dispositifs d'accompagnement ad hoc notamment en matière de formation pour les utilisateurs du futur code, cette réflexion devant être menée avec la collaboration active de l'État et des établissements publics communaux de formation concernant la formation des agents communaux.

Enfin, l'article LP 6 traite des dispositions transitoires applicables aux marchés publics en cours de passation ou notifiés antérieurement à la date d'entrée en vigueur du futur code polynésien des marchés publics.

L'AVIS DU CONSEIL ÉCONOMIQUE SOCIAL ET CULTUREL

Dans sa séance du 30 mars 2016, le Conseil économique, social et culturel (CESC) a émis un avis favorable au projet de loi du pays.

Sur le fond, deux remarques ont appelé l'attention du gouvernement :

1. La suppression de la commission consultative des marchés publics

Malgré le renforcement du nombre de membres au sein des CAO et des pouvoirs de celles-ci en vue de garantir une meilleure expertise technique au cours du déroulement des procédures formalisées, le CESC s'est montré réservé sur la suppression de la commission consultative des marchés (CCM), craignant notamment « *qu'en matière d'application des dispositions du code, il y ait autant d'interprétations que de CAO instituées* ». Il a par ailleurs préconisé la mise en place ou l'identification au sein du Pays, d'une entité chargée d'assurer la veille juridique dans le domaine du droit des marchés publics et l'évolution du code.

Pour répondre à ces préoccupations, il est indiqué que certains services administratifs référents constitueront le « noyau dur » des commissions. Ainsi, au nombre des cinq membres à voix délibérative, un représentant du Secrétariat général du gouvernement (SGG), un représentant de la Direction de la modernisation et des réformes de l'administration (DMRA) et un représentant de la Direction du budget et des finances (DBF) devraient être appelés à siéger au sein des CAO. Cette composition pérenne d'une commission à l'autre devrait garantir une doctrine administrative constante dans l'examen des dossiers de candidatures et des offres auquel doit procéder la commission.

Le gouvernement confirme par ailleurs qu'un service administratif existant aura la charge d'assurer la veille juridique dans le domaine du droit de la commande publique, l'assistance à l'élaboration et à la passation des marchés pour les administrations du Pays et la formation des cadres territoriaux. S'agissant des communes, un partenariat sera recherché entre les structures intercommunales existantes (*Syndicat pour la promotion des communes, Centre de gestion et de formation*), le Haut-commissariat et le Pays pour l'organisation de ces mêmes missions à l'échelon communal.

2. Le rehaussement du seuil de dispense de procédure

Le CESC a souhaité que le seuil de dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence soit porté de 3 000 000 F CFP à 5 500 000 F CFP hors taxes.

Le gouvernement insiste sur le fait que le seuil de procédure formalisée, applicable aux communes et actuellement fixé à 5 454 545 F CFP TTC, a été multiplié par quatre et est porté à 20 000 000 F CFP HT. En deçà de ce seuil, les acheteurs publics sont seulement tenus de mettre en œuvre une procédure adaptée.

À la différence des procédures formalisées dont les modalités sont entièrement définies par le code, la procédure adaptée présente la particularité de laisser l'acheteur libre d'organiser les modalités de publicité et de mise en concurrence proportionnées à son achat dans le respect des principes de la commande publique. Le marché passé bénéficie de surcroît d'un formalisme allégé afin de faciliter les achats²⁰.

*

* *

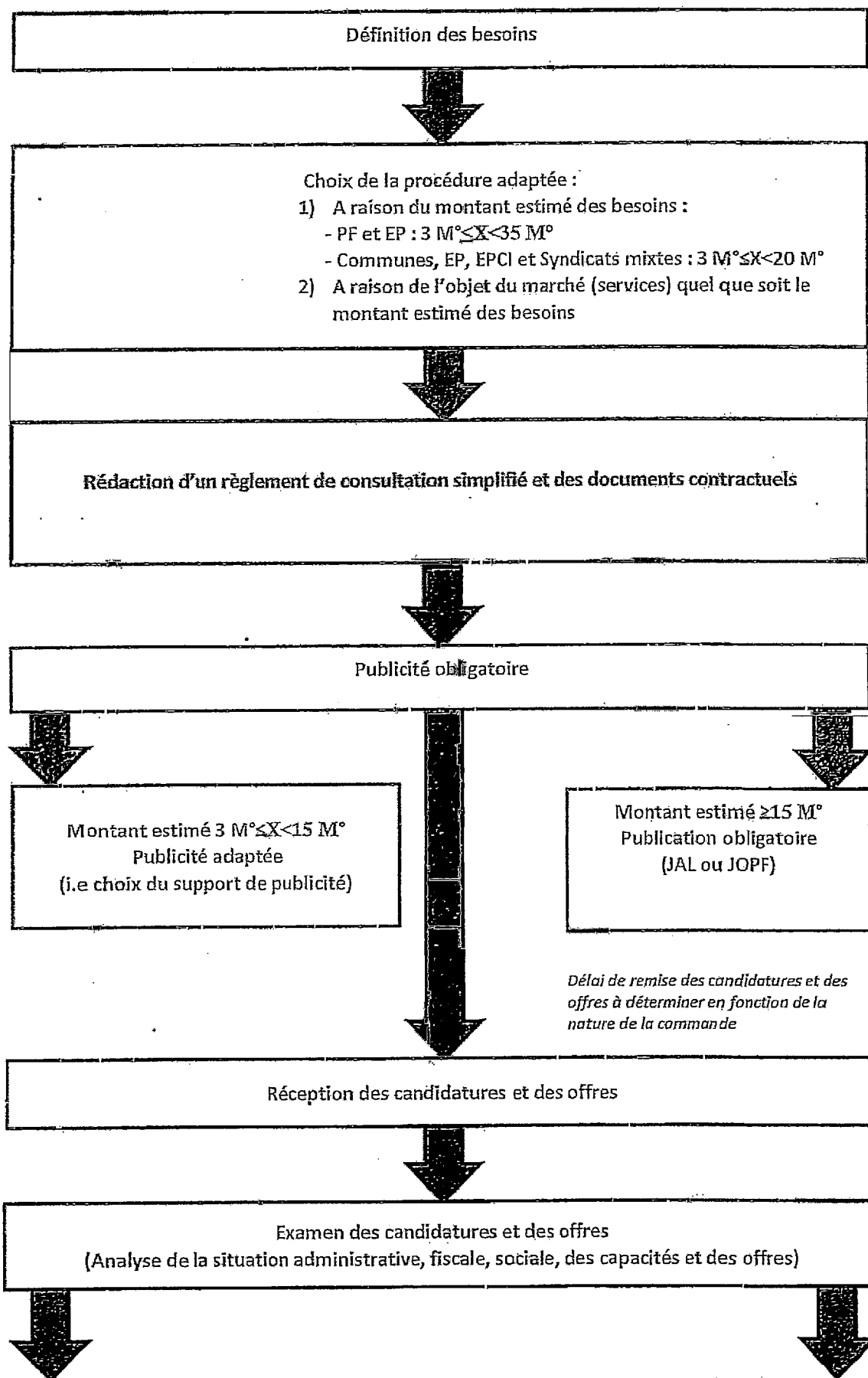
Tel est donc l'objet du projet de loi du pays ci-joint, que le rapporteur propose à ses collègues de l'assemblée de la Polynésie française, au nom de la commission de l'équipement, de l'urbanisme, de l'énergie et des transports terrestres et maritimes, d'adopter.

LE RAPPORTEUR

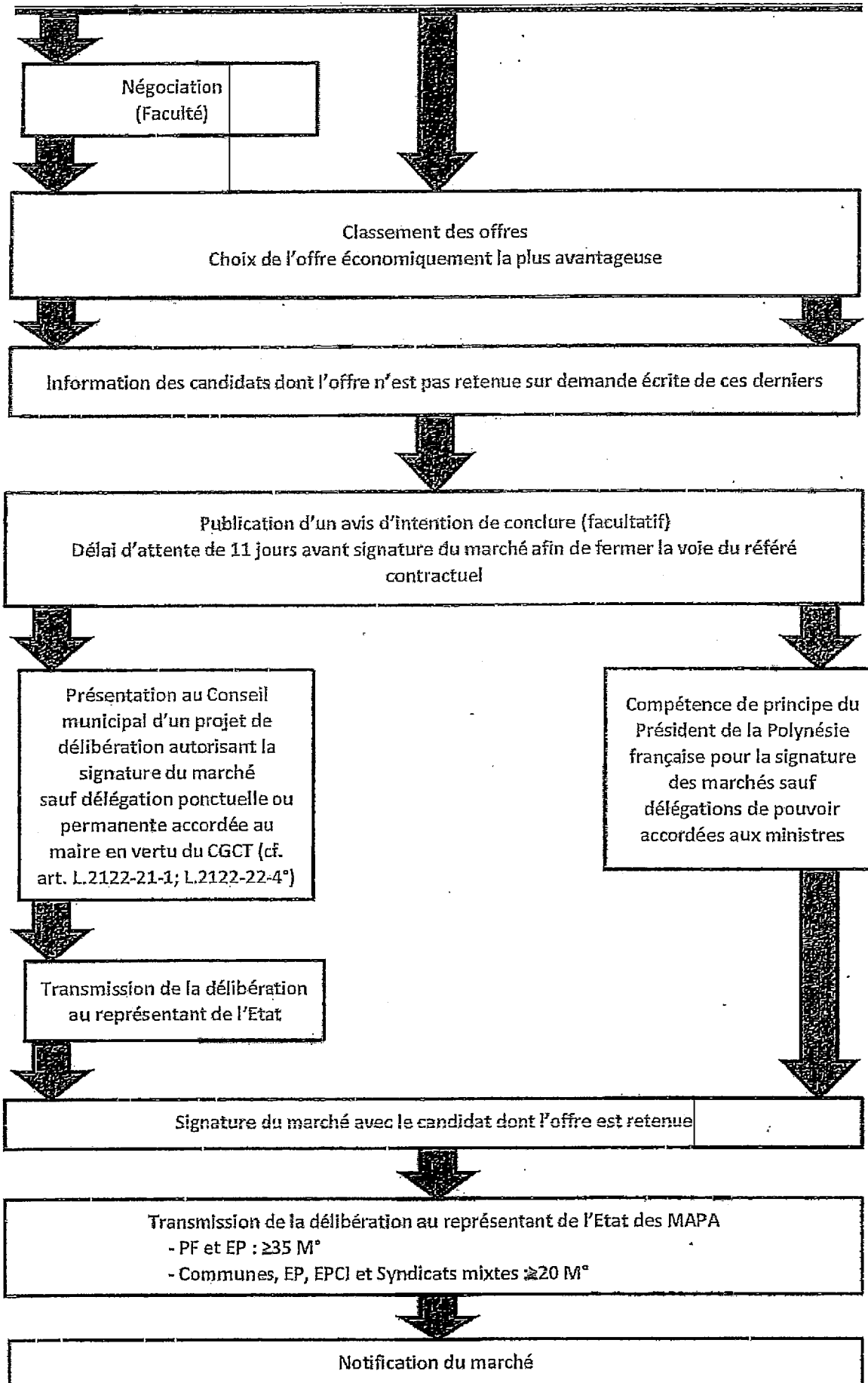
Joseph AH-SCHA

²⁰ Forme et contenu libres du contrat, pas de rapport de présentation obligatoire, pas d'information obligatoire des candidats sur le rejet des offres, pas d'obligation de publier un avis d'attribution, pas de réunion des commissions d'appel d'offres.

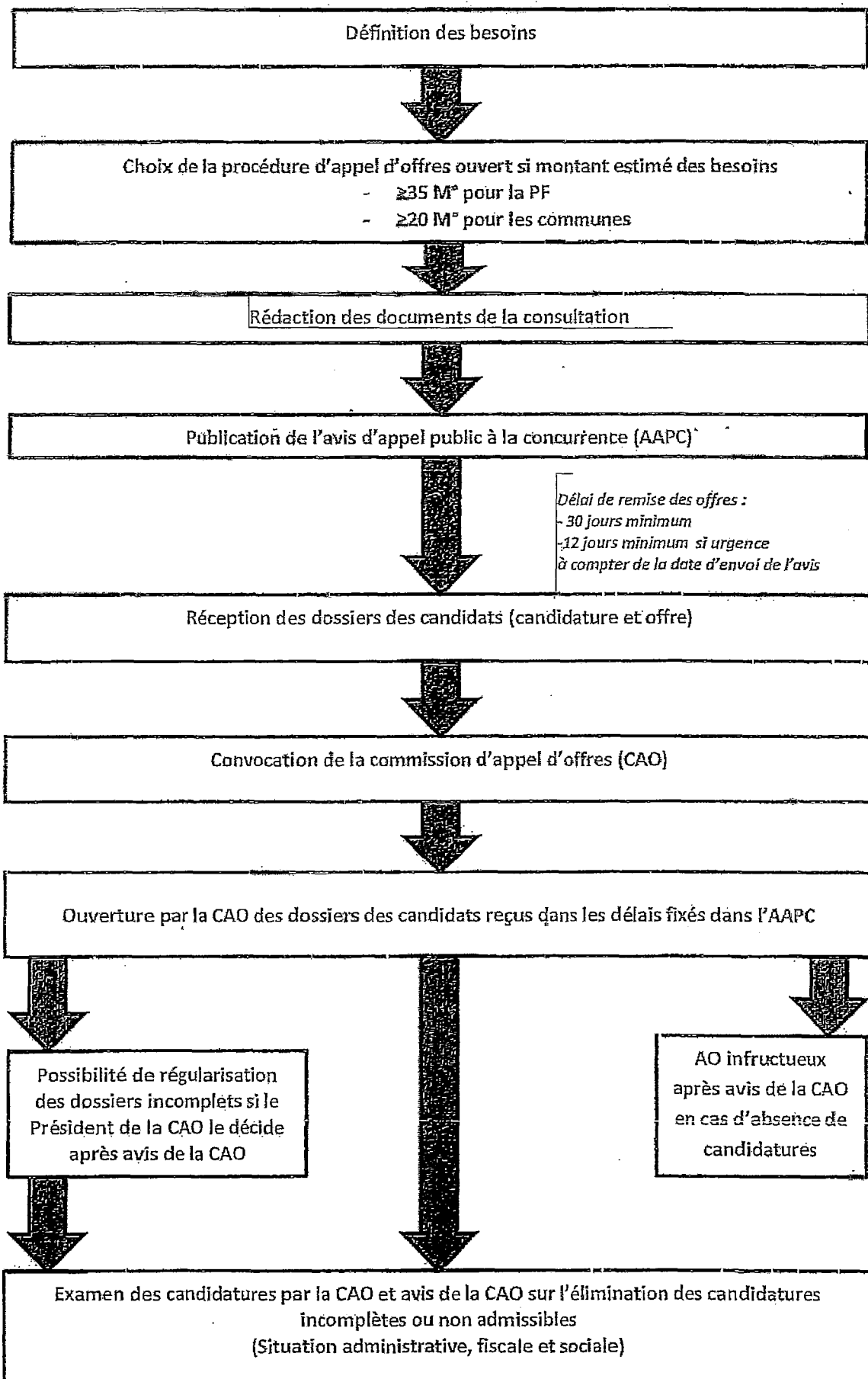
ANNEXE 1 : SCHEMA PROCEDURE ADAPTEE



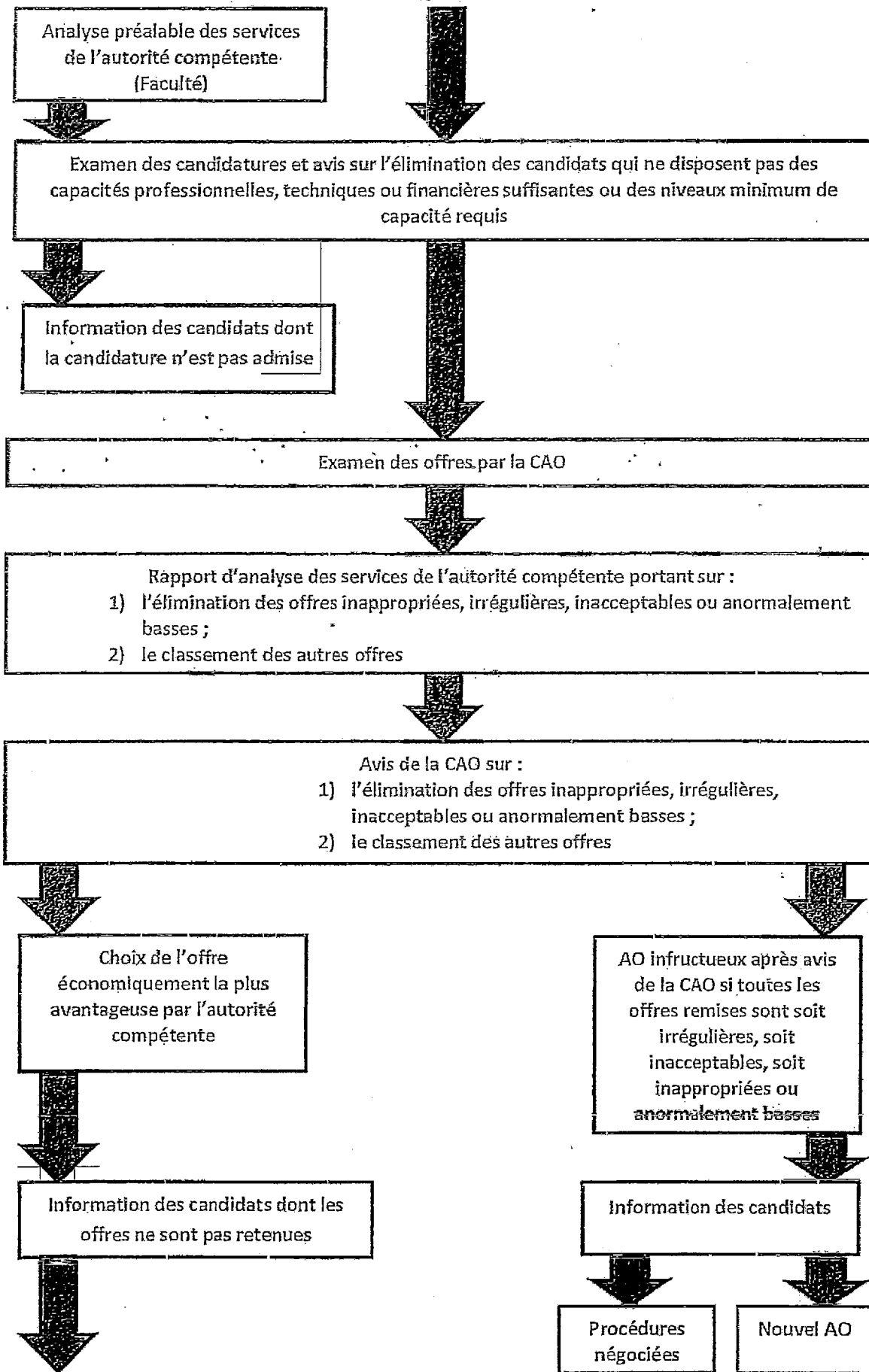
ANNEXE 1 : SCHEMA PROCEDURE ADAPTEE



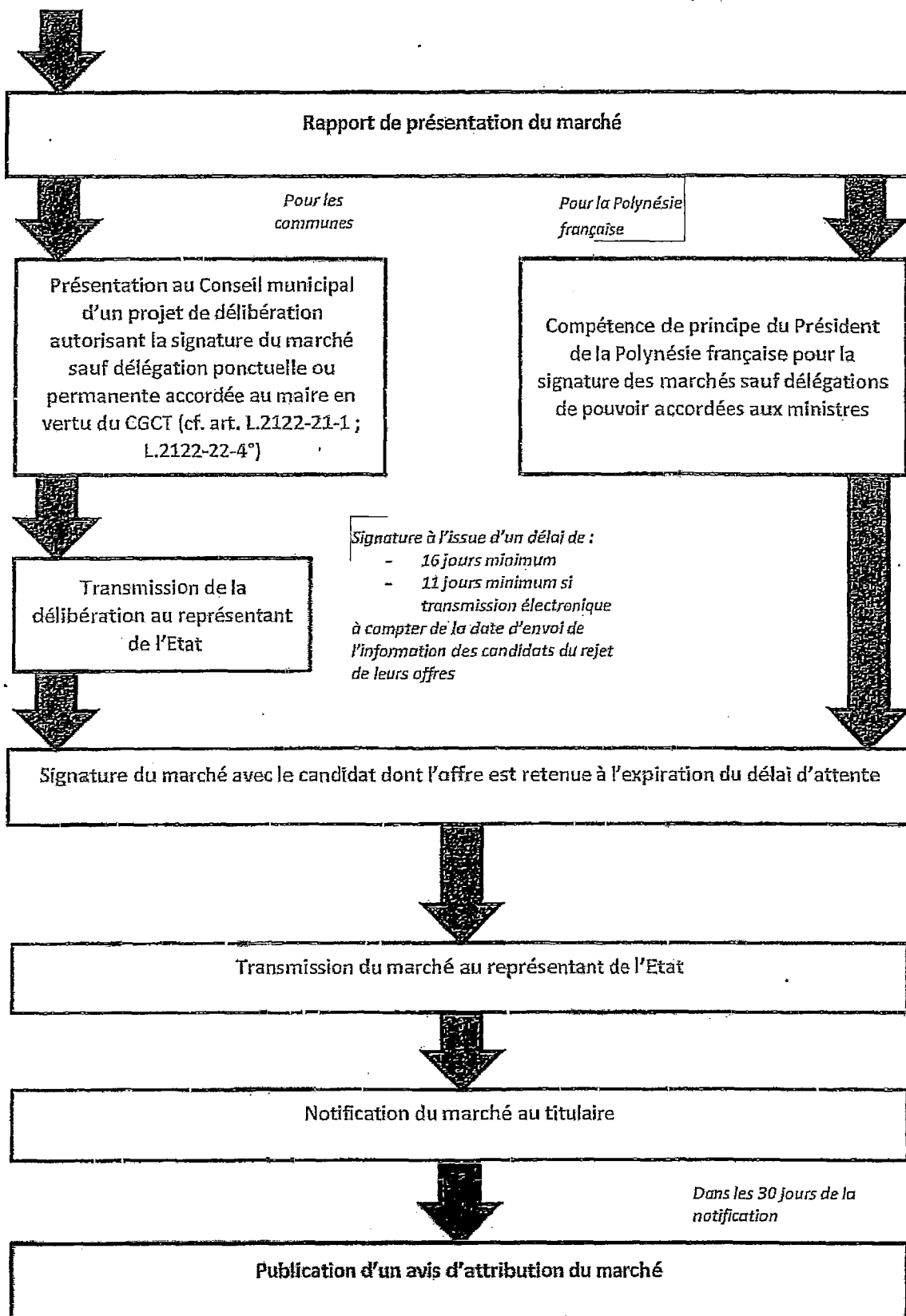
ANNEXE 2 : SCHEMA DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES OUVERT



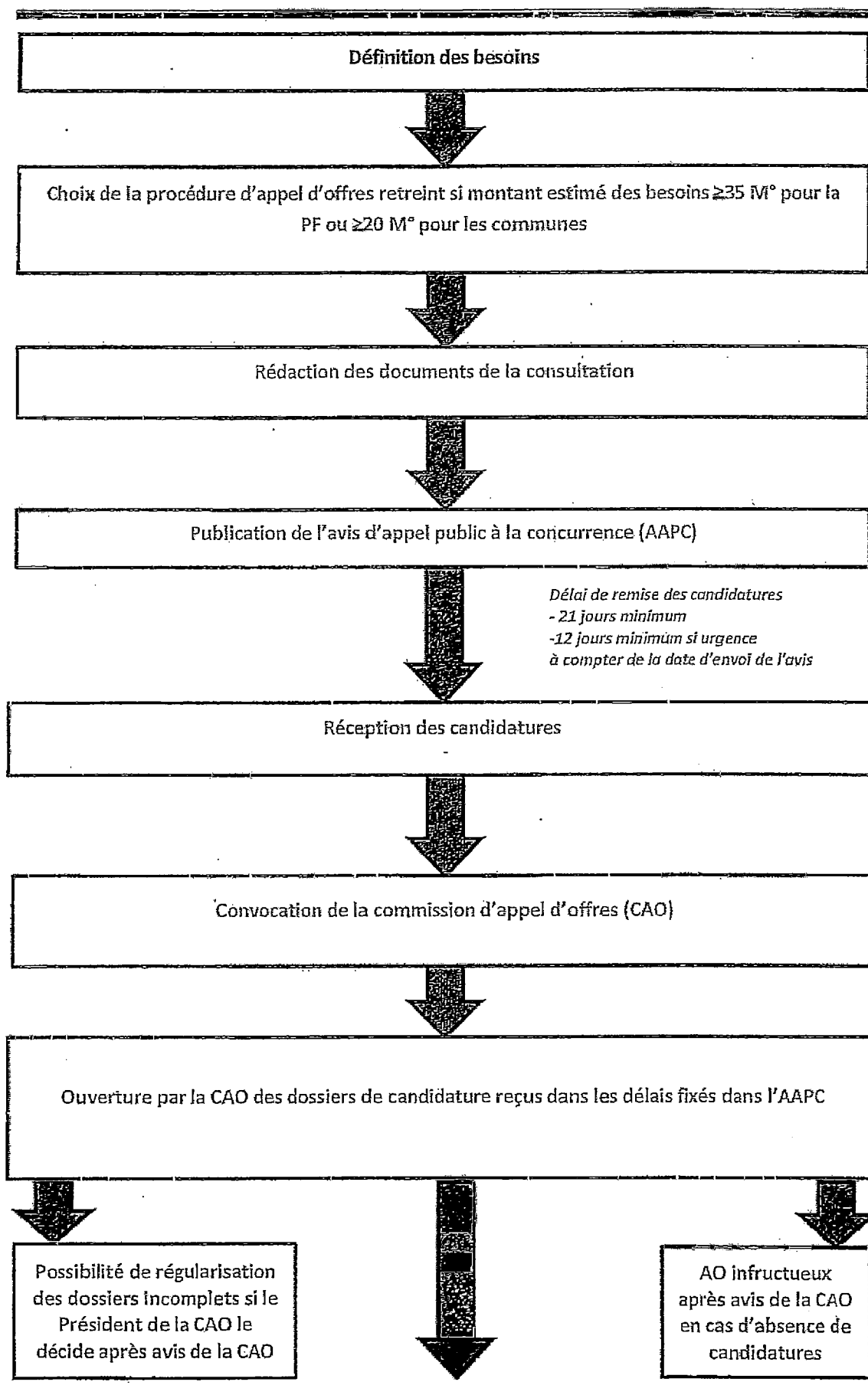
ANNEXE 2 : SCHEMA DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES OUVERT



ANNEXE 2 : SCHEMA DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES OUVERT

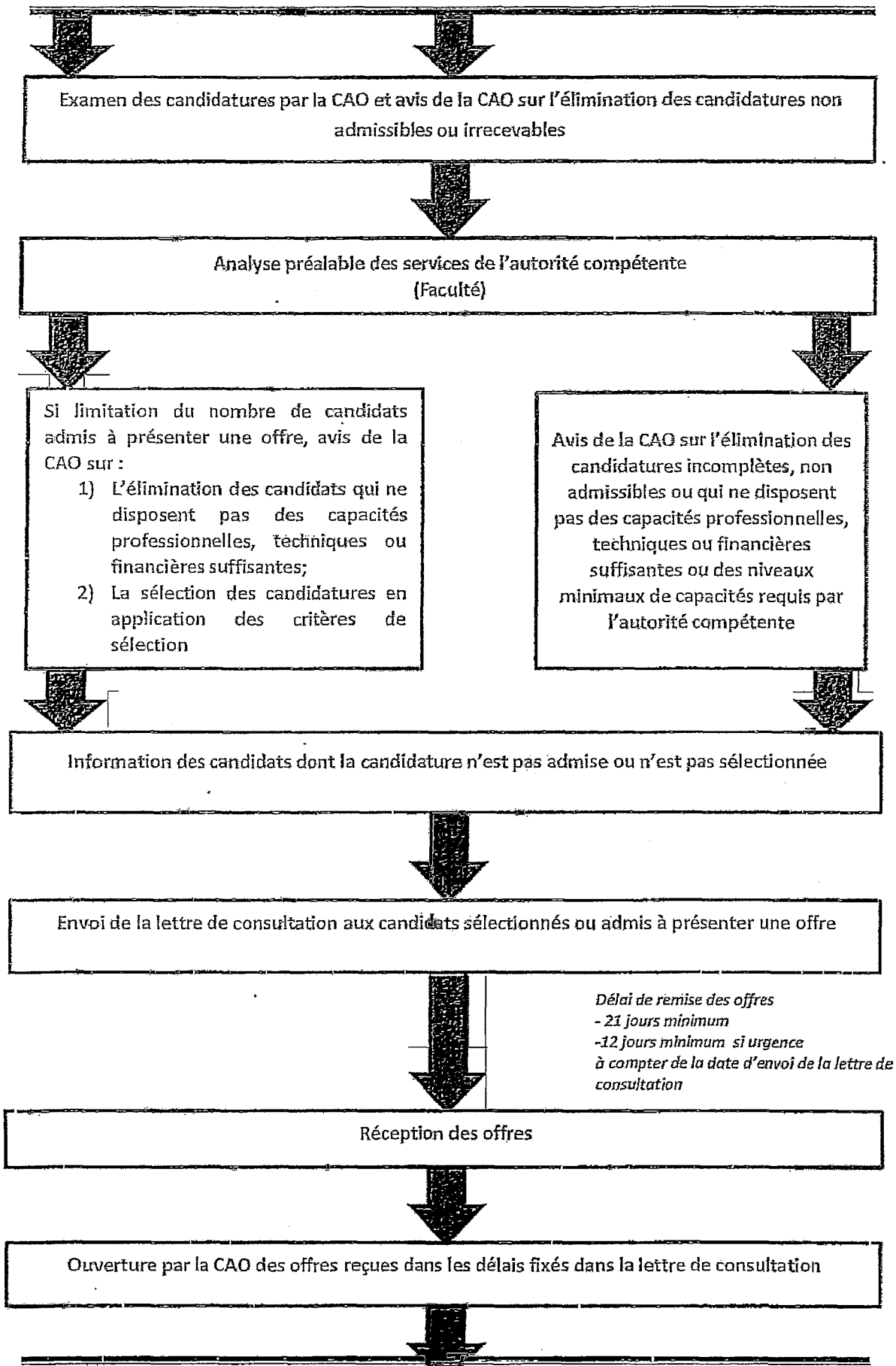


ANNEXE 3 : SCHEMA DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES RESTREINT

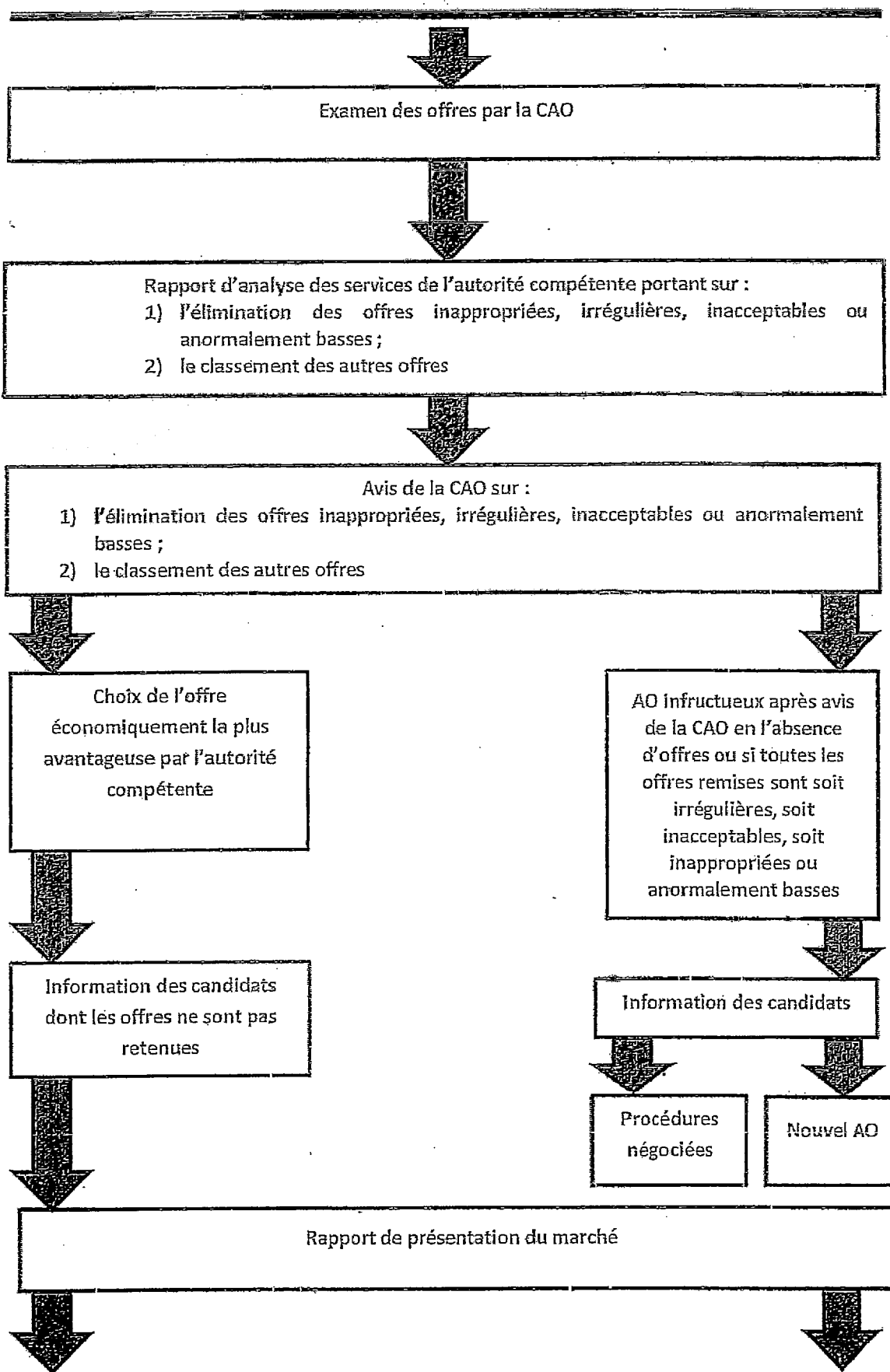


ANNEXE 3 : SCHEMA DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES

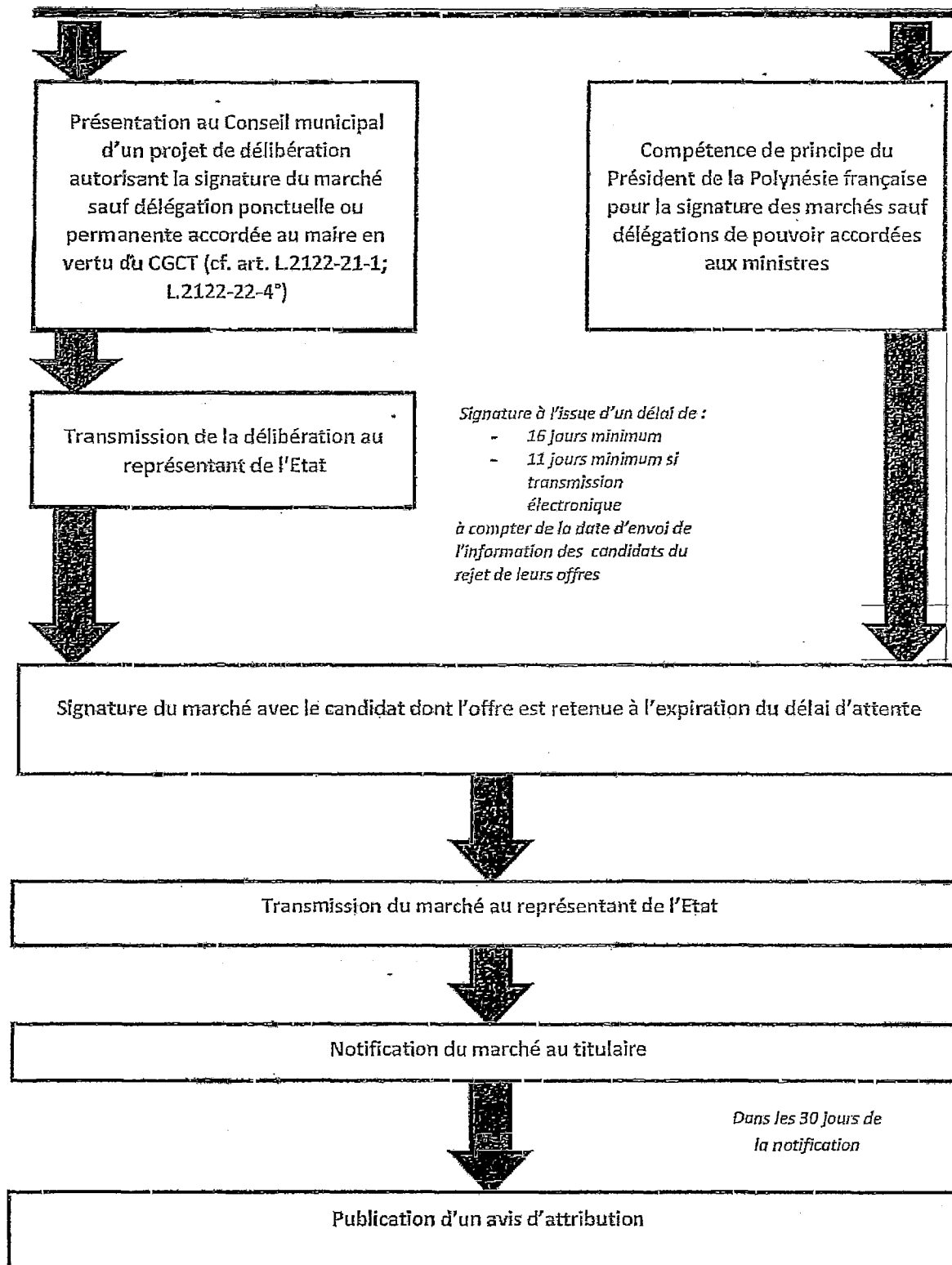
RESTREINT



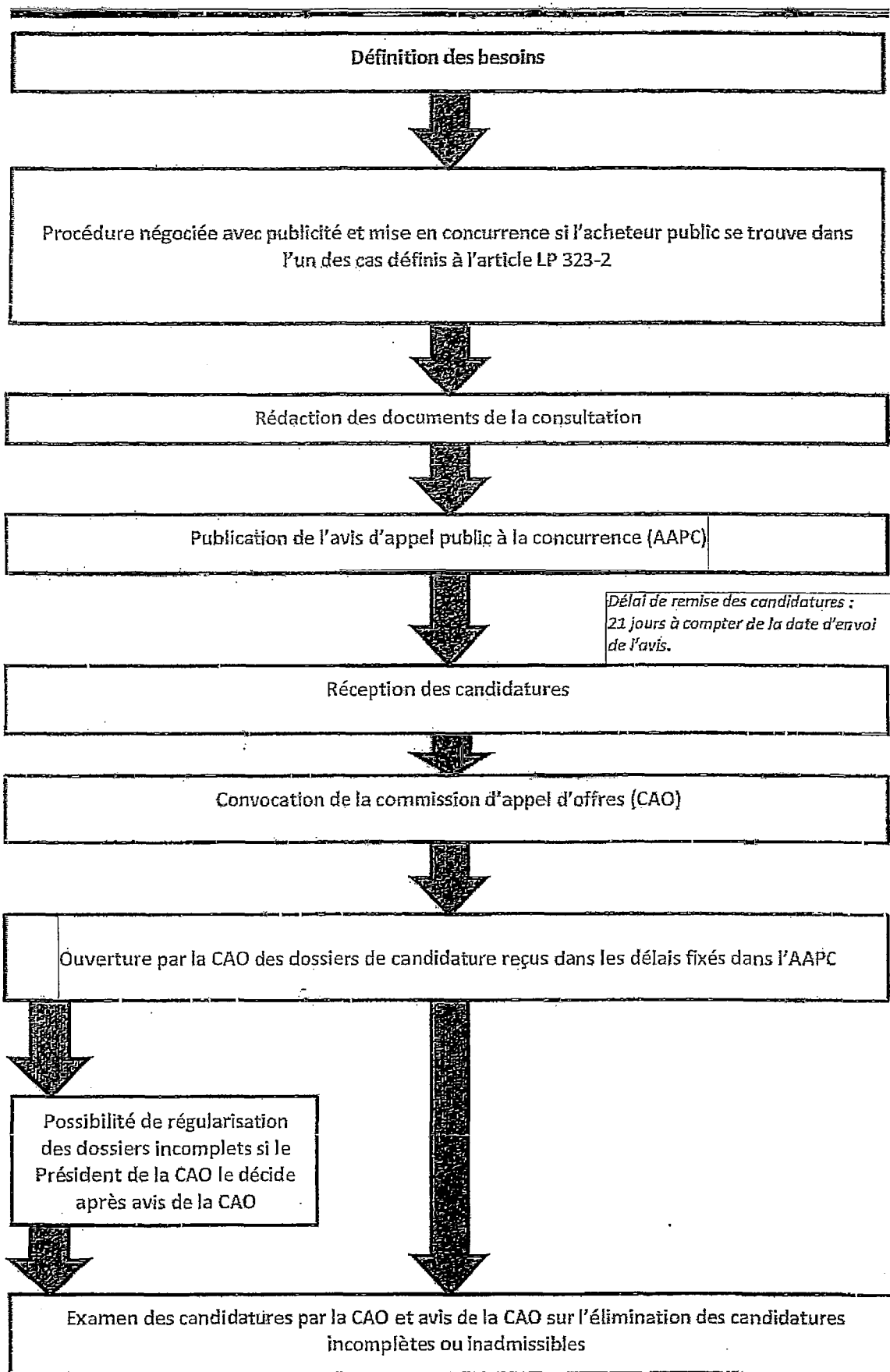
ANNEXE 3 : SCHEMA DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES RESTREINT



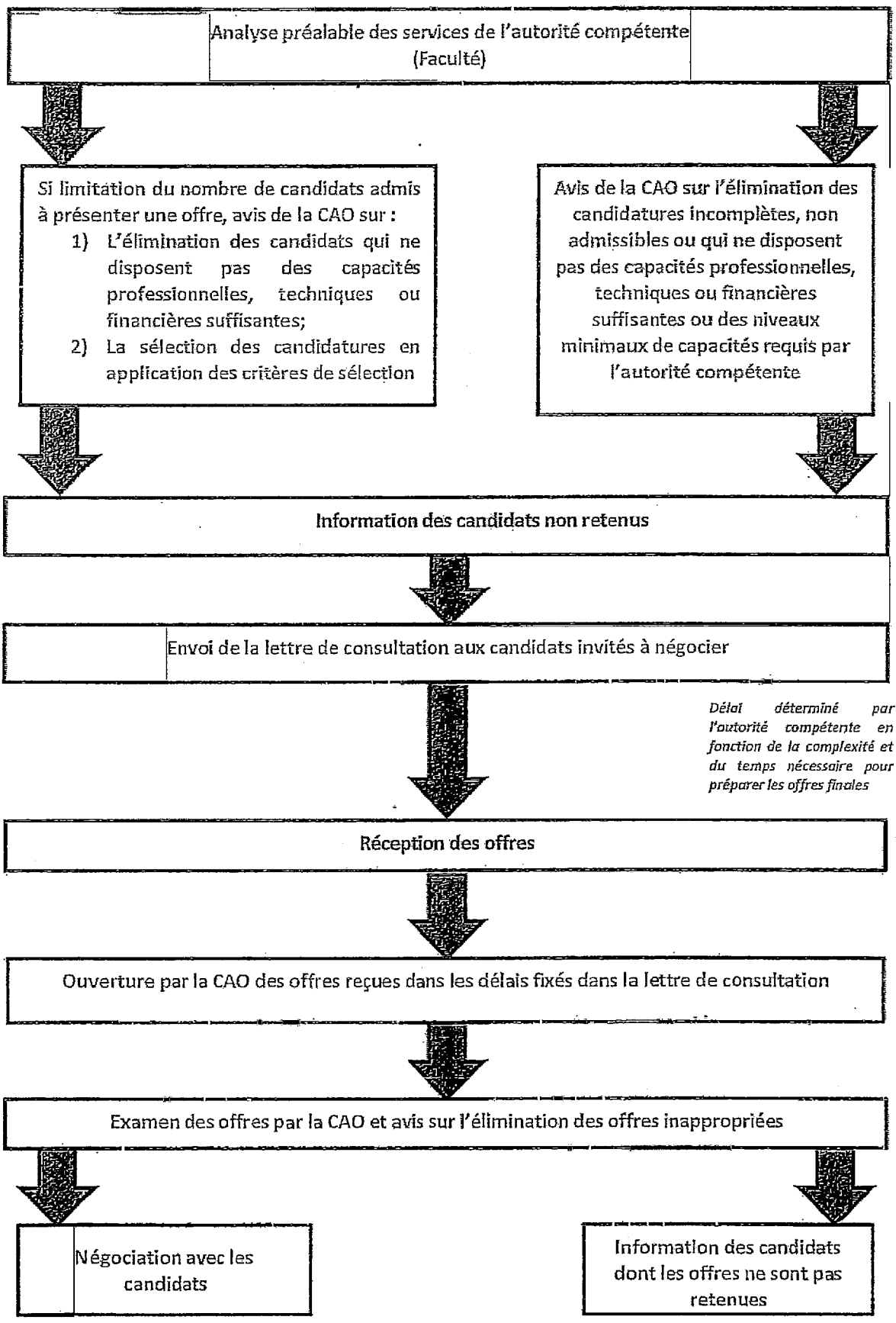
ANNEXE 3 : SCHEMA DE LA PROCEDURE D'APPEL D'OFFRES RESTREINT



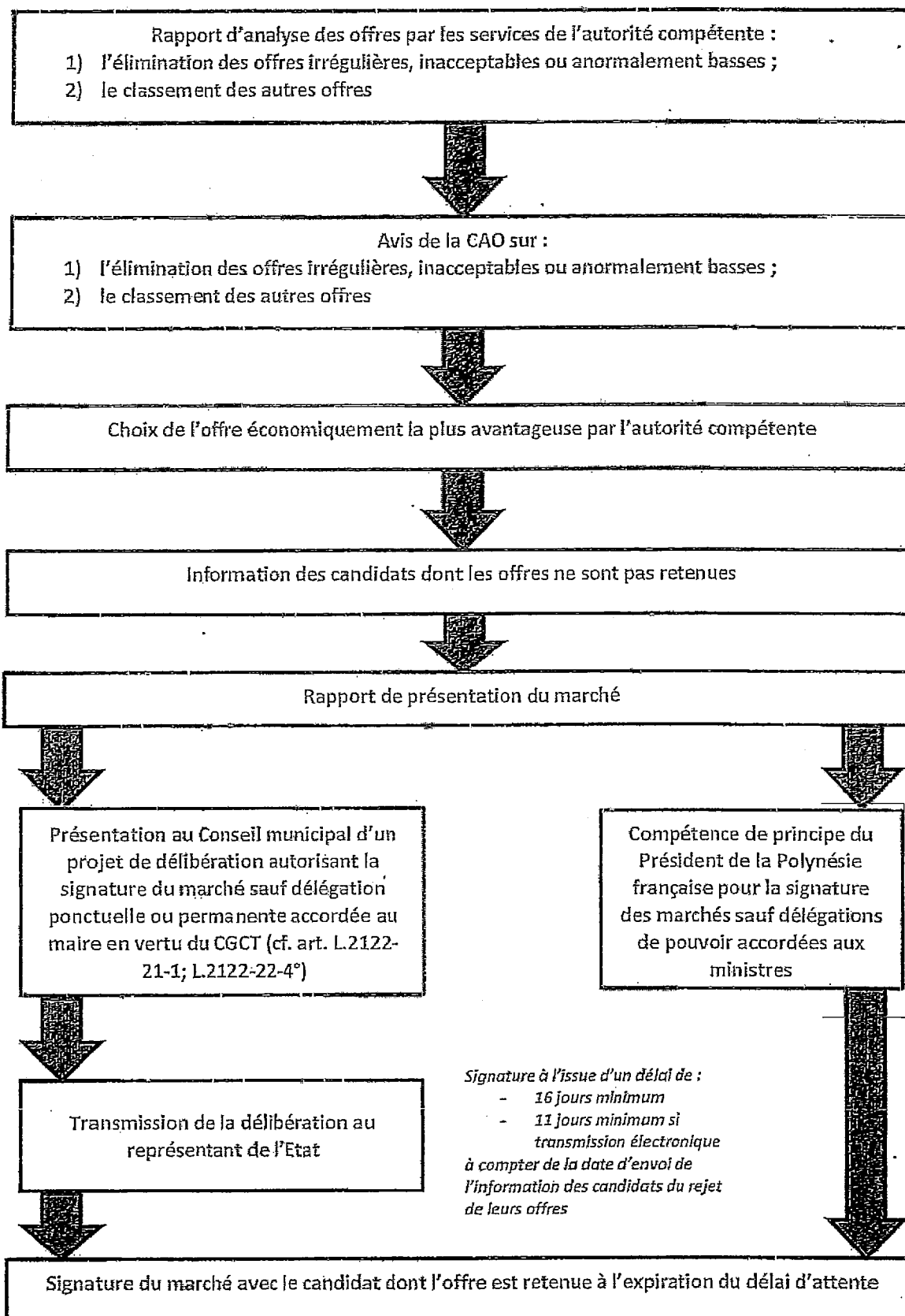
ANNEXE 4 : SCHEMA DE LA PROCEDURE NEGOCIEE AVEC PUBLICITE ET MISE EN CONCURRENCE



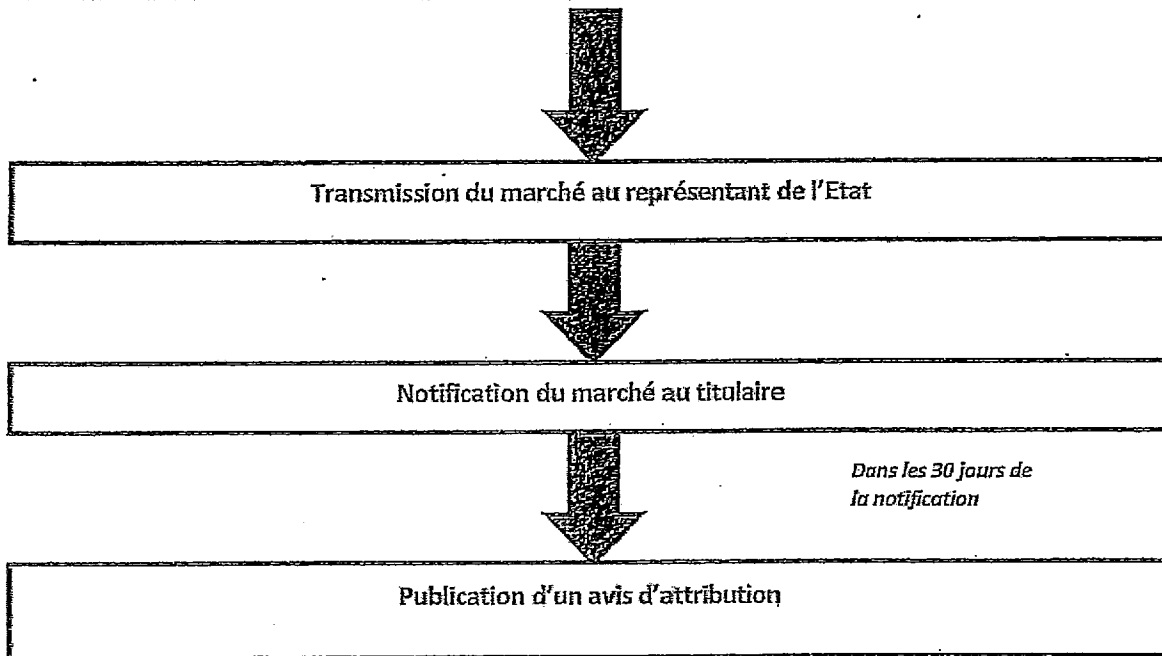
ANNEXE 4 : SCHEMA DE LA PROCEDURE NEGOCIEE AVEC PUBLICITE ET MISE EN CONCURRENCE



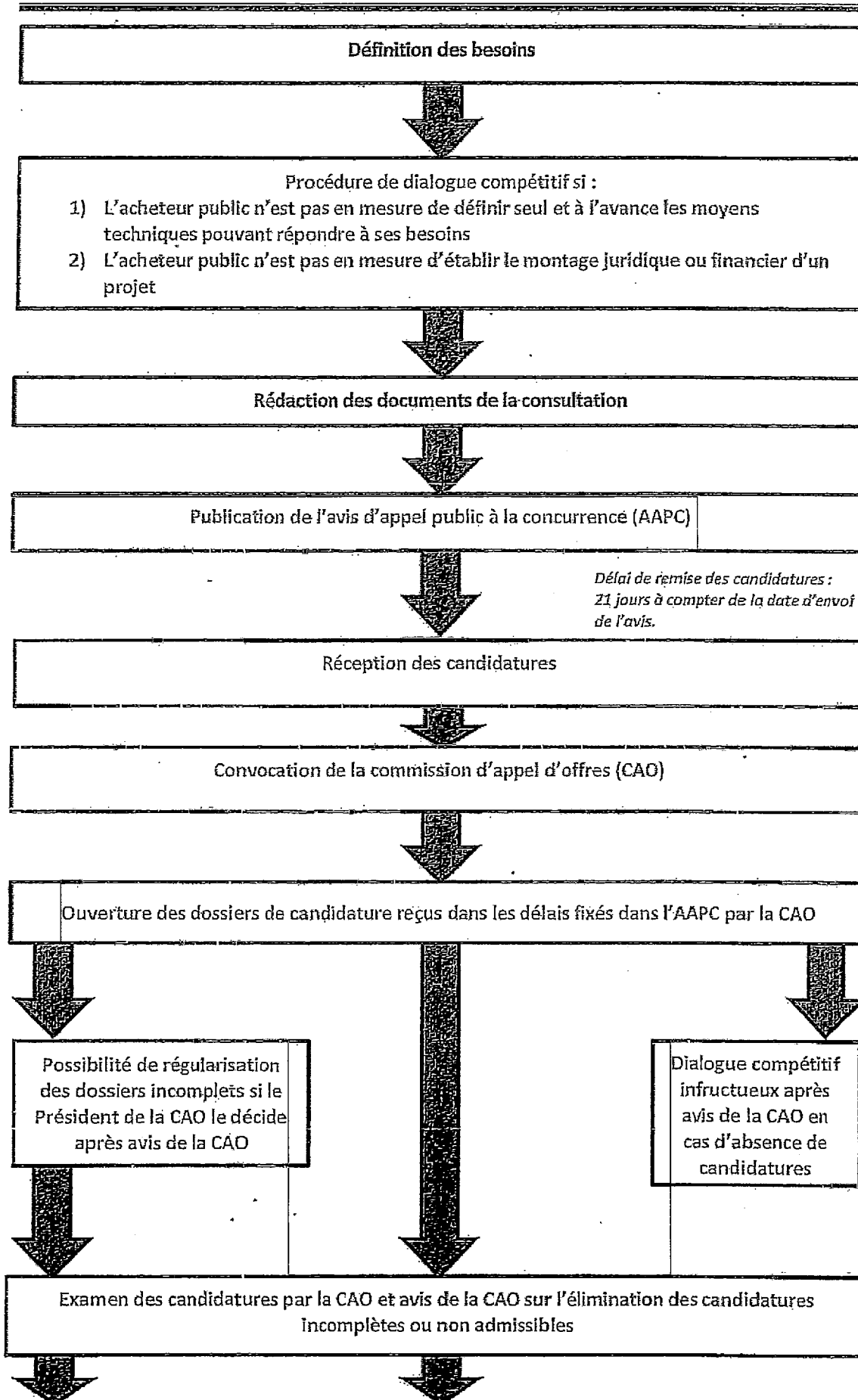
ANNEXE 4 : SCHEMA DE LA PROCEDURE NEGOCIEE AVEC PUBLICITE ET MISE EN CONCURRENCE



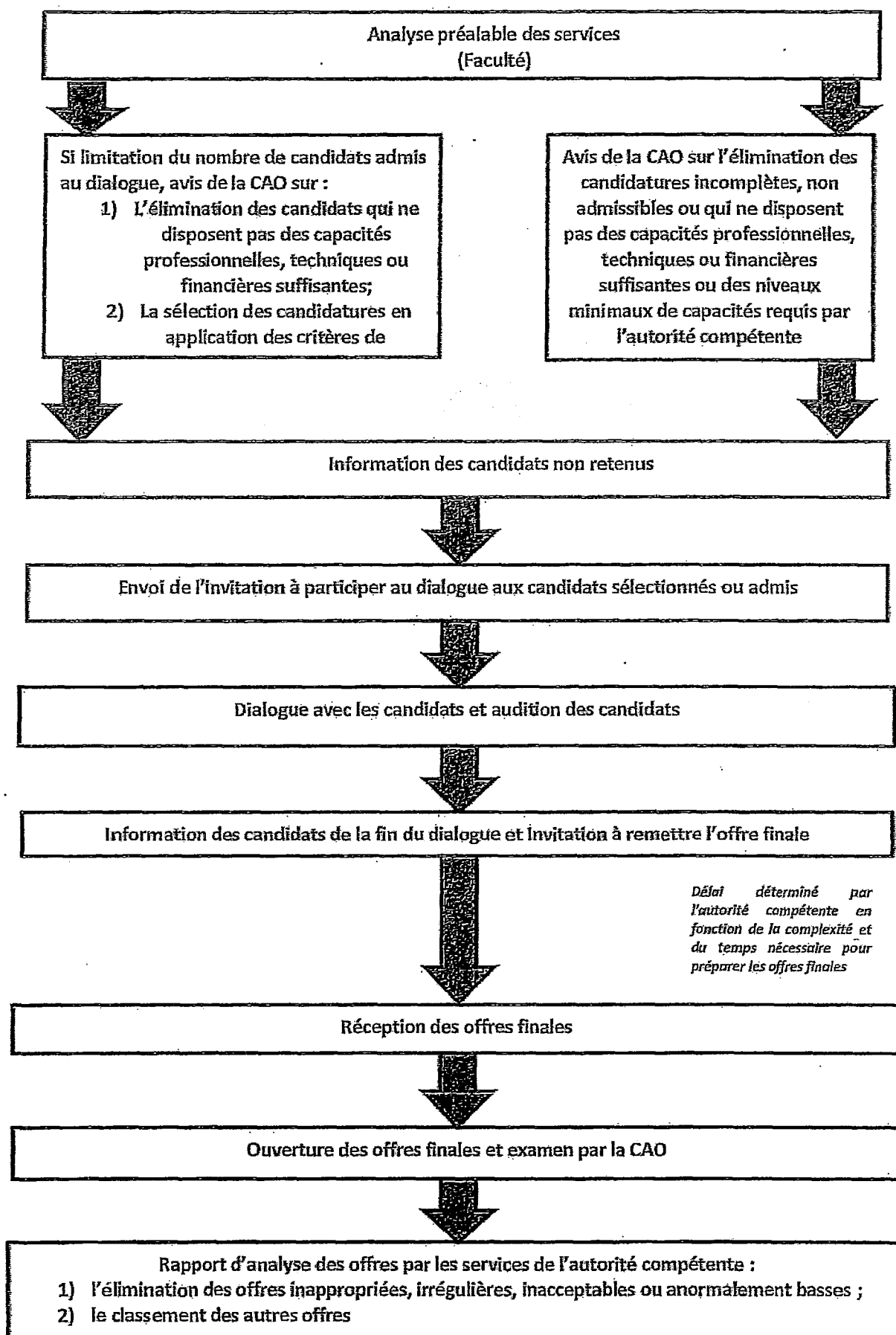
**ANNEXE 4 : SCHEMA DE LA PROCEDURE NEGOCIEE AVEC PUBLICITE
ET MISE EN CONCURRENCE**



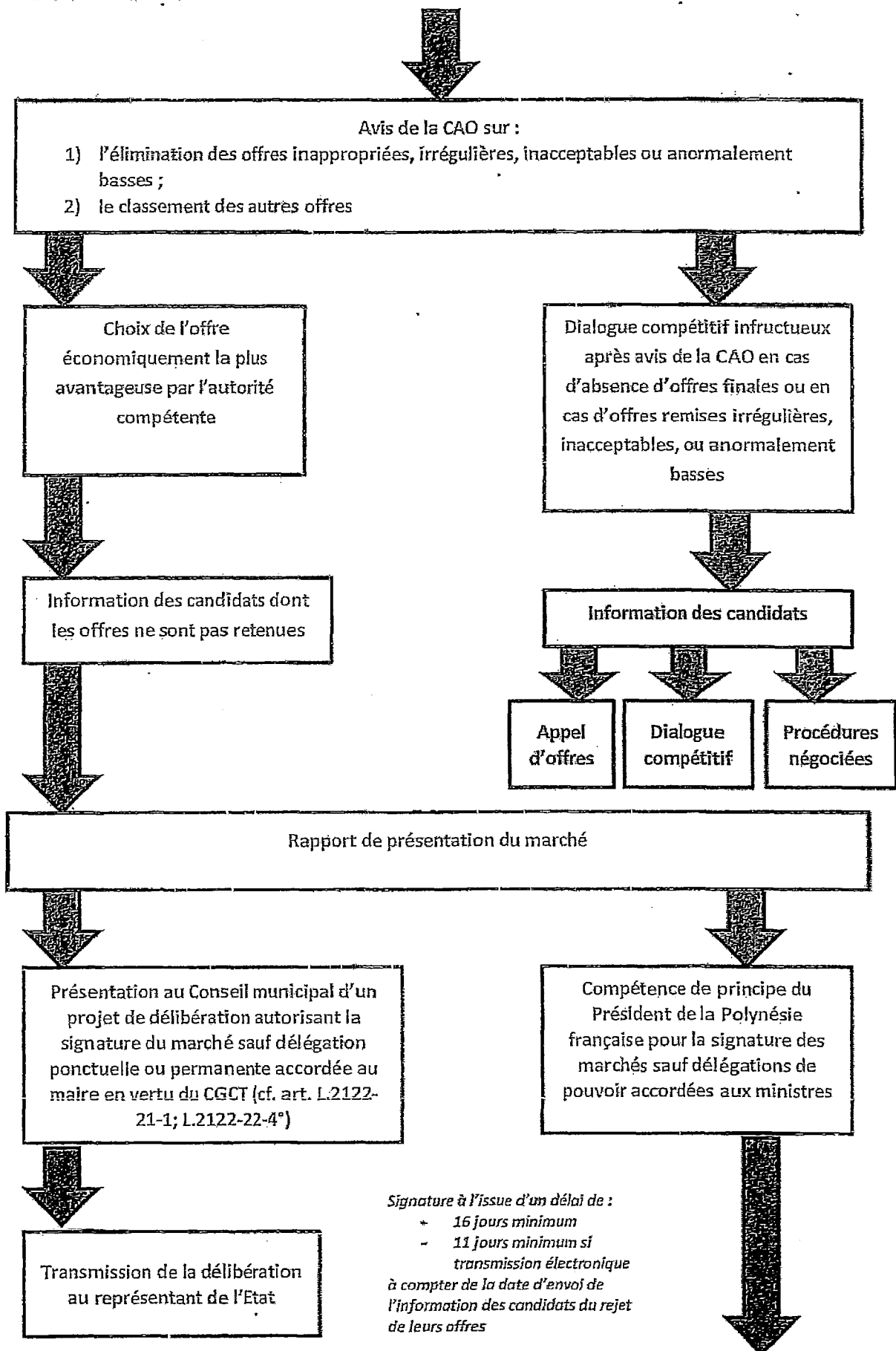
ANNEXE 5 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF



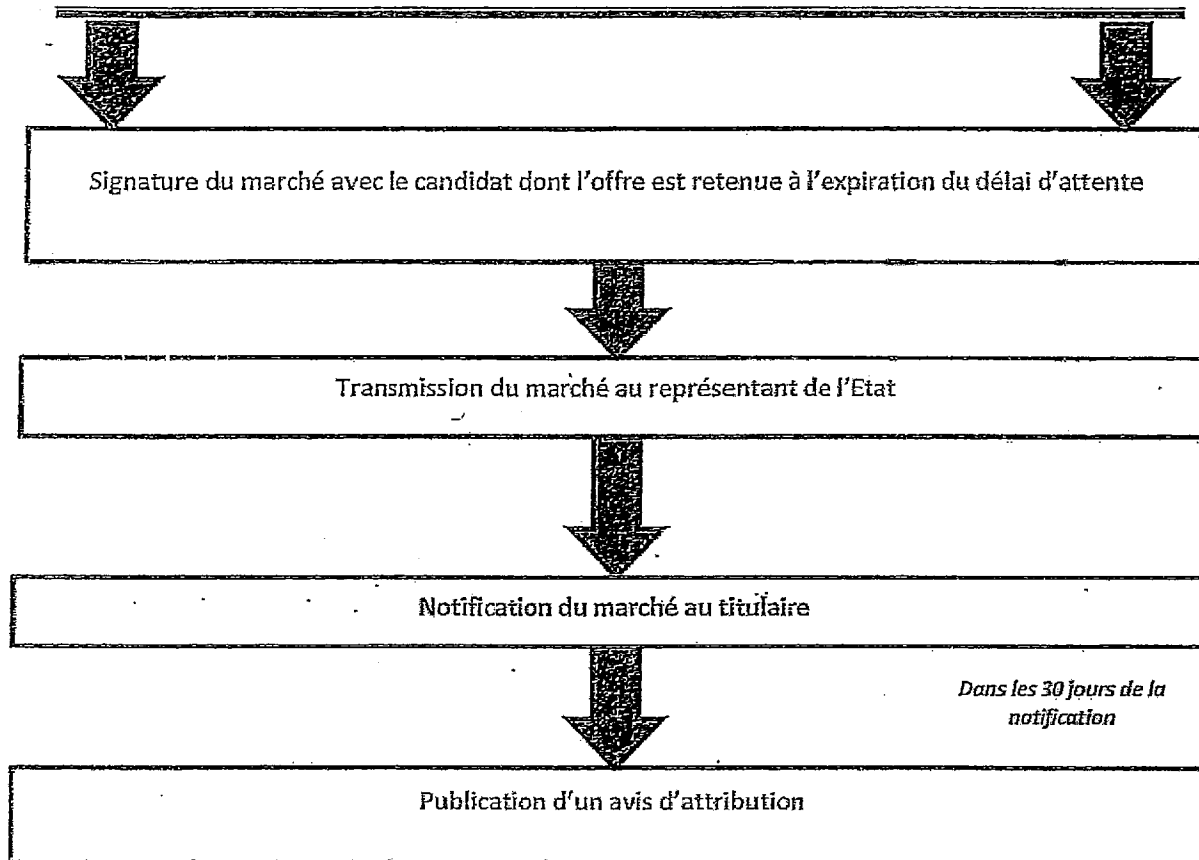
ANNEXE 5 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF



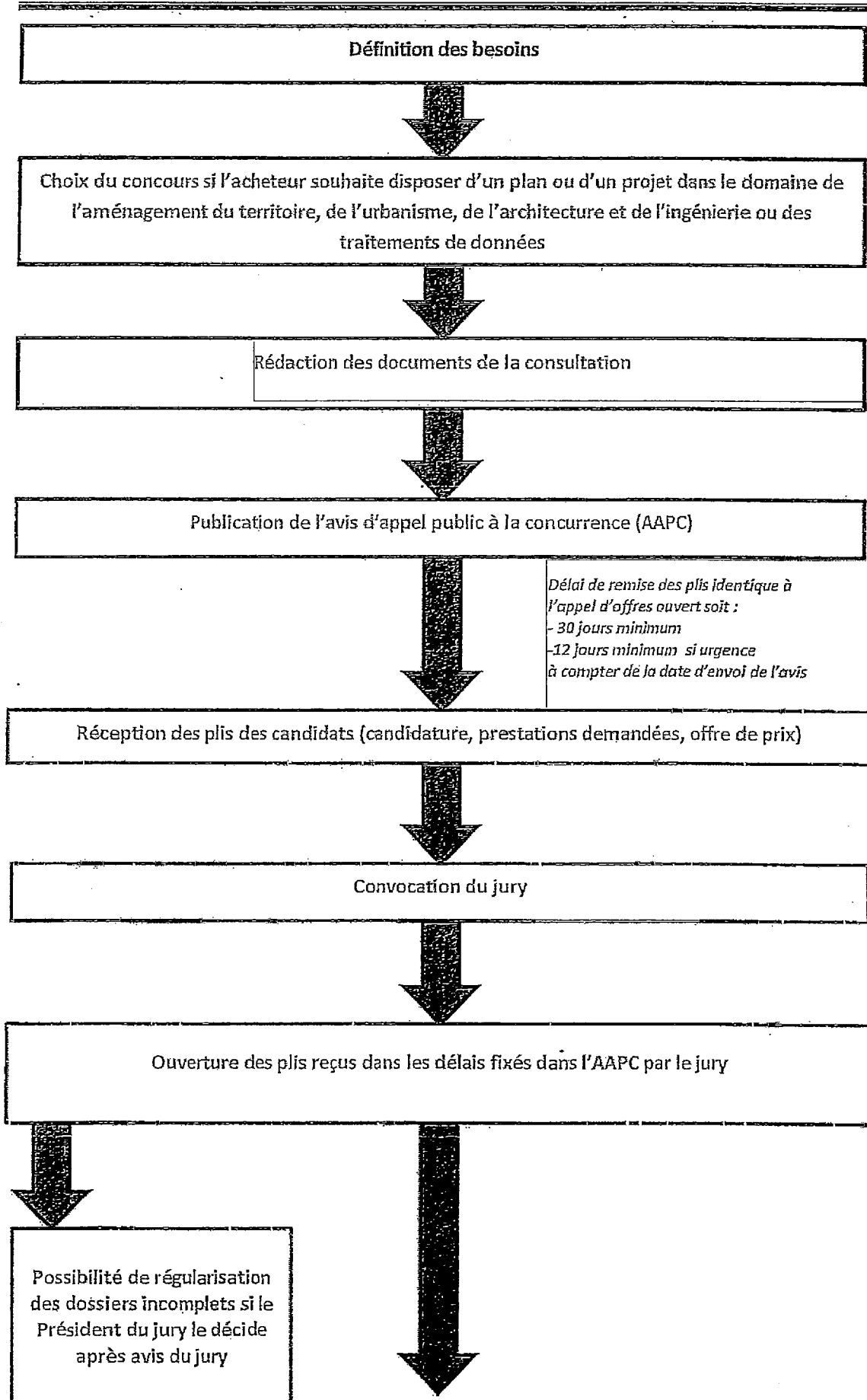
ANNEXE 5 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF



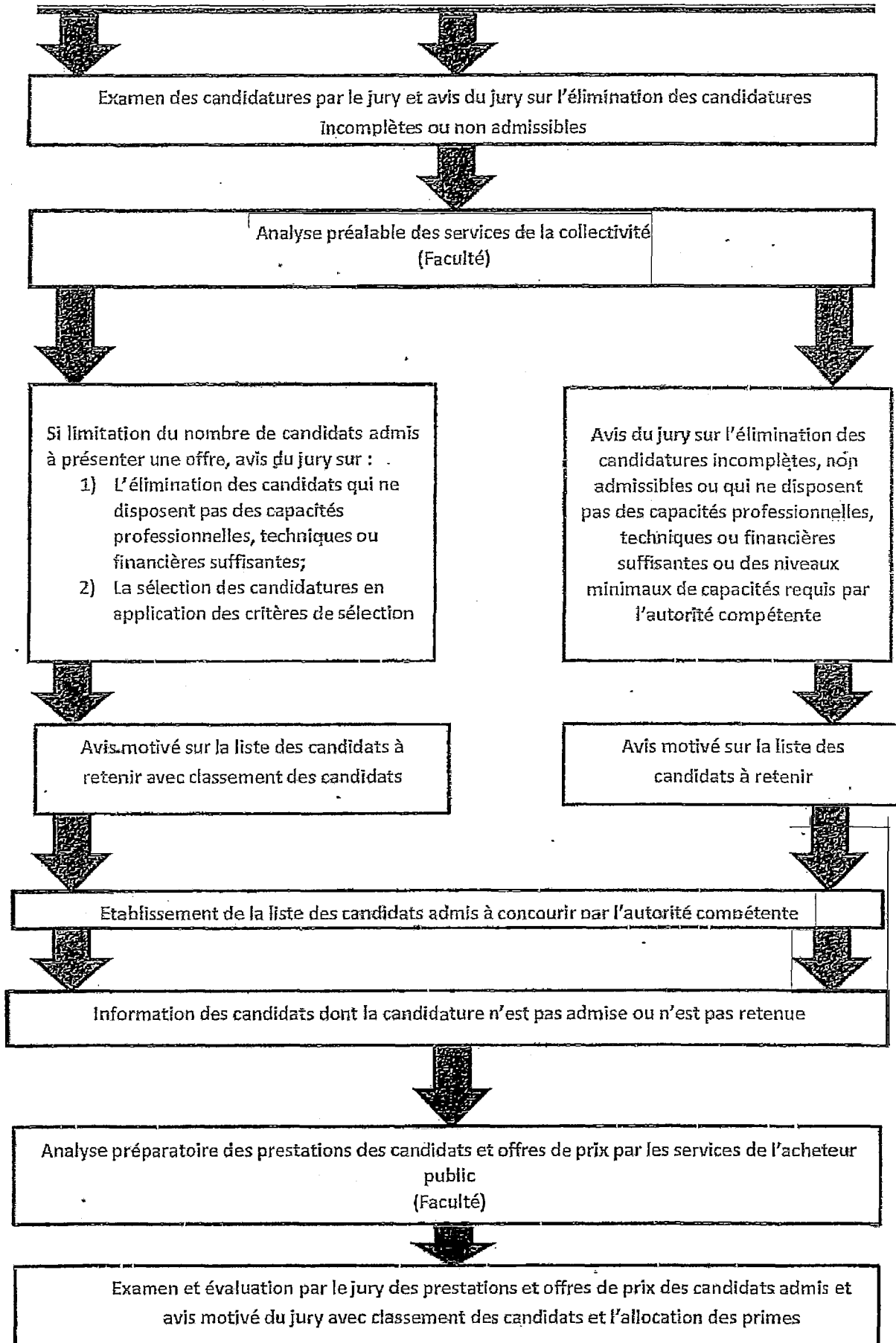
ANNEXE 5 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF



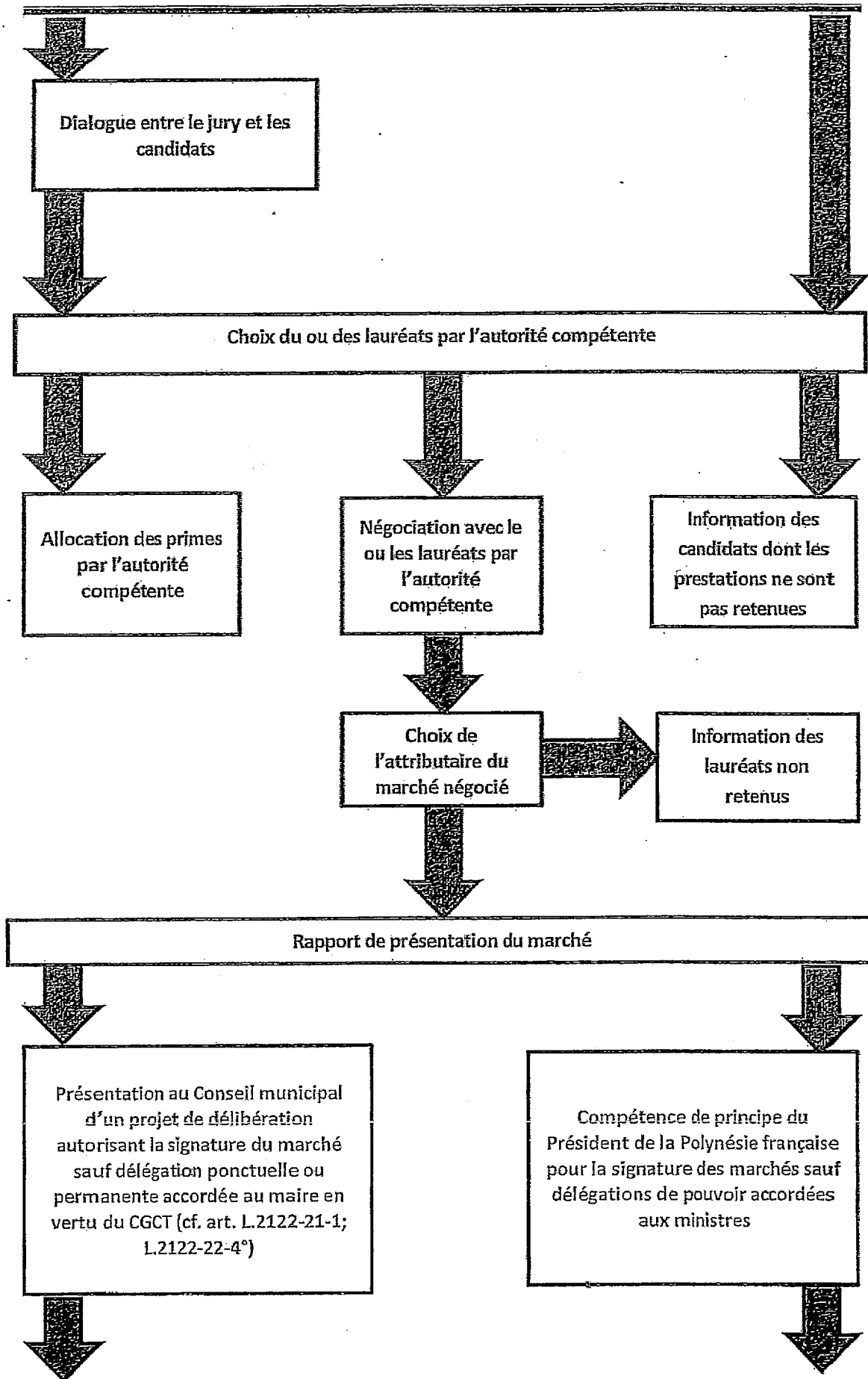
ANNEXE 6 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE CONCOURS (OUVERT)



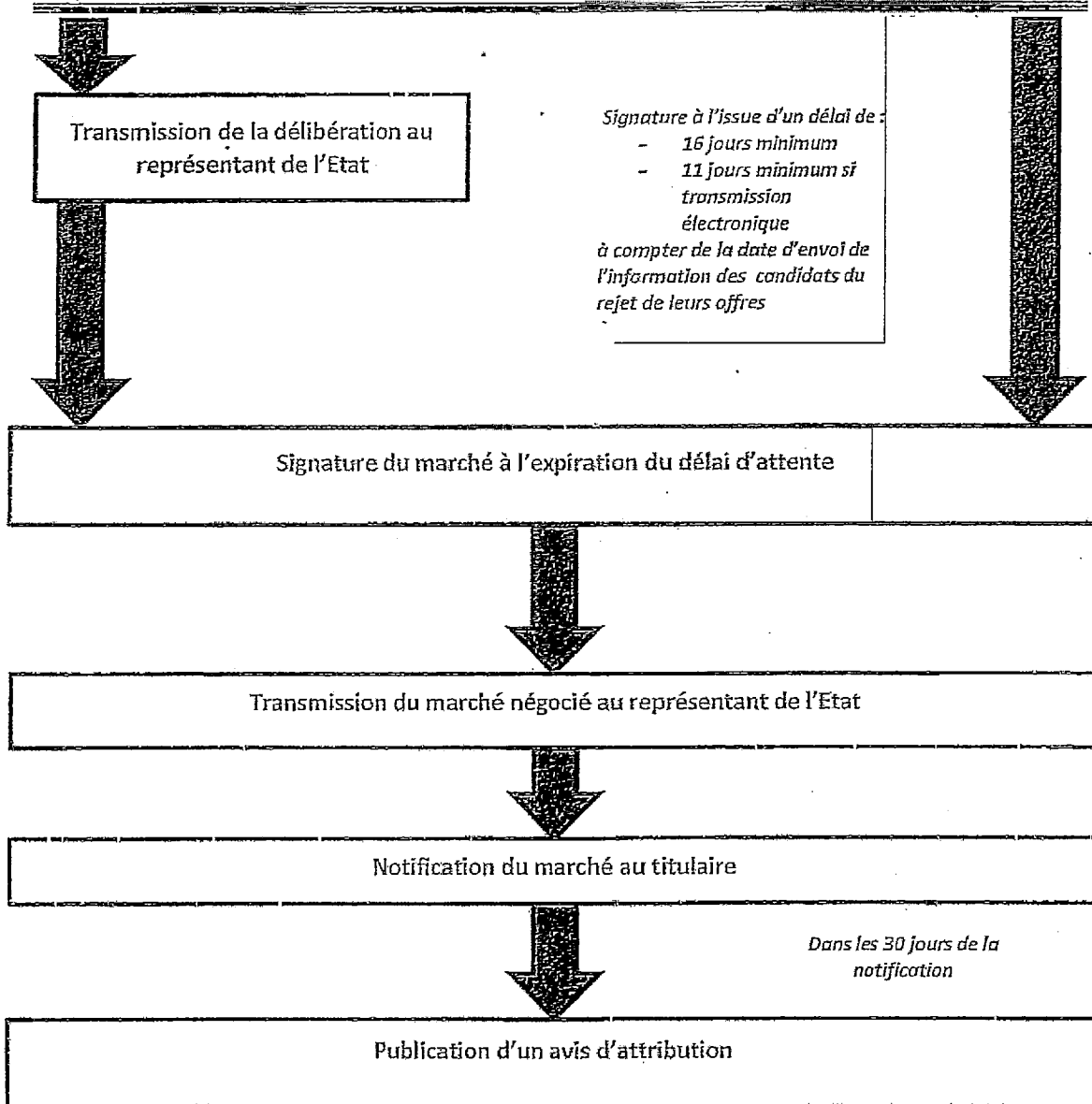
ANNEXE 6 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE CONCOURS (OUVERT)



ANNEXE 6 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE CONCOURS (OUVERT)



ANNEXE 6 : SCHEMA DE LA PROCEDURE DE CONCOURS (OUVERT)





ASSEMBLÉE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

LOI ORGANIQUE N° 2004-192 DU 27 FÉVRIER 2004

SESSION ADMINISTRATIVE

LOI DU PAYS

(NOR : SGG1600121LP)

portant code polynésien des marchés publics

L'assemblée de la Polynésie française a adopté le projet de loi du pays dont la teneur suit :

Travaux préparatoires :

- Avis n° 52/CESC du 30 mars 2016 du conseil économique, social et culturel de la Polynésie française ;
 - Arrêté n° 573 CM du 4 mai 2016 soumettant un projet de loi du pays à l'assemblée de la Polynésie française ;
 - Examen par la commission de l'équipement, de l'urbanisme, de l'énergie et des transports terrestres et maritimes le 2 février 2017 ;
 - Rapport n° 15-2017 du 3 février 2017 de M. Joseph AH-SCHA, rapporteur du projet de loi du pays ;
 - Adoption en date du 23 mai 2017 ;
-

Article LP 1.- Les dispositions de l'annexe à la présente loi du pays constituent la partie « loi du pays » du code polynésien des marchés publics.

Article LP 2.- Sont abrogés :

- 1°) La délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 modifiée portant code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics ;
- 2°) L'article D. 311-5 de la délibération n° 99-90 APF du 27 mai 1999 portant dispositions relatives au code des postes et télécommunications en Polynésie française ;
- 3°) Les articles D. 121-4 et D. 131-4 de la délibération n° 2001-5 APF du 11 janvier 2001 portant dispositions relatives au code des ports maritimes de la Polynésie française.

Article LP 3.- La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance est ainsi modifiée :

- 1°) Après le mot « sous-traitant », la fin du premier alinéa de l'article 1^{er} est ainsi rédigée : « l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. » ;
- 2°) L'article 5 est complété par les mots : « ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel » et par un alinéa ainsi rédigé :
« En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage. » ;
- 3°) Au premier alinéa de l'article 6, après les mots : « Le sous-traitant », sont insérés les mots : « direct du titulaire du marché » ;
- 4°) Au deuxième alinéa de l'article 6, le seuil est fixé à un million de francs CFP toutes taxes comprises et les mots « par décret en Conseil d'État » sont remplacés par les mots « par arrêté pris en conseil des ministres » ;
- 5°) L'article 6 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14 ».

Article LP 4.- Sont supprimées :

- 1°) La deuxième phrase de l'article 2 de la délibération n° 92-219 AT du 22 décembre 1992 modifiée portant définition des groupements de producteurs agricoles ;
- 2°) La deuxième phrase du premier alinéa et la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article 2 de la délibération n° 85-1013 AT du 7 février 1985 portant création d'un établissement public à caractère industriel et commercial doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière dénommé Établissement d'achats groupés.

Article LP 5.- Les dispositions de la présente loi du pays entrent en vigueur à compter de la date d'entrée en vigueur de la partie « Arrêté » du code polynésien des marchés publics et au plus tard le 1^{er} janvier 2018.

Article LP 6.- Les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel d'offres envoyé à la publication antérieurement à la date d'entrée en vigueur du code polynésien des marchés publics, déterminée dans les conditions fixées par l'article LP 5, ainsi que les marchés publics notifiés antérieurement à cette même date demeurent régis, pour leur passation et leur exécution, par les dispositions relatives aux marchés publics qui leur étaient applicables antérieurement à l'entrée en vigueur du code polynésien des marchés publics.

Délibéré en séance publique, à Papeete, le 23 mai 2017

La secrétaire,


Loïs SALMON-AMARU

Le président,


Marcel TUIHANI

CODE POLYNESIEN DES MARCHES PUBLICS

PARTIE LOI DU PAYS

ANNEXE à la loi du pays n° du

Table des matières

LIVRE I DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

TITRE I PRINCIPES FONDAMENTAUX

Chapitre uniqueArt. LP 111-1

TITRE II – CHAMP D’APPLICATION

Chapitre I - Personnes morales de droit public soumises au code..... Art. LP 121-1

Chapitre II - DéfinitionsArt. LP 122-1 à art. LP 122-3

Chapitre III - ExclusionsArt. LP 123-1 à art. LP 123-3

LIVRE II – DISPOSITIONS GENERALES

TITRE I - CONTENU DES MARCHES

Chapitre I - Eléments constitutifs.....Art. LP 211-1

Chapitre II - Mentions obligatoiresArt. LP 212-1

Chapitre III - Cahier des chargesArt. LP 213-1

Chapitre IV - Clauses sociales et environnementalesArt. LP 214-1

Chapitre V - Durée.....Art. LP 215-1

Chapitre VI - Prix des marchésArt. LP 216-1à art. LP 216-3

TITRE II – PREPARATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES

Chapitre I – Evaluation des besoins à satisfaireArt. LP 221-1 à art. LP 221-5

Chapitre II - Allotissement.....Art. LP 222-1

Chapitre III - Présentation des procédures de passation et des seuilsArt. LP 223-1 à art. LP 223-6

Chapitre IV - Coordination des achatsArt. LP 224-1 à art. LP 224-5

Chapitre V - Marchés réservésArt. LP 225-1

TITRE III – PASSATION DES MARCHES

Chapitre I - Organisation de la publicitéArt. LP 231-1

Chapitre II - Information des candidatsArt. LP 232-1 à art. LP 232-3

Chapitre III - Présentation des candidaturesArt. LP 233-1 à art. LP 233-4

Chapitre IV - Présentation des offresArt. LP 234-1 à art. LP 234-4

Chapitre V - Examen des candidatures et des offresArt. LP 235-1 à art. LP 235-3

Chapitre VI - Attribution du marché.....Art. LP 236-1 à art. LP 236-2

LIVRE III – PROCEDURES DE PASSATION

TITRE I - COMMISSIONS ET JURYS

Chapitre I - Commissions d’appel d’offresArt. LP 311-1 à art. LP 311-4

Chapitre II - Jury de concours.....Art. LP 312-1 à art. LP 312-5

Chapitre III - Règles communes de composition et de fonctionnement.....Art. LP 313-1 à art. LP 313-2

TITRE II - DEFINITION ET DEROULEMENT DES DIFFERENTES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES

Chapitre I - Procédure adaptée.....Art. LP321-1 à art. LP 321-2

Chapitre II - Appel d’offresArt. LP 322-1 à art. LP 322-14

Chapitre III Procédures négociéesArt. LP 323-1 à art. LP 323-11

Chapitre IV - Dialogue compétitifArt. LP 324-1 à art. LP 324-7

Chapitre V - ConcoursArt. LP 325-1 à art. LP 325-4

Chapitre VI - Procédures applicables à certains marchésArt. LP 326-1 à art. LP 326-7

TITRE III - ACHEVEMENT DE LA PROCEDURE

Chapitre I - Rapport de présentationArt. LP 331-1

Chapitre II - Information des candidats non retenusArt. LP 332-1 à art. LP 332-2

Chapitre III - Signature, transmission au haut-commissaire de la République en Polynésie française et notification du marché	Art. LP 333-1 à art. LP 333-3
Chapitre IV - Attribution du marché.....	Art. LP 334-1

LIVRE IV – EXECUTION DES MARCHES

TITRE I - REGIME FINANCIER

Chapitre I - Règlement, avances et acomptes.	Art. LP 411-1 à art. LP 411-23
Chapitre II - Garanties.....	Art. LP 412-1 à art. LP 412-5
Chapitre III - Financement.....	Art. LP 413-1 à art. LP 413-4

TITRE II - SOUS-TRAITANCE

Chapitre unique.....	Art. LP 421-1
----------------------	---------------

TITRE III - AVENANTS ET DECISIONS DE POURSUIVRE

Chapitre unique.....	Art. LP 431-1 à art. LP 431-2
----------------------	-------------------------------

LIVRE I DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

TITRE I PRINCIPES FONDAMENTAUX

Chapitre unique

Article LP 111-1

Les marchés publics de la Polynésie française, de ses établissements publics, des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics sont soumis au respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics conformément aux articles 28-1 et 49 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Ces principes sont mis en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code.

TITRE II – CHAMP D'APPLICATION

Chapitre I - Personnes morales de droit public soumises au code

Article LP 121-1

Les acheteurs publics soumis au présent code sont les personnes morales de droit public suivantes :

- 1° La Polynésie française et ses établissements publics ;
- 2° Les communes de la Polynésie française, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes régis par les dispositions du code général des collectivités territoriales applicables en Polynésie française.

Le présent code s'applique également aux personnes agissant dans le cadre d'un mandat donné par l'une des personnes morales de droit public mentionnées au 1° et au 2°.

Chapitre II - Définitions

Article LP 122-1

Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur public et un opérateur économique public ou privé tel que défini à l'article LP 122-3, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Au sens du présent code, les contrats de travail ne sont pas des marchés publics.

Article LP 122-2

I - Les marchés publics de travaux ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par l'acheteur public qui en exerce la maîtrise d'ouvrage.

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

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

IV - Lorsqu'un marché public comporte des travaux, 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.

Lorsqu'un marché public a pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, il est considéré comme un marché de fournitures.

Article LP 122-3

Au sens du présent code, on entend par :

1° artisan, les personnes physiques ou morales travaillant à façon qui exercent à titre principal une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestations de services et qui n'emploient pas plus de cinq salariés ;

2° autorité compétente, l'autorité habilitée, au nom de l'acheteur public, à prendre toute décision concernant la préparation, la passation, la signature, l'exécution et le règlement des marchés ;

3° avenant, acte contractuel par lequel les parties à un marché modifient ou complètent une ou plusieurs de leurs clauses ;

4° décision de poursuivre, acte unilatéral émanant de l'acheteur public qui a pour objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initial prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe ;

5° lot, une décomposition des besoins de l'acheteur public en unités de prestations autonomes pouvant être attribuées séparément et déterminées notamment en fonction de critères tenant aux caractéristiques techniques des prestations, à la structure du secteur économique en cause, des règles encadrant l'exercice de certaines professions ou du lieu d'exécution ;

6° maître d'œuvre, la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, d'apporter une réponse architecturale, technique ou économique au programme défini par le maître de l'ouvrage, de diriger l'exécution des travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement ;

7° maître de l'ouvrage, la personne morale pour le compte de laquelle l'ouvrage est construit et qui soit assure la direction technique des actions de construction, soit devient propriétaire de l'ouvrage à la date de son achèvement ;

8° marché industriel, un marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins de l'acheteur public ;

9° offre inacceptable, offre dont les conditions d'exécution méconnaissent la réglementation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché, après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas à l'acheteur public de la financer ;

10° offre inappropriée, une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin de l'acheteur public et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre ;

11° offre irrégulière, offre qui, tout en apportant une réponse au besoin de l'acheteur public, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ;

12° opérateur économique, toute personne physique ou toute personne morale de droit privé ou de droit public, ou tout groupement de ces personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché ;

13° ouvrage, le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ;

14° prestations supplémentaires éventuelles, des prestations obligatoires ou facultatives demandées aux candidats par l'acheteur public dont les spécifications sont définies au cahier des charges et que l'acheteur se réserve la possibilité de commander ou non ;

15° programme de l'opération, le document dans lequel le maître de l'ouvrage définit les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage ;

16° sous-traitant, la personne physique ou morale, chargée par le titulaire du marché de réaliser, sous sa responsabilité, certaines parties du marché qu'il a conclu avec l'acheteur public ;

17° titulaire du marché, l'opérateur économique qui conclut le marché avec l'autorité compétente de l'acheteur public et en assure l'exécution ;

18° variante, des modifications à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation.

Chapitre III - Exclusions

Section 1 - Exclusions à raison de la qualité de l'opérateur

Article LP 123-1

I - Les dispositions du présent code ne s'appliquent pas aux marchés publics attribués par un acheteur public à une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° L'acheteur public exerce sur la personne morale concernée, seul ou conjointement avec d'autres acheteurs publics, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ou qu'ils exercent sur leurs 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 ou les acheteurs publics qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes acheteurs publics ;

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 ou les règlements qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Les modalités d'exercice du contrôle analogue ou conjoint évoqués au 1° et les modalités d'appréciation du pourcentage d'activité mentionné au 2° sont déterminées dans les conditions fixées par un arrêté pris en conseil des ministres.

II - Les dispositions du présent code ne s'appliquent pas aux marchés publics de services conclus avec un autre acheteur public lorsque ce dernier bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif.

Section 2 - Exclusions à raison de l'objet des marchés

Article LP 123-2

Les dispositions du présent code ne s'appliquent pas aux marchés publics suivants :

1° Marchés 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 ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du présent code ;

2° Marchés de services financiers liés 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 dans sa rédaction applicable en Polynésie française ;

3° Marchés 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 mentionnés au 2° ;

4° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels l'acheteur public n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;

5° Marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, l'achat d'objets d'antiquité et de collection ;

6° Marchés de services relatifs à la conciliation ;

7° Marchés passés dans le domaine des télécommunications ouvert à la concurrence et qui ont principalement pour objet de permettre l'établissement et l'exploitation de réseaux de télécommunication ouverts au public et la fourniture au public de services de télécommunication.

Section 3 - Autres exclusions

Article LP 123-3

Les dispositions du présent code ne s'appliquent pas :

1° aux marchés publics bénéficiant d'un financement alloué sur les ressources du Fonds européen de développement lorsque la réglementation financière applicable audit Fonds prévoit l'application de règles de passation et d'exécution particulières applicables à ces mêmes marchés ;

2° aux marchés publics conclus entre acheteurs publics et dont l'objet consiste à établir ou mettre en œuvre 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 général ;

3° aux concours techniques apportés par la Polynésie française aux communes ou à leurs groupements en application de l'article 54 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

4° aux conventions en matière de réalisation d'équipements collectifs ou projets d'équipements collectifs et en matière de gestion de services publics conclues en application de l'article 55 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

5° aux concours apportés par l'État et par les organismes ou établissements publics métropolitains mentionnés à l'article 169 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;

6° aux marchés publics, conclus selon une procédure prévue par un accord international y compris un arrangement administratif, portant sur des travaux, fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage par la Polynésie française et les parties signataires de cet accord international ou arrangement ou par l'un de leurs établissements publics ou opérateurs désignés.

LIVRE II – DISPOSITIONS GENERALES

TITRE I - CONTENU DES MARCHES

Chapitre I - Eléments constitutifs

Article LP 211-1

Les marchés sont passés sous forme écrite.

I - Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, les pièces constitutives sont l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges. Lorsque l'urgence est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, la passation du marché est confirmée par un échange de lettres dans les cas prévus au 1° et au 2° de l'article LP 323-10.

L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par l'autorité compétente.

II - Pour les marchés de conception-réalisation définis à l'article LP 326-1, les pièces constitutives du marché comportent en outre, le programme de l'opération au sens de l'article LP 122-3 ainsi que les études de conception présentées par l'opérateur économique retenu.

Chapitre II - Mentions obligatoires

Article LP 212-1

I- Les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent les mentions suivantes :

1° L'identification des parties contractantes ;

2° La justification de la qualité de la personne signant le marché au nom de l'acheteur public et, le cas échéant, la délibération autorisant la signature du marché ;

3° La définition de l'objet du marché ;

4° La référence aux articles et alinéas du présent code en application desquels le marché est passé ;

5° L'énumération des pièces du marché ; ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces ;

6° Le prix ou les modalités de sa détermination ;

7° La durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement ;

8° Les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations ;

9° Les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de mandatement ;

10° Les conditions de résiliation ;

11° La date de notification du marché ;

12° La désignation du comptable assignataire lorsque le marché est passé par un acheteur doté d'un comptable public ;

13° L'imputation budgétaire ;

14° La désignation des autorités habilitées à prendre, par délégation de l'autorité compétente, les actes d'exécution du marché ;

15° Les éléments propres aux marchés à tranches conditionnelles.

II- Les pièces constitutives des accords-cadres comportent obligatoirement les mentions énumérées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 10° et 11° du I du présent article.

Les pièces constitutives des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre comportent obligatoirement les mentions énumérées aux 6°, 8°, 9°, 12° et 13° du I du présent article si ces mentions n'ont pas déjà été indiquées dans celles de l'accord-cadre.

III - Les pièces constitutives du marché sont rédigées en langue française ou sont accompagnées d'une traduction en français certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté.

Chapitre III - Cahier des charges

Article LP 213-1

Les cahiers des charges des marchés passés selon une procédure formalisée déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés.

Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux sont :

1° Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés ;

2° Les cahiers des clauses techniques générales (CCTG), qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Ces documents sont définis par arrêté pris en conseil des ministres.

La référence à ces documents n'est pas obligatoire.

Les documents particuliers sont :

1° Les cahiers des clauses administratives particulières, qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché (CCAP) ;

2° Les cahiers des clauses techniques particulières, qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché (CCTP).

Si l'acheteur public décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.

Chapitre IV - Clauses sociales et environnementales

Article LP 214-1

Les conditions d'exécution d'un marché peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Chapitre V - Durée

Article LP 215-1

Sous réserve des dispositions fixant la durée maximale pour les marchés à bons de commande mentionnés à l'article LP 221-4, les accords-cadres mentionnés à l'article LP 221-5 et les marchés complémentaires mentionnés au 4° de l'article LP 323-10, la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises.

Le nombre de reconductions est indiqué dans le marché. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

Chapitre VI - Prix des marchés

Article LP 216-1

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production.

Article LP 216-2

Sous réserve des dispositions de l'article LP 216-3, un marché est conclu à prix définitif.

Un prix définitif peut être ferme ou révisable.

Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Toutefois, il est actualisable dans les conditions définies par arrêté pris en conseil des ministres.

Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions prévues par arrêté pris en conseil des ministres.

Article LP 216-3

I - Il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants :

1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;

2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;

3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini à l'article LP 221-3, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;

4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur public, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque, lors de la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, les coûts prévisionnels des ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi que celui des équipements industriels destinés à leur exploitation ne sont pas connus.

II – Lorsque les études d'avant-projet permettant d'établir l'estimation du coût prévisionnel des travaux ne sont pas réalisées lors de la passation du marché avec le maître d'œuvre, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoire. Le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est alors basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître de l'ouvrage.

Un arrêté pris en conseil des ministres précise les modalités de fixation du prix définitif pour l'application du présent article.

TITRE II – PREPARATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES

Chapitre I – Evaluation des besoins à satisfaire

Section 1 - Détermination des besoins

Article LP 221-1

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte, autant que faire se peut, des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Le ou les marchés conclus par l'acheteur public ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

Section 2 - Spécifications techniques

Article LP 221-2

I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques qui décrivent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures.

Les spécifications techniques sont formulées :

1° Soit par référence à des normes, telles que prévues par la délibération n° 2007-2 APF du 26 février 2007 relative à la normalisation, ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'acheteur public d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte.

Section 3 - Marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence

Article LP 223-3

Le marché peut être passé sans publicité et sans mise en concurrence dans les cas suivants :

1° Lorsque son montant estimé est inférieur à trois millions de francs CFP hors taxes. Lorsque l'acheteur public fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin ;

2° Lorsque l'acheteur public se trouve dans l'un des cas prévus à l'article LP 323-10 l'autorisant à recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ;

3° Lorsque les formalités de publicité et de mise en concurrence sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou de l'absence de concurrence dans le secteur considéré.

Section 4 - Méthode de calcul du montant estimé du besoin

Article LP 223-4

L'acheteur public ne peut pas se soustraire à l'application du présent code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul du montant estimé de son besoin autres que celles prévues par les articles LP 223-5 et LP 223-6.

Article LP 223-5

I - Le montant estimé du besoin est déterminé dans les conditions suivantes, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est fait appel et quel que soit le nombre de marchés à passer. Cette estimation s'apprécie hors frais de transports maritimes ou aériens entre Tahiti et les autres îles de la Polynésie française.

1° En ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages.

Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur public prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique ;

2° En ce qui concerne les fournitures et les services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.

Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année.

Si l'acheteur public prévoit des primes au profit des candidats, il prend en compte leur montant pour calculer le montant estimé du besoin.

II - Concernant la Polynésie française, le conseil des ministres définit le niveau pertinent auquel les besoins, déterminés dans les conditions prévues au I, sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.

Concernant l'Assemblée de la Polynésie française et le Conseil économique social et culturel, ce montant s'apprécie au niveau de l'institution.

Concernant les établissements publics de la Polynésie française, les communes, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, le montant estimé du besoin s'apprécie au niveau de la collectivité ou de l'établissement considéré.

Concernant les groupements de commande mentionnés à l'article LP 224-3, le montant estimé du besoin s'apprécie par rapport au montant total estimé des prestations de travaux, de fournitures ou de services faisant l'objet du groupement de commande.

Article LP 223-6

I. - Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

Les acheteurs publics peuvent décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée définis au II de l'article LP 223-2, la ou les procédures à mettre en œuvre sont les procédures formalisées mentionnées au I de l'article LP 223-1.

II. - Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte correspond à ce maximum apprécié sur la durée totale du marché. Si le marché ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée définis à l'article LP 223-2.

III. - Pour les marchés à tranches conditionnelles, la valeur à prendre en compte correspond au montant cumulé de toutes les tranches.

IV. - Pour les accords-cadres, la valeur à prendre en compte pour déterminer le montant du besoin correspond à la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre.

IV. - Pour les marchés comportant des périodes de reconduction, la valeur à prendre en compte correspond à la valeur estimée du marché appréciée sur la durée totale du marché périodes de reconduction comprises.

Chapitre IV - Coordination des achats

Section 1 – Coordination des achats de la Polynésie française

Article LP 224-1

En ce qui concerne les marchés passés au nom de la Polynésie française, le conseil des ministres détermine les modalités de coordination des achats portant sur des besoins courants et communs aux ministères et aux services de l'administration de la Polynésie française.

Section 2 - Centrale d'achats

Article LP 224-2

I - Une centrale d'achat est un acheteur public, soumis au présent code ou aux dispositions applicables en matière de passation et d'exécution des marchés publics en vigueur en droit national, qui a pour objet d'exercer des activités d'achat centralisées qui sont :

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

Ou

2° La passation de marchés publics de travaux, 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 du présent code ou les dispositions applicables en matière de passation et d'exécution des marchés publics en vigueur en droit national.

III. - Les acheteurs publics qui recourent à une centrale d'achat pour une activité d'achat centralisée peuvent également lui confier, sans appliquer les procédures de passation prévues par le présent code, des activités d'achat auxiliaires.

Les activités d'achat auxiliaires consistent à fournir une assistance à la passation des marchés publics, notamment sous les formes suivantes :

1° Conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation de marchés publics ;

2° Préparation et gestion des procédures de passation de marchés publics au nom de l'acheteur concerné et pour son compte.

Section 3 - Groupements de commande

Article LP 224-3

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

Ces groupements sont constitués :

1° soit entre la Polynésie française et ses établissements publics ou entre des établissements publics de la Polynésie française ;

2° soit entre des communes, entre leurs établissements publics, entre des établissements publics de coopération intercommunale, entre syndicats mixtes et entre ces mêmes personnes publiques.

II.- Une convention constitutive, signée par les membres du groupement, définit les modalités de fonctionnement du groupement.

Elle désigne un des membres du groupement comme coordonnateur chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants.

Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés.

Article LP 224-4

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours, il est institué une commission d'appel d'offres du groupement.

Cette commission comporte les membres suivants :

1° En ce qui concerne les acheteurs publics mentionnés au 1° du I de l'article LP 224-3, un représentant désigné, par la commission d'appel d'offres de chaque membre du groupement, parmi les membres à voix délibérative ;

2° En ce qui concerne les acheteurs publics mentionnés au 2° du I de l'article LP 224-3, un représentant élu par l'organe délibérant parmi les membres ayant voix délibérative de la commission d'appel d'offres de chaque membre du groupement.

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

Le président de la commission d'appel d'offres du groupement peut, en outre, inviter toutes personnes en raison de ses compétences dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics. Lorsqu'elles participent aux réunions de cette commission, ces dernières siègent avec voix consultative.

Le président de la commission d'appel d'offres peut également faire appel au concours des agents des membres du groupement, pour l'assister pendant le déroulement de ses travaux.

Lorsqu'il y est invité par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable du coordonnateur du groupement participe, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres.

La convention constitutive fixe les règles de convocation, de quorum et de délibération de la commission d'appel d'offres.

Article LP 224-5

Le coordonnateur choisit le contractant après avis de la commission d'appel d'offres dans les conditions fixées au présent code.

Chaque membre du groupement, pour ce qui le concerne, signe le marché et s'assure de sa bonne exécution.

Chapitre V - Marchés réservés

Article LP 225-1

Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés aux établissements de travail protégé mentionnés à l'article LP 5313-14 du code du travail de la Polynésie française lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, les documents de la consultation, font mention de la présente disposition.

TITRE III – PASSATION DES MARCHES

Chapitre I - Organisation de la publicité

Article LP 231-1

En dehors des cas prévus à l'article LP 223-3, tout marché d'un montant égal ou supérieur à trois millions de francs CFP hors taxes est précédé d'une publicité, dans les conditions définies ci-après :

1° Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant estimé compris entre trois et quinze millions de francs CFP hors taxes, l'acheteur public choisit les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du besoin à satisfaire, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

2° Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur à quinze millions de francs CFP hors taxes ou lorsque l'acheteur public a recours à l'une des procédures formalisées définies au I de l'article LP 223-1, celui-ci est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales ou au Journal officiel de la Polynésie française. Cet avis est établi conformément à un modèle fixé par arrêté pris en conseil des ministres.

Cet avis peut être diffusé sur tout autre support publicitaire supplémentaire.

L'acheteur public doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

Chapitre II - Information des candidats

Article LP 232-1

Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents et informations préparés par l'acheteur public pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché.

Les marchés passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de consultation qui est l'un des documents de la consultation. Les mentions figurant dans ce règlement sont précisées par arrêté pris en conseil des ministres. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

Les autres documents de la consultation sont précisés par arrêté pris en conseil des ministres.

Article LP 232-2

Les documents nécessaires à la consultation des candidats à un marché leur sont remis gratuitement. Toutefois, l'acheteur public peut décider que ces documents leur sont remis contre paiement des frais de reprographie. Le montant et les modalités de paiement de ces frais figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Article LP 232-3

Les moyens de transmission des documents et des informations qui sont choisis par l'acheteur public doivent être accessibles à tous les opérateurs économiques et ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des candidats à la procédure d'attribution.

Chapitre III - Présentation des candidatures

Section 1 - Conditions d'accès aux marchés publics

Article LP 233-1

Ne peuvent soumissionner à un marché passé par un acheteur public :

1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions mentionnées aux articles 222-38 et 222-40 relatifs au trafic de stupéfiants, à l'article 225-1 relatif à la discrimination, à l'article 226-13 relatif à l'atteinte au secret professionnel, aux articles 313-1 à 313-3 relatifs à l'escroquerie, aux articles 314-1 à 314-3 relatifs à l'abus de confiance, aux articles 324-1 à 324-6 relatifs au blanchiment, aux articles 413-9 à 413-12 relatifs à l'atteinte au secret de la défense nationale, aux articles 421-1 à 421-2-3 et au deuxième alinéa de l'article 421-5 relatifs au terrorisme, à l'article 433-1 et au second alinéa de l'article 433-2 relatifs à la corruption, au huitième alinéa de l'article 434-9 et au second alinéa de l'article 434-9-1 relatifs aux entraves à la justice, aux articles 435-3, 435-4, 435-9 et 435-10 relatifs au trafic d'influence, aux articles 441-1 à 441-7 et 441-9 relatifs au faux, à l'article 445-1 relatif à la corruption et à l'article 450-1 relatif à l'association de malfaiteurs du code pénal dans sa rédaction en vigueur en Polynésie française, et aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et L. 317-8 du code de la sécurité intérieure ;

2° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions au code du travail de la Polynésie française en matière de non-respect de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes mentionnées à l'article Lp 1132-1, en matière de travail clandestin mentionnées aux articles Lp 5611-2 et Lp 5611-7, en matière de marchandage mentionnées à l'article Lp 5612-1 et en matière de non-respect de la réglementation applicable en matière d'emploi de travailleurs étrangers mentionnées à l'article Lp 5321-7 ainsi que celles qui ont fait l'objet d'une condamnation pour des infractions équivalentes prévues par la législation en vigueur sur un autre territoire français ;

3° Les personnes :

- a) Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue par l'article L.622-1 du code de commerce dans sa rédaction applicable en Polynésie française ou par la législation en vigueur sur un autre territoire français ou soumises à une procédure équivalente régie par un droit étranger ;
- b) Dont la faillite personnelle a été prononcée en application des articles L 625-1 à L.625-8 du code de commerce dans sa rédaction applicable en Polynésie française ou en application de la législation en vigueur dans un autre territoire français ainsi que celles faisant l'objet d'une mesure équivalente en droit étranger ;
- c) Admises à la procédure de redressement judiciaire, instituée par l'article L. 621-1 du code de commerce dans sa rédaction applicable en Polynésie française ou par la législation en vigueur sur un autre territoire français ou soumises 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 assujetties à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés définie à l'article LP 5312-4 du code du travail de la Polynésie française qui, au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas établi la déclaration visée à l'article LP 5312-7 du même code ou n'ont pas, si elles en sont redevables, versé la participation visée à l'article LP 5312-22 de ce code ainsi que les personnes assujetties à des obligations équivalentes par la législation en vigueur dans un autre territoire français;

5° Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou n'ont pas acquitté à cette même date les impôts et cotisations exigibles ;

Sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, soit 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.

Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux deux alinéas précédents ne peuvent être personnellement candidates à un marché.

Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes qui se portent candidates, à celles qui sont membres d'un groupement candidat ainsi qu'aux sous-traitants.

Section 2 - Capacités des candidats

Article LP 233-2

Pour évaluer les capacités des candidats, l'acheteur public ne peut exiger de ces derniers que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager ainsi que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières.

L'acheteur public peut exiger des candidats des niveaux minimaux de capacité.

Les documents ou renseignements pour justifier des capacités exigées ou les niveaux minimaux de capacité requis doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Ils sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

L'acheteur public peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

Section 3 - Documents et renseignements à fournir par les candidats à l'appui de leur candidature

Article LP 233-3

Le dossier de candidature à fournir par les candidats comporte :

- 1° des documents et renseignements permettant de justifier que les candidats ne tombent pas sous le coup des interdictions de soumissionner définies à l'article LP 233-1,
- 2° des documents et renseignements permettant d'apprécier les pouvoirs des personnes habilitées à les engager ;
- 3° les attestations ou certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'ils satisfont à leurs obligations fiscales et sociales ;
- 4° des documents et renseignements permettant d'évaluer leurs capacités professionnelles, techniques et financières en application de l'article LP 233-2.
- 5° pour les candidats en redressement judiciaire, les documents ou renseignements permettant de justifier qu'ils ont été habilités à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

La liste des documents, des renseignements, des attestations ou des certificats à produire par les candidats à l'appui de leur candidature est fixée par arrêté pris en conseil des ministres.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents demandés par l'acheteur public et prévus par l'arrêté précité, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par l'acheteur public.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence mentionnés au 1° de l'article LP 223-3 sans préjudice des dispositions de l'article LP 5611-8 du code du travail de la Polynésie française.

Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques

Article LP 233-4

I. - Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence.

Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.

Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

II. - Dans les deux formes de groupements, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur public, et coordonne les prestations des membres du groupement.

Si le marché le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur public.

III. - En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.

IV. - Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des opérateurs économiques groupés, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces opérateurs économiques au stade de la passation du marché. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

L'acte d'engagement est signé soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises.

V. - La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander à l'acheteur public l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation de l'acheteur public un ou plusieurs sous-traitants. L'acheteur public se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.

VI. - L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois :

1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;

2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

VII. - La forme du groupement peut être imposée si elle est nécessaire à la bonne exécution du marché. Dans ce cas, elle est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Chapitre IV - Présentation des offres

Article LP 234-1

I.- Dans les procédures formalisées, les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement tel que défini à l'article LP 211-1 et établi en un seul original par les candidats aux marchés.

Les offres sont signées par les candidats qui les présentent ou par leurs représentants dûment habilités. Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

Les offres sont transmises en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même candidat, seule est ouverte la dernière offre reçue dans le délai fixé pour la remise des offres.

II.- Dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, l'acheteur public peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers.

Article LP 234-2

Quel que soit le montant du marché, l'acheteur public peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché ainsi que d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles peuvent donner lieu au versement d'une prime.

Article LP 234-3

Lorsque l'acheteur public se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. L'acheteur public indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.

La ou les variantes lorsqu'elles sont autorisées peuvent être proposées sans l'offre de base. Toutefois, l'acheteur peut exiger, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, que la ou les variantes accompagnent l'offre de base.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte.

Article LP 234-4

L'acheteur public peut demander aux candidats de présenter, dans leur offre, des prestations supplémentaires éventuelles qu'il se réserve le droit de commander ou non.

La nature et les caractéristiques des prestations supplémentaires éventuelles sont définies par l'acheteur public dans le cahier des charges. Ces prestations sont en rapport direct avec l'objet du marché.

Lorsque des prestations supplémentaires éventuelles sont imposées par l'acheteur public, l'absence de ces prestations dans l'offre du candidat rend celle-ci irrégulière.

L'acheteur public prend la décision de retenir ou non les prestations supplémentaires présentées par les candidats à l'issue de l'analyse des offres.

Chapitre V - Examen des candidatures et des offres

Section 1 - Sélection des candidatures.

Article LP 235-1

I.- Avant de procéder à l'examen des candidatures, s'il est constaté que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, l'acheteur public peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à sept jours. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

Cette faculté n'autorise pas l'acheteur public à demander aux candidats de compléter la teneur de leur offre.

Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article LP 233-1 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles LP 233-2 et LP 233-3 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

II.- Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions du troisième alinéa ci-dessus sont examinées au regard des capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

Les candidatures qui ne présentent pas de capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes ou celles ne présentant pas les niveaux minimum de capacité requis sont éliminées.

L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas l'acheteur public d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

III.- Lorsque l'acheteur public décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

Section 2 - Critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Article LP 235-2

I.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur public se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement et l'interopérabilité. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

II.- À l'exception des marchés passés selon la procédure du concours, lorsque plusieurs critères sont prévus, l'acheteur public précise leur pondération. La pondération peut être exprimée par l'affectation d'un nombre de points, d'un coefficient ou d'un pourcentage par critère.

Les critères ainsi que leur pondération sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

L'acheteur public peut avoir recours à des sous-critères pour mettre en œuvre les critères de choix de l'offre. Dans ce cas, il les mentionne également dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Lorsque ces sous-critères font l'objet d'une pondération et que la nature et l'importance de celle-ci sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation et la sélection des offres, elle est portée à la connaissance des candidats dans les mêmes conditions.

Section 3 - Examen des offres

Article LP 235-3

Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables au sens de l'article LP 122-3 sont éliminées par l'acheteur public.

Si une offre paraît anormalement basse, l'acheteur public demande au candidat qu'il fournisse les précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies, l'acheteur public établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette par décision motivée.

Les offres qui n'ont pas été éliminées en application du premier et du deuxième alinéa sont jugées au regard du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, puis sont classées par ordre décroissant. L'offre économiquement la plus avantageuse choisie en application du ou des critères annoncés est l'offre la mieux classée par l'acheteur public.

Chapitre VI - Attribution du marché

Article LP 236-1

Après signature du marché, en cas d'inexactitude des documents et renseignements mentionnés à l'article LP 233-3, il est fait application aux torts du titulaire des conditions de résiliation prévues par le marché.

Article LP 236-2

Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence peut être attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par :

1° une société coopérative,

2° un groupement de producteurs agricoles agréé dans les conditions prévues par la délibération n° 92-219 AT du 22 décembre 1992 modifiée portant définition des groupements de producteurs agricoles,

3° un artisan au sens de l'article LP 122-3,

4° un établissement de travail protégé.

Lorsque l'acheteur public entend faire usage de cette faculté, il en fait mention dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Les offres sont regardées comme équivalentes, lorsque l'écart du nombre de points obtenus par rapport à l'offre la mieux classée n'excède pas 10%.

LIVRE III – PROCEDURES DE PASSATION

TITRE I - COMMISSIONS ET JURYS

Chapitre I - Commissions d'appel d'offres

Section 1 - Commissions d'appel d'offres de la Polynésie française et de ses établissements publics

Article LP 311-1

Dans les procédures formalisées autres que le concours, les commissions d'appel d'offres de la Polynésie française et de ses établissements publics sont chargées de procéder aux opérations de dépouillement des plis et d'émettre un avis sur l'élimination des candidatures et des offres.

Elles formulent également un avis sur le classement des offres ainsi que sur le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse à l'autorité compétente.

Article LP 311-2

I - Les commissions d'appel d'offres sont présidées par l'autorité compétente au sens de l'article LP 122-3.

1° En ce qui concerne les marchés passés au nom de la Polynésie française, elles comportent en outre, quatre membres, représentants de l'administration, siégeant avec voix délibérative. Le Payeur de la Polynésie française ou son représentant siège également aux commissions avec voix consultative.

2° En ce qui concerne les marchés passés au nom des établissements publics de la Polynésie française, elles comportent, en outre, un à deux représentants des services de la direction de l'établissement et un à deux membres de l'organe délibérant désignés par celui-ci siégeant avec voix délibérative. Le comptable de l'établissement et le commissaire de gouvernement siègent également aux commissions avec voix consultative.

Le conseil des ministres peut, au vu d'une demande de l'organe délibérant de l'établissement, décider de remplacer le ou les membres de l'organe délibérant au sein de la commission d'appel d'offres de l'établissement par un ou des représentants de l'administration de la Polynésie française. Cette disposition n'est pas applicable aux établissements consulaires.

Le président et les membres de la commission peuvent se faire suppléer :

1° Lorsqu'il s'agit d'un représentant des services de l'administration de la Polynésie française ou d'un représentant de l'organe de direction de l'établissement, par un membre du service ou de l'établissement auquel ils appartiennent ;

2° Lorsqu'il s'agit d'un membre du gouvernement, par un membre de son cabinet ;

3° Lorsqu'il s'agit d'un représentant à l'Assemblée de la Polynésie française, par un représentant désigné par cette assemblée ;

4° Lorsqu'il s'agit d'un membre élu d'un établissement consulaire, par un membre désigné par l'assemblée de cet établissement.

II - Le haut-commissaire de la République en Polynésie française ou son représentant est invité à participer aux réunions des commissions mentionnées au 1° et au 2° du I lorsque le marché est financé totalement ou partiellement sur les crédits de l'État.

Il siège avec voix consultative.

Le président de la commission peut, en outre, inviter toutes personnes en raison de ses compétences dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics. Lorsqu'elles participent aux réunions des commissions, ces dernières siègent avec voix consultative.

III - Le président de la commission peut également faire appel au concours d'agents de l'acheteur public pour assister la commission d'appel d'offres pendant le déroulement de ses travaux.

La composition des commissions est précisée par arrêté pris en conseil des ministres.

En ce qui concerne les marchés passés par l'Assemblée de la Polynésie française ainsi que le Conseil économique, social et culturel, la composition des commissions est déterminée par les règles d'organisation et de fonctionnement propres à leurs institutions respectives.

Section 2 - Commissions d'appel d'offres des communes, de leurs établissements, des établissements publics de coopération intercommunale et des syndicats mixtes

Article LP 311-3

Dans les procédures formalisées autres que le concours, les commissions d'appel d'offres des communes, de leurs établissements, des établissements publics de coopération intercommunale et des syndicats mixtes sont chargées de procéder aux opérations de dépouillement des plis et d'émettre un avis sur l'élimination des candidatures et des offres.

Elles formulent également un avis sur le classement des offres et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse à l'autorité compétente.

Article LP 311-4

I - Les commissions sont composées des membres à voix délibérative suivants :

1°) Lorsqu'il s'agit d'une commune de 3 500 habitants et plus, le maire ou son représentant, président, et cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

2°) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, le maire ou son représentant, président, et trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;

3°) Lorsqu'il s'agit d'un établissement public de coopération intercommunale ou d'un syndicat mixte, le président de cet établissement ou de ce syndicat ou son représentant, président, et un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé, élus, en son sein, par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat. Toutefois, si ce nombre ne peut être atteint, la commission est composée au minimum d'un président et de deux membres élus par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat.

4°) Lorsqu'il s'agit d'un autre établissement public local, le représentant légal de l'établissement ou son représentant, président, et deux à quatre membres de l'organe délibérant, désignés par celui-ci.

Il est procédé, selon les mêmes modalités, à la désignation ou à l'élection de suppléants en nombre égal à celui des membres titulaires. Cette règle ne s'applique pas aux établissements publics de coopération intercommunale et aux syndicats mixtes dont l'organe délibérant comporte moins de cinq membres.

II - Lorsqu'il y est invité par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable de la collectivité ou de l'établissement peut participer, aux réunions de la commission d'appel d'offres. Il siège à la commission avec voix consultative.

Le président de la commission peut, en outre, inviter toutes personnes en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics. Lorsqu'elles participent aux réunions des commissions, ces dernières siègent avec voix consultative.

Le président de la commission peut en outre faire appel au concours d'agents de l'acheteur public pour assister la commission d'appel d'offres pendant le déroulement de ses travaux.

Un arrêté pris en conseil des ministres définit les modalités de l'élection des membres et l'attribution des sièges.

Chapitre II - Jurys de concours

Article LP 312-1

Sont institués dès jurys de concours dans les procédures suivantes :

- 1° Pour les marchés passés selon la procédure de concours telle que définie à l'article LP 325-2 ;
- 2° Pour les marchés de conception-réalisation passés selon la procédure définie à l'article LP 326-2 ;
- 3° Pour les marchés de maîtrise d'œuvre passés selon les procédures définies aux articles LP 326-4 et LP 326-5.

Article LP 312-2

Les jurys de concours exercent les attributions dévolues à la commission d'appel d'offres dans les procédures mentionnées à l'article LP 312-1. Ils formulent un avis motivé à l'autorité compétente sur les candidatures à retenir, les prestations fournies par les candidats, les offres proposées ainsi que, le cas échéant, l'allocation de primes aux candidats.

Article LP 312-3

En ce qui concerne la Polynésie française et ses établissements publics, les membres du jury sont les membres des commissions d'appel d'offres mentionnées à l'article LP 311-2.

En ce qui concerne les communes, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, les membres du jury sont les membres des commissions d'appel d'offres mentionnées à l'article LP 311-4.

En ce qui concerne les groupements de commande mentionnés au 1° du I de l'article LP 224-3, les membres du jury sont les membres de la commission d'appel d'offres mentionnés au 1° de l'article LP 224-4.

En ce qui concerne les groupements de commande mentionnés au 2° du I de l'article LP 224-3, les membres du jury sont les membres de la commission d'appel d'offres mentionnés au 2° de l'article LP 224-4.

En ce qui concerne les marchés passés par l'Assemblée de la Polynésie française ainsi que le Conseil économique, social et culturel, la composition du jury est déterminée par les règles d'organisation et de fonctionnement propres à leurs institutions respectives.

Article LP 312-4

Le président du jury désigne, en outre, comme membres du jury une ou plusieurs personnes disposant d'une qualification professionnelle identique ou équivalente à celle exigée des candidats pour participer à la consultation.

Il peut désigner des personnalités dont il estime que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet de la consultation.

Le nombre de membres siégeant au titre du présent article ne saurait être supérieur à trois. Ces membres siègent avec voix délibérative.

Article LP 312-5

Le président du jury peut, en outre, faire appel au concours d'agents de l'acheteur public pour assister le jury pendant ses travaux.

Le jury peut auditionner toute personne susceptible de lui apporter des informations utiles.

Chapitre III - Règles communes de composition et de fonctionnement

Article LP 313-1

Les commissions d'appel d'offres et les jurys de concours sont composés exclusivement de personnes indépendantes des candidats au marché ou participants au concours.

Article LP 313-2

La commission et le jury ne peuvent valablement se réunir que si plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. Si après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée et se réunit valablement sans condition de quorum.

Les avis de la commission et du jury sont pris à la majorité des membres présents ou représentés. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

La commission et le jury dressent procès-verbal de leurs réunions et y consignent les avis formulés.

Les modalités de fonctionnement des commissions et des jurys sont précisées par arrêté pris en conseil des ministres.

TITRE II - DEFINITION ET DEROULEMENT DES DIFFERENTES PROCEDURES DE MARCHES PUBLICS

Chapitre I - Procédure adaptée

Article LP 321-1

La procédure adaptée est la procédure dans laquelle les modalités de publicité et de mise en concurrence sont déterminées par l'acheteur public, dans le respect des principes mentionnés à l'article LP 111-1. Elle est mise en œuvre dans les cas prévus au II de l'article LP 223-1. Ces modalités sont adaptées en fonction des caractéristiques du besoin à satisfaire, notamment le montant et la nature des travaux, fournitures ou services en cause, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

L'acheteur public peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.

Lorsque des négociations sont prévues, l'acheteur peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire.

Pour la détermination des modalités de publicité et de mise en concurrence, l'acheteur public peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une de ces procédures formalisées, l'acheteur public est tenu de l'appliquer dans son intégralité.

Quel que soit son choix, l'acheteur public ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus par l'article LP 233-3 relatif à la régularité de leur situation administrative et de leurs capacités et par l'article LP 234-1 relatif à la présentation des offres.

Article LP 321-2

I - Peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée dans les conditions prévues à l'article LP 321-1, les marchés publics qui ont pour objet :

1° des prestations de services juridiques ;

2° des prestations de services d'enseignement, de formation et de formation professionnelle.

II - Toutefois :

1° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à trente-cinq millions de francs CFP hors taxes pour les acheteurs publics mentionnés au 1° de l'article LP 121-1 et vingt millions de francs CFP hors taxes pour les acheteurs publics mentionnés au 2° de l'article LP 121-1 :

a) le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse intervient après avis de la commission d'appel d'offres ;

b) le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article LP 334-1.

2° L'acheteur public veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ;

3° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du livre IV.

III.- Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services relevant du présent article et d'autres qui n'en relèvent pas, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé.

Chapitre II - Appel d'offres

Section 1 - Définition de l'appel d'offres

Article LP 322-1

L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur public choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection.

Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.

Section 2 - Déroulement de l'appel d'offres ouvert

Article LP 322-2

Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues au 2° de l'article LP 231-1.

Le délai de réception des dossiers des candidats ne peut être inférieur à trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. En cas d'urgence, ce délai peut être réduit à douze jours par décision de l'autorité compétente.

Article LP 322-3

Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Ils sont remis sous enveloppe cachetée comprenant les documents et renseignements relatifs à la candidature mentionnés à l'article LP 233-3 et à l'offre.

Pour les marchés allotis, les candidats peuvent soit présenter un seul exemplaire des documents relatifs à leur candidature et scinder lot par lot les éléments relatifs à leurs offres, soit présenter pour chacun des lots les éléments relatifs à leurs candidatures et à leurs offres.

Les modalités d'application du présent article sont précisées par arrêté pris en conseil des ministres.

Article LP 322-4

La séance d'ouverture des plis contenant les candidatures et les offres n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus selon les modalités et au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Article LP 322-5

Les enveloppes contenant les dossiers des candidats sont ouvertes par la commission d'appel d'offres qui en enregistre le contenu.

Si la commission d'appel d'offres constate que des documents ou renseignements dont la production était réclamée sont absents de l'enveloppe ou sont incomplets, le président de la commission d'appel d'offres peut, après avis de la commission, demander aux candidats concernés la production des pièces manquantes ou incomplètes conformément aux dispositions du I de l'article LP 235-1. Dans ce cas, la commission d'appel d'offres suspend les opérations d'ouverture des plis.

La commission procède à l'examen des candidatures, après mise en œuvre le cas échéant des dispositions du deuxième alinéa ci-dessus. Cet examen peut faire l'objet d'une analyse préalable des services de l'autorité compétente destinée à préparer le travail de la commission.

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, l'autorité compétente, après avis de la commission d'appel d'offres, élimine les candidatures qui ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure ainsi que celles ne présentant pas les capacités professionnelles, techniques et financières suffisantes ou les niveaux minimum de capacité requis en application des I et II de l'article LP 235-1.

Les candidats éliminés en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1.

Article LP 322-6

La commission d'appel d'offres examine les offres des candidats non éliminés et en enregistre le contenu.

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

Sur la base d'un rapport d'analyse établi par les services de l'autorité compétente, les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article LP 122-3 ainsi que les offres anormalement basses après mise en œuvre des dispositions du deuxième alinéa de l'article LP 235-3, sont éliminées par décision prise par l'autorité compétente après avis de la commission d'appel d'offres.

Les candidats éliminés en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1.

Ce rapport d'analyse propose également un classement des autres offres conformément aux dispositions de l'article LP 235-3 sur lequel la commission d'appel d'offres formule un avis.

Après avis de la commission d'appel d'offres, l'offre économiquement la plus avantageuse choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation est l'offre la mieux classée par l'autorité compétente. Si l'autorité compétente s'écarte de l'avis de la commission, elle motive sa décision dans le rapport de présentation mentionné à l'article LP 331-1.

Article LP 322-7

L'autorité compétente peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.

Article LP 322-8

Le marché est signé et notifié au candidat retenu dans les conditions fixées par les articles LP 333-1 et suivants.

Un avis d'attribution est publié dans les conditions fixées par l'article LP 334-1.

Article LP 322-9

I - L'autorité compétente déclare l'appel d'offres infructueux après avis de la commission d'appel d'offres lorsque :

- aucune candidature ou aucune candidature admissible n'a été remise ;
- aucune offre n'a été remise ;
- il n'a été proposé que des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article LP 122-3.

Elle en informe les candidats dans les conditions prévues au III de l'article LP 332-1.

Dans ce cas, il est possible de mettre en œuvre soit un nouvel appel d'offres ou, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un marché négocié dans les conditions prévues au 1° de l'article LP 323-2 dans le cas d'offres irrégulières ou inacceptables ou dans les conditions prévues au 3° de l'article LP 323-10 en cas d'offres inappropriées.

II - A tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général par l'autorité compétente.

Les candidats en sont informés dans les conditions prévues au III de l'article LP 332-1.

Section 3 - Déroulement de l'appel d'offres restreint

Article LP 322-10

Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues au 2° de l'article LP 231-1.

L'autorité compétente peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Elle mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Elle fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, l'autorité compétente peut soit continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés, soit déclarer celle-ci sans suite en application du II de l'article LP 322-9.

Le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à vingt et un jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. En cas d'urgence, ce délai peut être réduit à douze jours par décision de l'autorité compétente.

Article LP 322-11

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Elles sont remises sous enveloppe cachetée contenant les documents et renseignements relatifs à la candidature.

Les dispositions de l'article LP 322-4 sont applicables pour l'ouverture des enveloppes contenant les candidatures.

Les modalités d'application du présent article sont précisées par arrêté pris en conseil des ministres.

Article LP 322-12

Les enveloppes contenant les candidatures sont ouvertes par la commission d'appel d'offres qui en enregistre le contenu.

Si la commission d'appel d'offres constate que des documents ou renseignements dont la production était réclamée sont absents de l'enveloppe ou sont incomplets, le président de la commission peut, après avis de la commission demander aux candidats concernés la production des pièces manquantes ou incomplètes conformément aux dispositions du I de l'article LP 235-1. Dans ce cas, la commission d'appel d'offres suspend les opérations d'ouverture des plis.

La commission procède à l'examen des candidatures, après mise en œuvre, le cas échéant, des dispositions du deuxième alinéa. Cet examen peut faire l'objet d'une analyse préalable des services de l'autorité compétente destinée à préparer le travail de la commission.

L'autorité compétente dresse la liste des candidats autorisés à présenter une offre en application de l'article LP 235-1 après avis de la commission d'appel d'offres.

Les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1.

Article LP 322-13

L'autorité compétente adresse simultanément à tous les candidats sélectionnés une lettre de consultation.

Cette lettre de consultation est établie conformément à un modèle fixé par arrêté pris en conseil des ministres.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à vingt et un jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation. Ce délai peut être ramené à douze jours, en cas d'urgence, par décision de l'autorité compétente.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. Les offres sont remises sous enveloppe cachetée selon les modalités et dans les délais fixés par la lettre de consultation.

Les dispositions de l'article LP 322-4 sont applicables pour l'ouverture des enveloppes contenant les offres.

Les enveloppes contenant les offres sont ouvertes par la commission d'appel d'offres.

Article LP 322-14

Les dispositions de l'article LP 322-6 relatives à l'examen des offres, celles de l'article LP 322-7 relatives à la mise au point de l'offre avec le candidat retenu, celles de l'article LP 322-8 relatives à l'achèvement de la procédure, ainsi que celles de l'article LP 322-9 relatives au prononcé de la déclaration d'infructuosité et de la déclaration sans suite sont applicables à l'appel d'offres restreint.

Chapitre III Procédures négociées

Section 1 - Définition de la procédure négociée

Article LP 323-1

Une procédure négociée est une procédure dans laquelle l'acheteur public négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Il ne peut être passé de marché public selon une procédure négociée que dans les seuls cas et selon les modalités prévues à l'article LP 323-2 et à l'article LP 323-10.

Section 2 - Procédure négociée avec publicité et mise en concurrence

Sous-section 1 - Cas de recours à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence

Article LP 323-2

Peuvent être passés selon une procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence :

1° Les marchés pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables au sens de l'article LP 122-3 que l'acheteur public est tenu de rejeter ;

Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées.

L'acheteur public est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres. Dans ce cas, il est procédé à la mise en concurrence dans les conditions fixées aux articles LP 323-6 à LP 323-9 ;

2° Les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;

3° Les marchés de travaux, fournitures ou services qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point ;

4° Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ;

5° Dans les cas d'urgence, pour les travaux, fournitures ou services que la personne publique doit faire exécuter aux lieux et place du titulaire défaillant.

Sous-section 2 - Déroulement de la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence

Article LP 323-3

Sous réserve de l'application du troisième alinéa du 1° de l'article LP 323-2, un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues au 2° de l'article LP 231-1.

L'autorité compétente peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Elle mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Elle fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, l'autorité compétente peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés ou déclarer la procédure sans suite.

Le délai de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence, ne peut être inférieur à vingt et un jours à compter de la date d'envoi de l'avis.

Article LP 323-4

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Elles sont remises sous enveloppe cachetée contenant les documents et renseignements relatifs à la candidature

Les dispositions de l'article LP 322-4 sont applicables pour l'ouverture des enveloppes contenant les candidatures.

Les modalités d'application du présent article sont précisées par arrêté pris en conseil des ministres.

Article LP 323-5

Les enveloppes contenant les candidatures sont ouvertes par la commission d'appel d'offres qui en enregistre le contenu.

Si la commission d'appel d'offres constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, le président de la commission d'appel d'offres peut, après avis de la commission, demander aux candidats concernés la production des pièces manquantes ou incomplètes conformément aux dispositions du I de l'article LP 235-1. Dans ce cas, la commission suspend les opérations d'ouverture des plis.

La commission procède à l'examen des candidatures après mise en œuvre le cas échéant du deuxième alinéa ci-dessus. Cet examen peut faire l'objet d'une analyse préalable des services de l'autorité compétente destinée à préparer le travail de la commission.

La liste des candidats invités à négocier est établie par l'autorité compétente en application de l'article LP 235-1 après avis de la commission d'appel d'offres

Les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1.

Article LP 323-6

L'autorité compétente adresse simultanément à tous les candidats invités à négocier une lettre de consultation.

Cette lettre de consultation est établie conformément à un modèle fixé par arrêté pris en conseil des ministres.

Le délai de réception des offres est fixé par l'autorité compétente en tenant compte notamment de la complexité du marché ou du temps nécessaire pour préparer les offres.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. Les offres sont remises sous enveloppe cachetée selon les modalités et dans les délais fixés par la lettre de consultation.

La séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique. Les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus selon les modalités et au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été mentionnées dans la lettre de consultation.

La commission d'appel d'offres ouvre les enveloppes contenant les offres, les examine et en enregistre le contenu.

Les offres inappropriées au sens de l'article LP 122-3 sont éliminées par l'autorité compétente après avis de la commission d'appel d'offres.

Article LP 323-7

La négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. L'autorité compétente ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation, sans l'accord de celui-ci.

La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés par application des critères de sélection des offres établis conformément à l'article LP 235-2. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Article LP 323-8

Au terme des négociations, un rapport d'analyse, établi par les services de l'autorité compétente, propose l'élimination des offres irrégulières, inacceptables ou anormalement basses et un classement des offres conformément aux dispositions de l'article LP 235-3 sur lequel la commission d'appel d'offres formule un avis.

Après avis de la commission d'appel d'offres, l'offre économiquement la plus avantageuse choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation est l'offre la mieux classée par l'autorité compétente. Si l'autorité compétente s'écarte de l'avis de la commission, elle motive sa décision dans le rapport de présentation mentionné à l'article LP 331-1.

Article LP 323-9

Les dispositions de l'article LP 322-8 relatives à l'achèvement de la procédure et celles du II de l'article LP 322-9 relatives à la déclaration sans suite sont applicables aux procédures négociées.

Section 3 - Procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence

Sous-section 1 - Cas de recours à la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence

Article LP 323-10

Peuvent être passés selon une procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

1° Les marchés conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur public, notamment une catastrophe technologique ou naturelle, une alerte sanitaire ou une épidémie, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence ;

2° Les marchés rendus nécessaire pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs publics dans l'exercice de leurs pouvoirs de police administrative en matière d'hygiène et de santé publiques, de sécurité ou d'environnement ;

3° Les marchés pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, aucune candidature, aucune candidature admissible ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées au sens de l'article LP 122-3 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ;

4° Les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur public à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à LP 223-2, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres ;

5° Les marchés de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ;

6° Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.

Dans les cas mentionnés au 1° et au 2°, les marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

Sous-section 2 - Procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence

Article LP 323-11

En dehors des cas prévus au 1° et au 2° de l'article LP 323-10, les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article LP 323-7 relatifs à la négociation ainsi que celles de l'article LP 323-8 relatives à l'achèvement de la procédure sont applicables à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

Chapitre IV - Dialogue compétitif

Section 1 - Définition du dialogue compétitif

Article LP 324-1

La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle l'acheteur public conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

1° L'acheteur public n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

2° L'acheteur public n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Section 2 - Déroulement de la procédure de dialogue compétitif

Article LP 324-2

Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues au 2° de l'article LP 231-1. Les besoins et exigences sont définis par l'autorité compétente dans cet avis et, le cas échéant, dans un projet partiellement défini ou dans un programme fonctionnel.

Les modalités du dialogue sont définies dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. L'allocation d'une prime à tous les participants au dialogue ou à ceux dont les solutions feront l'objet de discussion ou encore à ceux dont les offres auront été les mieux classées peut être prévue.

L'autorité compétente peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Elle mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Elle fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à participer au dialogue.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, l'autorité compétente peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés ou déclarer la procédure sans suite.

Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence, est de vingt et un jours au moins à compter de la date d'envoi de l'avis.

Article LP 324-3

Les dispositions de l'article LP 323-4 relatives à la transmission des candidatures et de l'article LP 323-5 relatives à l'ouverture de l'enveloppe contenant la candidature sont applicables à la procédure de dialogue compétitif.

Article LP 324-4

L'autorité compétente dresse la liste des candidats invités à dialoguer.

Les candidats sélectionnés sont simultanément invités, par écrit, à participer au dialogue.

L'invitation à participer au dialogue est établie conformément à un arrêté pris en conseil des ministres.

Le dialogue s'ouvre avec chacun des candidats sélectionnés.

L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés.

La procédure peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères de sélection des offres, indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées.

Au cours du dialogue, chaque candidat est entendu dans des conditions d'égalité. L'autorité compétente ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.

Article LP 324-5

Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, l'autorité compétente en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Elle les invite à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai fixé par l'autorité compétente en tenant compte de la complexité et du temps nécessaire pour préparer les offres.

L'invitation adressée aux candidats en vue de remettre leur offre finale est établie conformément à un arrêté pris en conseil des ministres.

Les offres finales des candidats sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. Elles sont remises sous enveloppe cachetée selon les modalités et dans les délais fixés par l'invitation adressée aux candidats.

La séance d'ouverture des plis contenant les offres finales n'est pas publique. Les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus selon les modalités et au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été mentionnées dans l'invitation au dialogue.

La commission d'appel d'offres ouvre les enveloppes contenant les offres, les examine et en enregistre le contenu.

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre finale, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

Un rapport d'analyse, établi par les services de l'autorité compétente, propose l'élimination des offres irrégulières, inappropriées, inacceptables ou anormalement basses et un classement des offres finales conformément aux dispositions de l'article LP 235-3 sur lequel la commission d'appel d'offres émet un avis.

Après avis de la commission d'appel d'offres, l'autorité compétente choisit l'offre économiquement la plus avantageuse en application du ou des critères annoncés dans l'invitation à participer au dialogue.

Il peut être demandé au candidat retenu de clarifier des aspects de son offre ou de confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée en application du deuxième alinéa de l'article LP 324-2.

Article LP 324-6

Les dispositions de l'article LP 322-8 relatives à l'achèvement de la procédure sont applicables à la procédure de dialogue compétitif.

Article LP 324-7

I – Lorsqu'aucune candidature ou aucune offre finale n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables au sens de l'article LP 122-3, le dialogue compétitif est déclaré infructueux par l'autorité compétente après avis de la commission d'appel d'offres.

Les candidats qui ont remis un dossier en sont informés conformément à l'article LP 332-1.

Lorsque le dialogue compétitif est déclaré infructueux, il est possible de mettre en œuvre :

1° un nouveau dialogue compétitif ;

2° un appel d'offres.

3° si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un marché négocié dans les conditions prévues au 1° de l'article LP 323-2 en cas d'offres irrégulières ou inacceptables ou un marché négocié dans les conditions prévues au 3° de l'article LP 323-10 lorsqu'aucune candidature ou aucune offre finale n'a été remise.

II - A tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général.

Les candidats en sont informés dans les conditions prévues au III de l'article LP 332-1.

Chapitre V - Concours

Section 1 - Définition du concours

Article LP 325-1

Le concours est la procédure par laquelle l'acheteur public choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article LP 312-3 un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché.

Le concours peut être ouvert ou restreint.

En cas de concours restreint, l'autorité compétente peut décider de limiter le nombre de candidats qui sont admis à concourir. Dans ce cas, elle fixe le nombre minimum de candidats admis à concourir dans l'avis d'appel public à la concurrence. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, l'autorité compétente peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés ou déclarer la procédure sans suite.

Les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues par le règlement du concours.

Section 2 - Déroulement de la procédure de concours

Article LP 325-2

Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues au 2° de l'article LP 231-1.

En cas de concours ouvert, les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe contenant les renseignements relatifs à leur candidature, une seconde enveloppe contenant les prestations demandées et leur offre de prix pour la réalisation du marché. Le délai de réception des candidatures et des offres est celui de l'appel d'offres ouvert.

En cas de concours restreint, les plis adressés par les candidats contiennent les seuls renseignements relatifs à leur candidature. Le délai de réception des candidatures est celui de l'appel d'offres restreint.

Les dossiers des candidats sont remis dans les conditions fixées par l'article LP 322-3.

Article LP 325-3

Les dispositions de l'article LP 322-4 relatives à l'ouverture des plis sont applicables au concours.

Article LP 325-4

I - Le jury ouvre l'enveloppe contenant les renseignements relatifs à la candidature et enregistre le contenu.

Si le jury constate que des documents ou renseignements dont la production était réclamée sont absents de l'enveloppe ou sont incomplets, le président du jury peut, après avis du jury, demander aux candidats concernés la production des pièces manquantes ou incomplètes conformément aux dispositions du I de l'article LP 235-1. Dans ce cas, le jury suspend les opérations d'ouverture des plis.

Après examen par le jury du caractère admissible des candidatures, le jury procède à un examen des candidatures au regard des capacités professionnelles, techniques et financières ou des niveaux de capacités exigés par les documents de la consultation. Les candidatures qui ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure ainsi que celles ne présentant pas des capacités suffisantes en application des I et II de l'article LP 235-1 sont éliminées par l'autorité compétente après avis du jury. Cet examen peut faire l'objet d'une analyse préalable des services de l'autorité compétente destinée à préparer le travail du jury.

Les candidats éliminés en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1.

En cas de limitation du nombre de candidats, le jury propose un classement des candidatures dont les capacités sont suffisantes sur la base de critères de sélection annoncés dans les documents de la consultation conformément au III de l'article LP 235-1.

Il dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir.

Après avis du jury, la liste des candidats admis à concourir est arrêtée par l'autorité compétente et les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1.

En cas de concours ouvert, les enveloppes contenant les prestations demandées et les offres de prix présentées par les candidats non retenus leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

En cas de concours restreint, l'autorité compétente transmet aux candidats admis à concourir les pièces nécessaires à la consultation et notamment le programme de l'opération et le règlement du concours. Les candidats admis à concourir remettent une enveloppe contenant les prestations demandées et leur offre de prix pour la réalisation du marché. Le délai de réception des offres est celui de l'appel d'offres restreint.

II - Le jury ouvre l'enveloppe contenant les prestations demandées et les offres de prix. Les prestations demandées et les offres de prix sont enregistrées. Elles peuvent faire l'objet d'une analyse préalable destinée à préparer le travail du jury.

Le jury vérifie la conformité des prestations présentées par les candidats par rapport au règlement du concours et les évalue. Il en propose un classement fondé sur les critères indiqués dans le règlement du concours et en prenant en compte les offres de prix. Il en dresse un procès-verbal et formule un avis motivé. Ce procès-verbal est signé par tous les membres du jury.

Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans ce procès-verbal afin de clarifier tel ou tel aspect d'un projet. Un procès-verbal du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

Après réception de l'avis et des procès-verbaux du jury, le ou les lauréats du concours sont choisis par l'autorité compétente. Si l'autorité compétente s'écarte de l'avis du jury, elle motive son choix.

Des primes sont allouées aux candidats après avis du jury.

Le ou les lauréats sont invités à négocier conformément au 5° de l'article LP 323-10 et le marché qui fait suite au concours est attribué par l'autorité compétente.

Le marché est signé puis notifié dans les conditions fixées par les articles LP 333-1 et suivants.

Un avis d'attribution est publié dans les conditions fixées par l'article LP 334-1.

Chapitre VI - Procédures applicables à certains marchés

Section 1 - Marché de conception-réalisation

Sous-section 1 - Définition

Article LP 326-1

Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet à l'acheteur public de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Les acheteurs publics ne peuvent recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Ces motifs sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propre des opérateurs économiques.

Sous-section 2 - Procédure de passation applicable au marché de conception-réalisation

Article LP 326-2

Les marchés de conception-réalisation définis à l'article LP 326-1 sont passés par les acheteurs publics selon la procédure d'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions particulières qui suivent :

I - Un jury est institué dans les conditions fixées par les articles LP 312-3 et suivants.

II - Le jury ouvre l'enveloppe contenant les documents et renseignements relatifs aux candidatures et enregistre le contenu.

Si le jury constate que des documents ou renseignements dont la production était réclamée sont absents de l'enveloppe ou sont incomplets, le président du jury peut, après avis du jury, demander aux candidats concernés la production des pièces manquantes ou incomplètes conformément aux dispositions du I de l'article LP 235-1. Dans ce cas, le jury suspend les opérations d'ouverture des plis.

Après examen par le jury du caractère admissible des candidatures, le jury procède à un examen des candidatures au regard des capacités professionnelles, techniques et financières ou des niveaux de capacités exigés par les documents de la consultation. Les candidatures qui ne peuvent être admises à participer à la suite de la procédure ainsi que celles ne présentant pas des capacités suffisantes en application du II de l'article LP 235-1 sont éliminées par l'autorité compétente après avis du jury. Cet examen peut faire l'objet d'une analyse préalable des services de l'autorité compétente destinée à préparer le travail du jury.

Les candidats éliminés en sont informés conformément au I de l'article LP 332-1.

En cas de limitation du nombre de candidats, le jury propose un classement des candidatures dont les capacités sont suffisantes sur la base de critères de sélection annoncés dans les documents de la consultation conformément au III de l'article LP 235-1.

Dans tous les cas, il dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir.

Après avis du jury, l'autorité compétente arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation comportant notamment le règlement de la consultation et le programme de l'opération.

Les candidats non retenus sont informés du rejet de leur candidature conformément au I de l'article LP 332-1.

III - Les candidats admis remettent une offre comprenant les prestations de conception demandées ainsi que le prix qu'ils proposent pour la réalisation du marché. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage. Cette offre est remise sous enveloppe cachetée.

Le jury procède à l'ouverture des enveloppes contenant les offres et les enregistre. Il les examine et auditionne les candidats. Cet examen peut faire l'objet d'une analyse préalable des services de l'autorité compétente destinée à préparer le travail du jury.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des offres remises et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

L'autorité compétente peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Cependant, ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Après avis du jury, le marché est attribué par l'autorité compétente. Si l'autorité compétente s'écarte de l'avis du jury, elle motive son choix.

IV - Le règlement de la consultation prévoit notamment les modalités d'audition des candidats, le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont le jury a estimé que les offres remises avant l'audition étaient incomplètes ou ne répondaient pas au règlement de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté éventuellement d'un abattement dont le pourcentage est fixé par l'autorité compétente. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

Section 2 - Marché de maîtrise d'œuvre

Sous-section 1 - Définition

Article LP 326-3

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître de l'ouvrage en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager.

Sous-section 2 - Procédures de passation applicables au marché de maîtrise d'œuvre

Article LP 326-4

Les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis au II de l'article LP 223-2 sont passés selon la procédure du concours restreint organisée dans les conditions définies aux articles LP 325-2 et suivants.

Les marchés de maîtrise d'œuvre inférieurs à ces mêmes seuils peuvent toutefois être passés selon la procédure adaptée. Dans ce cas, toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime dans les conditions précisées au troisième alinéa.

Les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. L'avis d'appel public à la concurrence indique le montant de cette prime. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis d'appel public à la concurrence et précisées dans le règlement du concours, affecté éventuellement d'un abattement dont le pourcentage est défini par l'autorité compétente.

La rémunération du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire.

Article LP 326-5

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis au II de l'article LP 223-2, l'autorité compétente n'est pas tenue de recourir au concours de maîtrise d'œuvre dans les cas suivants :

1° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ;

2° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;

3° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;

4° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures.

Dans les cas mentionnés aux 1° à 4°, si l'autorité compétente ne retient pas la procédure de concours, elle met en œuvre :

a) Soit la procédure négociée si les conditions de l'article LP 323-2 sont réunies. En cas de publicité et de mise en concurrence, la mise en concurrence peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats. L'autorité compétente, après avis du jury tel que défini aux articles LP 312-3 et suivants, dresse la liste des candidats admis à négocier. L'autorité compétente engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué ;

b) Soit une procédure de l'appel d'offres si les conditions de l'article LP 323-2 ne sont pas remplies. Dans ce cas, un jury composé dans les conditions définies aux articles LP 312-3 et suivants émet un avis motivé sur les candidatures et sur les offres.

Article LP 326-6

Lorsque les conditions de recours au dialogue compétitif sont réunies, cette procédure peut être mise en œuvre pour l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

Le montant de la prime attribuée à chaque participant au dialogue est égal au prix de toutes les études demandées par le maître d'ouvrage et définies par le règlement de la consultation affecté éventuellement d'un abattement dont le pourcentage est défini par l'autorité compétente.

Un jury peut être composé conformément aux articles LP 312-3 et suivants. Dans ce cas, le jury examine les candidatures et formule dans un procès-verbal un avis motivé sur celles-ci. Le maître d'ouvrage dresse la liste des maîtres d'œuvre admis au dialogue au vu de cet avis.

A l'issue du dialogue, le jury examine les offres finales, les évalue et les classe dans un avis motivé qui fait l'objet d'un procès-verbal. Il peut inviter les candidats à apporter des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur leur offre finale. Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Le jury se prononce le cas échéant sur l'application des modalités de réduction ou de suppression de la prime définies dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence s'il estime que les prestations remises sont incomplètes ou ne sont pas conformes au règlement de la consultation.

Section 3 - Procédure de passation applicable aux accords-cadres et aux marchés subséquents

Article LP 326-7

I.- Les accords-cadres sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues par le présent code.

II.- Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, l'autorité compétente consulte par écrit les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre et organise une mise en concurrence, pour chacun des marchés à passer sur le fondement de cet accord, organisée selon la procédure suivante :

1° Lorsque la remise en concurrence est organisée au moment de la survenance du besoin et que cet accord-cadre a été divisé en lots, seuls sont consultés les titulaires des lots correspondant à l'objet du marché fondé sur l'accord-cadre ;

2° Lorsque la remise en concurrence est organisée selon une périodicité prévue par l'accord-cadre, elle porte sur tous les lots ;

3° Quel que soit le choix opéré, les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord ;

4° L'autorité compétente fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres.

Ces offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre. Elles sont établies par écrit et transmises à l'autorité compétente par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de réception. Leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres.

5° Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés.

III.- Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul opérateur économique, l'autorité compétente peut, préalablement à la conclusion des marchés fondés sur l'accord-cadre, demander au titulaire de l'accord-cadre de compléter, par écrit, son offre. Les compléments ainsi apportés aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne peuvent avoir pour effet de les modifier substantiellement.

IV.- Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles prévues par le présent article et exécutés selon les règles prévues par l'article LP 221-4.

IV.- Pour des besoins occasionnels de faible montant, l'autorité compétente peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires de l'accord-cadre, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas le seuil de dispense de mise en concurrence fixé au 1° de l'article LP 223-3. Le recours à cette possibilité ne dispense pas l'autorité compétente de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum de l'accord-cadre lorsque celui-ci est prévu.

TITRE III - ACHÈVEMENT DE LA PROCEDURE

Chapitre I - Rapport de présentation

Article LP 331-1

Tout projet de marché passé selon l'une des procédures formalisées définies au présent code ou tout projet d'avenant à ces marchés fait l'objet d'un rapport de présentation établi par l'autorité compétente.

Pour tout projet de marché, ce rapport comporte en particulier les éléments concernant le contexte et l'économie générale de la consultation, les étapes de la procédure de passation, les décisions prises s'agissant des candidatures et des offres reçues, les informations relatives à l'offre retenue et à l'attributaire ou celles relatives à la renonciation à la conclusion du marché public.

Pour tout projet d'avenant, ce rapport comporte notamment la justification de sa conclusion ainsi que son incidence sur le marché.

Le contenu du rapport de présentation est précisé par arrêté pris en conseil des ministres.

Lorsque l'acheteur public est soumis à un contrôle public de ses marchés, ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés.

Chapitre II - Information des candidats non retenus

Article LP 332-1

I - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue à l'article LP 323-10, l'autorité compétente, dès qu'elle a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.

Pour les candidats ayant soumis une offre, qui n'a pas été déclarée inappropriée, irrégulière, inacceptable ou anormalement basse, la notification des motifs de ce rejet comporte au moins la communication du classement de leur offre, les notes qui leur ont été allouées, le nom de l'attributaire ainsi que les notes qui lui ont été allouées.

Un délai minimal de seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au premier alinéa et la date de signature du marché. Ce délai minimal est réduit à onze jours en cas de transmission électronique de la notification. La notification de l'attribution du marché comporte l'indication de la durée du délai de suspension que l'autorité compétente s'impose.

Le respect du délai mentionné au troisième alinéa n'est pas exigé dans le cas d'attribution du marché au seul opérateur ayant participé à la consultation ainsi que pour l'attribution des marchés fondés sur un accord-cadre.

II – Pour les marchés passés selon une procédure adaptée mentionnés aux articles LP 321-1 et LP 321-2 et pour les marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence mentionnés à l'article LP 223-3, l'autorité compétente communique à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite à cette fin.

Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable au sens de l'article LP 122-3, l'autorité compétente est en outre tenue de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché.

III.- Lorsque l'autorité compétente décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, elle informe, par écrit, les candidats des motifs de sa décision dans les plus brefs délais.

IV- L'autorité compétente ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- a) Porterait atteinte aux secrets protégés par les dispositions régissant les relations entre l'administration et le public en vigueur en Polynésie française et notamment le secret en matière industriel et commercial ;
- b) Serait contraire à l'intérêt public ;
- c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Article LP 332-2

L'autorité compétente peut décider de publier dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales ou au Journal officiel de la Polynésie française un avis relatif à son intention de conclure un marché dans les cas suivants :

1° Lorsque les marchés sont dispensés de procédures de publicité et de mise en concurrence dans les cas prévus à l'article LP 223-3 ;

2° Lorsque les marchés sont passés selon une procédure adaptée conformément au 1° du II de l'article LP 223-1 ;

3° Lorsque les marchés sont passés selon une procédure adaptée conformément au 2° du II de l'article LP 223-1 et sont inférieurs au seuil de procédure formalisée applicable aux acheteurs publics concernés.

Elle respecte alors un délai de onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du marché.

Chapitre III - Signature, transmission au haut-commissaire de la République en Polynésie française et notification du marché

Article LP 333-1

Après accomplissement des formalités prévues par l'article LP 332-1 ou, le cas échéant, celles prévues par l'article LP 332-2, le marché est signé par l'autorité compétente de l'acheteur public.

Article LP 333-2

En ce qui concerne la Polynésie française et ses établissements publics, le marché est transmis au haut-commissaire de la République en Polynésie française lorsque cette formalité est obligatoire en application du 5° du II de l'article 171 et du 5° du II de l'article 173-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

En ce qui concerne les communes, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, le marché est transmis au haut-commissaire de la République en Polynésie française lorsque cette formalité est obligatoire en application des articles L.2131-1 et L.2131-2 du code général des collectivités territoriales dans leur rédaction en vigueur en Polynésie française.

Article LP 333-3

Le marché est notifié au titulaire.

Sauf dans le cas de l'échange de lettres prévu à l'article LP 211-1, les marchés d'un montant supérieur à trois millions de francs CFP sont notifiés avant tout commencement d'exécution.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en un envoi d'une copie du marché signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire.

A l'exception du cas de l'échange de lettres, le marché prend effet à cette date.

Chapitre IV - Attribution du marché

Article LP 334-1

I. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée ainsi que pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée conformément à l'article LP 321-2 d'un montant égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée applicable aux acheteurs publics concernés, l'autorité compétente envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la notification du marché, un avis d'attribution.

Cet avis est inséré au Journal officiel de la Polynésie française ou dans une publication habilitée à recevoir les annonces légales. Il comporte des indications relatives à la conclusion du contrat ainsi que les modalités de la mise en concurrence dans le respect des secrets protégés par les dispositions relatives aux relations entre l'administration et le public en vigueur en Polynésie française et notamment le secret en matière industriel et commercial ;

II- Pour les marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence mentionnés à l'article LP 223-3 ainsi que pour les marchés à procédure adaptée inférieurs au seuil de procédure formalisée applicable aux acheteurs publics concernés, l'autorité compétente peut décider de publier dans les conditions mentionnées au I un avis d'attribution du marché.

LIVRE IV – EXECUTION DES MARCHES

TITRE I - REGIME FINANCIER

Chapitre I - Règlement, avances et acomptes.

Article LP 411-1

Les marchés donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde, dans les conditions fixées par le présent chapitre.

Section 1 - Avances

Article LP 411-2

I.- Une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermie est supérieur à un montant fixé par arrêté pris en conseil des ministres et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance est calculée sur la base du montant du marché diminué du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Dans le cas d'un marché à bons de commande, comportant un montant minimum supérieur à un montant fixé par arrêté pris en conseil des ministres, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à un montant fixé par arrêté pris en conseil des ministres et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois.

Dans le cas des marchés à lots, l'obligation de verser l'avance s'apprécie au regard du montant cumulé des lots attribués à un même titulaire. L'avance calculée sur le dit montant est versée en une fois.

L'avance est facultative pour les marchés d'un montant inférieur au montant mentionné au premier alinéa.

Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

II.- Le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions du III du présent article et de celles de l'article LP 421-4, à 10 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.

Les modalités de calcul pour la détermination du montant de l'avance mentionnée au premier alinéa du II sont précisées selon la catégorie du marché par arrêté pris en conseil des ministres.

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

III.- Le marché peut prévoir que l'avance versée au titulaire du marché dépasse les 10 % mentionnés au II.

En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30 % des montants mentionnés au II.

L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % des montants mentionnés au II, à la condition que le titulaire constitue une garantie à première demande conformément aux dispositions de l'article LP 411-6.

Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché. Ils ne peuvent être modifiés par avenant.

IV.- Les dispositions du présent article s'appliquent aux marchés reconductibles, sur le montant de la période initiale, et aux marchés reconduits, sur le montant de chaque reconduction.

Article LP 411-3

Sous réserve des cas mentionnés aux articles LP 411-5 et LP 411-6, l'avance est mandatée sans formalité dans un délai qui ne peut dépasser trente jours. Ce délai court à compter de la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché.

Article LP 411-4

I. - Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde. Dans le silence du marché, le remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 70% du montant initial toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre du marché ou de la tranche affermie, du bon de commande dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum, du montant minimum dans le cas d'un marché à bons de commandes comportant un montant minimum.

Il doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant mentionné au premier alinéa.

II. - Les dispositions du présent article s'appliquent aux marchés reconductibles, sur le montant de la période initiale et aux marchés reconduits, sur le montant de chaque reconduction.

Article LP 411-5

Lorsque le montant de l'avance est supérieur à 10 % mais inférieur ou égal à 30 % de l'assiette retenue au II de l'article LP 411-2, les acheteurs publics peuvent conditionner son versement à la constitution d'une garantie à première demande portant sur tout ou partie du remboursement de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire.

Article LP 411-6

Lorsque le montant de l'avance est supérieur à 30 % de l'assiette retenue au II de l'article LP 411-2 pour la détermination du montant de cette avance, le titulaire du marché ne peut recevoir cette avance qu'après avoir constitué une garantie à première demande.

Article LP 411-7

Les articles LP 411-5 et LP 411-6 ne sont pas applicables aux opérateurs économiques publics titulaires d'un marché.

Section 2 - Acomptes

Article LP 411-8

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Lorsque le titulaire est une société coopérative, un groupement de producteurs agricoles ou un établissement de travail protégé, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés de travaux. Pour les marchés de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire.

Section 3- Règlement des marchés

Article LP 411-9

Constitue un règlement partiel définitif un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties correspondant à la réalisation complète des prestations prévues par un ou plusieurs lots, tranches ou bons de commande d'un marché.

Les règlements d'avances et d'acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs ; leur bénéficiaire en est débiteur jusqu'au règlement final du marché ou, lorsque le marché le prévoit, jusqu'au règlement partiel définitif.

Article LP 411-10

Dans le cas des marchés passés en lots séparés, le titulaire de plusieurs lots présente des factures distinctes pour chacun des lots ou une facture globale identifiant distinctement les différents lots.

Article LP 411-11

Lorsque le marché comporte une clause de variation de prix, il fixe la périodicité de mise en œuvre de cette clause.

La valeur finale des références utilisées pour l'application de cette clause doit être appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure.

Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue au moment du mandatement, l'acheteur public procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues. Dès que les éléments nécessaires sont déterminés, il est fait application de la clause de variation des prix.

Cette opération peut toutefois, si le contrat le prévoit, être effectuée en fin de marché ou à la fin de chaque année pour les marchés dont l'exécution s'échelonne sur plusieurs années.

Lorsque les avances sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, le précompte est effectué après application de la clause de variation de prix sur le montant initial de l'acompte ou du solde.

Article LP 411-12

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel.

Si la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit du titulaire, l'acheteur public lui verse 80 % de ce solde. Réciproquement, si la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit de l'acheteur public, le titulaire lui reverse 80 % de ce solde. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette ; dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article LP412-4.

Article LP 411-13

Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Article LP 411-14

Le montant des pénalités, lorsqu'il peut être retenu par précompte sur les sommes dues au titulaire, vient en atténuation de la dépense. S'il ne peut être précompté, il donne lieu à l'émission d'un ordre de recette.

Article LP 411-15

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif, ou à paiement pour solde, sont constatées par un écrit établi par l'acheteur public ou vérifié et accepté par lui.

Article LP 411-16

L'acheteur public est tenu de procéder au mandatement des acomptes et du solde dans un délai qui ne peut dépasser trente jours en précisant toutefois que pour certains marchés, un délai plus long peut être fixé par arrêté pris en conseil des ministres, en raison du contexte géographique d'application. Ce délai ne peut être supérieur à soixante jours.

Le délai de mandatement doit être précisé dans le marché.

Le délai court à partir des termes périodiques ou du terme final fixés par le marché, ou, lorsque le marché n'a pas fixé de tels termes, à partir de la réception de la demande du titulaire appuyée des justifications nécessaires. Cette demande doit être adressée à l'autorité compétente ou à toute autre personne désignée par le marché, par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception.

Pour le paiement du solde du marché, le délai de mandatement court à compter de la date de réception par l'autorité compétente ou par toute autre personne désignée par le marché du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicable ou le cas échéant à compter de la date à laquelle le décompte général est devenu définitif dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicable.

Sous réserve des dispositions prévues l'article LP 411-17, le défaut de mandatement dans le délai prévu aux alinéas précédents fait courir au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant des intérêts moratoires qui sont calculés conformément aux dispositions de l'article LP 411-18, à partir du jour suivant l'expiration dudit délai jusqu'au trentième jour inclus suivant la date du mandatement du principal.

Article LP 411-17

Le délai prévu à l'article LP 411-16 ne peut être suspendu qu'une fois par l'ordonnateur de l'acheteur public, s'il constate que la demande de mandatement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la réglementation ou par le marché ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes.

La suspension du délai de mandatement fait l'objet d'une notification au titulaire du marché par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification, adressée huit jours au moins avant l'expiration du délai prévu à l'article LP 411-16, précise les raisons imputables au titulaire qui s'opposent au mandatement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

A compter de la réception de la totalité de ces éléments, le délai de mandatement ouvert à l'acheteur public correspond au solde restant à courir à la date de réception de la notification de la suspension.

Le délai laissé à l'ordonnateur de l'acheteur public pour mandater, à compter de la fin de la suspension, ne peut en aucun cas être inférieur à dix jours.

Article LP 411-18

Le taux et les modalités de calcul des intérêts moratoires prévus aux articles LP 411- 16, LP 411-21 et LP 412-3 sont fixés par arrêté pris en conseil des ministres.

Article LP 411-19

Dans le cas où le marché prévoit l'échelonnement de son exécution et des versements auxquels ils donnent lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates ainsi prévues par le marché.

Article LP 411-20

En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation sur le montant de l'indemnité, l'acheteur public verse le montant qu'il a proposé au titulaire qui en fait la demande.

Article LP 411-21

En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le mandatement est effectué, dans le délai prévu à l'article LP 411-16, sur la base provisoire des sommes admises par l'acheteur public contractant. Lorsque les sommes ainsi mandatées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au titulaire, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

Article LP 411-22

Si l'acheteur public a recourt à un maître d'œuvre ou à tout autre prestataire dont l'intervention conditionne la liquidation et le mandatement des sommes dues au titre d'un marché, l'intervention du maître d'œuvre ou du prestataire ne modifie pas le délai de mandatement qui s'impose à l'acheteur public.

Le contrat conclu avec le maître d'œuvre ou tout autre prestataire indique le délai dans lequel celui-ci doit effectuer ses interventions. Pour les opérations qui interviennent après la date à laquelle le délai de mandatement a commencé à courir, ce délai d'intervention ne peut excéder quinze jours.

Le maître d'œuvre ou le prestataire habilité à recevoir les demandes de paiement est tenu de faire figurer dans l'état qu'il transmet à l'acheteur public en vue du mandatement la date de réception ou de remise de la demande de paiement de l'entreprise.

Le marché précise les pénalités encourues du fait de l'inobservation de ce délai ou de l'obligation prévue à l'alinéa précédent. Il prévoit également la faculté pour l'acheteur public d'effectuer ou de faire effectuer, après mise en demeure, les prestations aux frais du défaillant.

Article LP 411-23

Les articles LP 411-16 à LP 411-18 ainsi que les articles LP 411-21 et LP 411-22 ne sont pas applicables aux communes de Polynésie française, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes régis par les dispositions du code général des collectivités territoriales applicables en Polynésie française.

Chapitre II - Garanties

Section 1 - Retenue de garantie

Article LP 412-1

La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel l'acheteur public peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

Le marché peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial toutes taxes comprises augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article LP 412-2.

Les dispositions de l'alinéa qui précèdent ne sont pas applicables aux opérateurs économiques publics titulaires d'un marché.

Section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire

Article LP 412-2

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si l'acheteur public ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie selon un modèle fixé par un arrêté pris en conseil des ministres.

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution mentionnée à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. L'acheteur public peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.

Lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.

Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée.

Le titulaire a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer une garantie à première demande ou, si l'acheteur public ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Toutefois, cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Article LP 412-3

La retenue de garantie est remboursée ou, le cas échéant, les établissements ayant accordé leur garantie à première demande ou leur caution sont libérés, un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché, et le cas échéant, aux établissements ayant accordé leur garantie à première demande ou leur caution pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée et les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Aux fins de remboursement de la retenue de garantie ou de libération des garanties de substitution, l'acheteur public notifie au comptable une attestation de mainlevée avant l'expiration des délais mentionnés aux premier et deuxième alinéas ci-dessus. L'attestation de mainlevée est également notifiée au titulaire du marché ainsi que, le cas échéant, aux établissements ayant accordé leurs garanties.

En cas de retard dans la notification de l'attestation de mainlevée au comptable établie, aux fins de remboursement de la retenue de garantie, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par arrêté pris en conseil des ministres.

Section 3 - Autres garanties

Article LP 412-4

En cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsque la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit de l'acheteur public, un délai peut être accordé au titulaire pour reverser 80 % du montant de ce solde conformément à l'article LP 411-12. Dans ce cas, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si l'acheteur public ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Article LP 412-5

Le cahier des charges détermine, s'il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées au titulaire du marché pour l'exécution d'un engagement particulier.

Chapitre III - Financement

Article LP 413-1

L'acheteur public remet au titulaire soit une copie de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, par lui, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché, soit un certificat de cessibilité délivré en unique exemplaire conforme à un modèle défini par arrêté pris en conseil des ministres.

Les modalités de délivrance de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité mentionné au premier alinéa sont précisées par arrêté pris en conseil des ministres pour les marchés fractionnés ainsi que pour les marchés exécutés par des groupements d'opérateurs économiques.

L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

A l'initiative de l'acheteur public ou si le titulaire du marché le demande, le contenu de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité est réduit aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement.

S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions du règlement du marché, l'acheteur public annote l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification.

Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, l'acheteur public fournit autant d'exemplaires uniques ou de certificats de cessibilité que de comptables, en précisant dans une mention apposée sur chacun de ces documents le comptable auquel il doit être remis. Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Article LP 413-2

En cas de sous-traitance prévue dès la passation du marché, le titulaire indique dans le marché la nature et le montant des prestations qu'il envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant, dans les conditions prévues à l'article LP 421-4 du présent code, du paiement direct. Ce montant est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement.

Article LP 413-3

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance au titre d'un marché public notifie ou signifie cette cession ou ce nantissement au comptable public assignataire ou, si l'acheteur public n'est pas doté d'un comptable public, à l'organe compétent pour procéder au paiement des sommes dues en exécution du marché.

En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux articles L. 313-23 à L. 313-34 du code monétaire et financier relatifs aux cessions et nantissement de créances professionnelles dans leur rédaction applicable en Polynésie française, la notification est adressée au comptable public assignataire, ou à l'organe compétent mentionné à l'alinéa premier, désigné dans le marché dans les formes prévues à l'article R. 313-17 du même code.

Ce bénéficiaire encaisse seul, à compter de cette notification ou signification au comptable, le montant de la créance ou de la part de créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Quand la cession ou le nantissement de créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée dans la cession ou le nantissement dont les mentions ont été notifiées au comptable.

Article LP 413-4

Les bénéficiaires de nantissements ou cessions de créances peuvent, au cours de l'exécution du marché, demander à l'acheteur public soit un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas l'acheteur public, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché ; ils peuvent demander, en outre, un état des avances et des acomptes mis en paiement. La personne chargée de fournir ces divers renseignements est désignée dans le marché.

Les mêmes bénéficiaires peuvent demander au comptable un état détaillé des oppositions au paiement de la créance détenue par le titulaire du marché qu'il a reçues.

S'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, l'acheteur public est tenu de les aviser, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur le nantissement ou la cession.

Ils ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

TITRE II - SOUS-TRAITANCE

Chapitre unique

Article LP 421-1

Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de l'acheteur public l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

L'acheteur public peut toutefois exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire.

Article LP 421-2

En cas de sous-traitance, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché.

Article LP 421-3

L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement sont demandés soit au moment du dépôt de l'offre, soit après le dépôt de l'offre.

1° Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le candidat fournit à l'acheteur public une déclaration mentionnant :

- a) La nature des prestations sous-traitées ;
- b) Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- c) Le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ;
- d) Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- e) Les capacités techniques, professionnelles et financières du sous-traitant.

Cette déclaration est accompagnée pour chaque sous-traitant des documents permettant de justifier que le sous-traitant ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics ainsi que des attestations et certificats prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ;

2° Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire remet contre récépissé à l'acheteur public ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements ainsi que les pièces mentionnés au 1° ci-dessus.

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article LP 421-5 en produisant soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial signé des deux parties.

Figurent dans l'acte spécial les renseignements et les documents mentionnés au 1° ci-dessus ;

3° Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article LP 413-1 du présent code.

Si cet exemplaire ou ce certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible.

Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché.

L'acheteur public ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise.

Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires ;

4° Pour les acheteurs publics mentionnés au 1° de l'article LP 121-1, le silence de l'acheteur public gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2° et 3° ci-dessus vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Article LP 421-4

Les dispositions prévues aux articles LP 411-1 à LP 411-22 relatives au régime applicable aux règlements et aux versements des avances et des acomptes dans les marchés publics s'appliquent aux sous-traitants mentionnés à l'article LP 421-3 en tenant compte des dispositions particulières ci-après :

1° Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un million de francs CFP toutes taxes comprises, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur public, est payé directement, pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

2° Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, l'avance versée au titulaire est calculée sur la base du montant du marché diminué le cas échéant du montant des prestations confiées aux sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

Pour le calcul du montant de cette avance, les limites fixées à l'article LP 411-2 sont appréciées par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné au 2° de l'article LP 421-3.

Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par l'acheteur public.

Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article LP 411-4.

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché postérieurement à sa notification, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par l'acheteur public dès la notification de l'acte spécial.

Article LP 421-5

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement libellée au nom de l'autorité compétente au titulaire du marché, accompagnée des pièces justificatives, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur public ou à la personne désignée par lui dans le marché.

Passé ce délai, le titulaire est réputé avoir accepté les pièces justificatives qui n'auraient pas fait l'objet d'une acceptation ou d'un refus exprès.

Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement à l'acheteur public ou à la personne désignée dans le marché par l'acheteur public, accompagnée des pièces justificatives et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé.

L'acheteur public ou la personne désignée par lui dans le marché adresse sans délai au titulaire une copie des pièces justificatives produites par le sous-traitant.

L'acheteur public procède au mandatement des sommes dues au sous-traitant dans le délai prévu à l'article LP 411-16.

Le délai de mandatement des sommes dues au sous-traitant court :

- Soit à compter de la réception par l'acheteur public de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé ;
- Soit de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord, ni aucun refus ;
- Soit de la réception par l'acheteur de l'avis postal mentionné au quatrième alinéa.

L'acheteur public informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

Les alinéas 6 à 10 du présent article ne sont pas applicables aux communes, leurs établissements publics, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes régis par les dispositions du code général des collectivités territoriales applicables en Polynésie française.

Article LP 421-6

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie de l'original du marché ou du certificat de cessibilité prévu à l'article LP 413-1 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article LP 421-3 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise, par les soins de l'acheteur public, à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

TITRE III – AVENANTS ET DECISION DE POURSUIVRE

Chapitre unique

Article LP 431-1

Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par l'acheteur public.

Article LP 431-2

En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.