

Décrets, arrêtés, circulaires

Textes généraux

Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

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

NOR: ECOX0500022R

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux ;

Vu la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;

Vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le code de l'action sociale et des familles, notamment son article L. 344-2 ;

Vu le code de commerce, notamment ses articles L. 620-1 et L. 625-2 ;

Vu le code de la construction et de l'habitation, notamment ses articles L. 433-1 et L. 481-4 ;

Vu le code général des impôts, notamment son article 1741 ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles L. 551-1 et L. 551-2 ;

Vu le code pénal, notamment ses articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, 421-5, 433-1, 434-9, 435-2, 441-1 à 441-9 et 450-1 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment son article L. 1 ;

Vu le code du travail, notamment ses articles L. 125-1, L. 125-3, L. 152-6, L. 323-31, L. 324-9, L. 324-10 et L. 341-6 ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ;

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

Vu la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, notamment son article 65 ;

Le Conseil d'Etat entendu ;

Le conseil des ministres entendu, Ordonne :

Chapitre Ier

Dispositions communes

Section 1

Définitions

Article 1

Sont soumis aux dispositions de la présente ordonnance les marchés et les accords-cadres définis ci-après.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou les entités adjudicatrices définies à l'article 4, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou une des entités adjudicatrices définies à l'article 4 et des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Article 2

Les marchés de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Les marchés de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, de produits ou matériels.

Les marchés de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.

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

Lorsqu'un marché porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation est considéré comme un marché de fournitures.

Article 3

I. - Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

2° La Banque de France ;

3° La Caisse des dépôts et consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.

II. - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles prévues par le code des marchés publics.

Article 4

Les entités adjudicatrices soumises à la présente ordonnance sont :

1° Les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26 ;

2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26.

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

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

3° Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs pour l'application de ces dispositions les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

Article 5

Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur soumis à la présente ordonnance ou au code des marchés publics qui :

1° Acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices, ou

2° Passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices.

Section 2

Principes fondamentaux

Article 6

Les marchés et les accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Section 3

Exclusions

Article 7

Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité instituant la Communauté européenne ;

2° 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 de l'ordonnance ;

3° Marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices sous réserve des dispositions du 2° du présent article.

Sont également exclus les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par des banques centrales ;

4° Marchés de services de recherche et de développement entièrement financés par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, ou une ou plusieurs entités adjudicatrices, pour autant que ceux-ci n'acquiescent pas la propriété exclusive des résultats pour leur usage ;

5° Marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;

6° Marchés passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale ;

7° Marchés passés selon des règles de passation particulières et en vertu d'un accord international relatif au stationnement de troupes ;

8° Marchés passés selon des règles de passation particulières et en vertu d'un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;

9° Marchés qui ont pour objet l'achat d'oeuvres d'art, d'objets d'antiquité et de collection et marchés ayant pour objet l'achat d'objets d'art ;

10° Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;

11° Marchés de services concernant les contrats de travail.

Section 4

Interdictions de soumissionner

Article 8

Ne peuvent soumissionner à un marché passé par un pouvoir adjudicateur défini à l'article 3 ou par une entité adjudicatrice définie à l'article 4 :

1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 434-9, par les articles 435-2, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9 et par l'article 450-1 du code pénal, ainsi que par le deuxième alinéa de l'article L. 152-6 du code du travail et par l'article 1741 du code général des impôts ;

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 mentionnées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ;

3° Les personnes en état de liquidation judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du code de commerce et les personnes physiques dont la faillite personnelle, au sens de l'article L. 625-2 du même code, a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger. Les personnes admises au redressement judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché ;

4° 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 les impôts et cotisations exigibles à cette date.

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

La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par voie réglementaire.

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

Section 5

Méthodes de calcul de la valeur estimée d'un marché

Article 9

Les conditions dans lesquelles est calculée la valeur estimée d'un marché sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Section 6

Procédures de passation

Article 10

Après avoir défini ses besoins, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice procède à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'Etat.

Article 11

Les procédures de passation sont ouvertes ou restreintes, sous réserve des cas où, en application du décret mentionné à l'article 10, le marché peut être dispensé de publicité préalable.

Une procédure est ouverte lorsque tout opérateur économique intéressé est admis à présenter une offre.

Une procédure est restreinte lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice invite un certain nombre de candidats choisis sur la base de critères objectifs et non discriminatoires à participer à la procédure.

Article 12

Les procédures de passation sont :

1° Les procédures d'appel d'offres dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs ;

2° Les procédures de dialogue compétitif, dans lesquelles le pouvoir adjudicateur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de développer une ou plusieurs solutions correspondant à ses besoins sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sont invités à remettre une offre ;

3° Les procédures négociées, dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

4° Les procédures de concours, dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice choisit l'attributaire après qu'un jury a donné son avis sur des prestations réalisées par les candidats.

Un décret en Conseil d'Etat définit les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent recourir à ces différents types de procédures et leurs modalités de mise en oeuvre.

Article 13

Le décret mentionné à l'article 12 définit les modalités selon lesquelles :

1° Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent, pour certains achats, mettre en place des procédures spécifiques dans lesquelles le marché est attribué à l'un des opérateurs économiques sélectionnés préalablement à la passation du marché sur la base d'offres indicatives présentées et, le cas échéant, modifiées par eux ;

2° Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent organiser des enchères électroniques.

Article 14

Le marché ou l'accord-cadre est attribué au candidat ou, le cas échéant, aux candidats qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

Article 15

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui recourent à une centrale d'achats 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 est soumise, pour la totalité de ses achats, aux dispositions de la présente ordonnance ou à celles du code des marchés publics.

Article 16

Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 323-31 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, 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.

Article 17

Les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice rend public et fait connaître aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue son choix à l'issue de la procédure de passation et celles dans lesquelles l'exécution du marché peut commencer sont précisées par décret en Conseil d'Etat.

Section 7

Contenu des marchés

Article 18

Les prestations à réaliser et les conditions d'exécution du marché sont définies par référence à des spécifications techniques dans des conditions précisées par décret en Conseil d'Etat.

Article 19

Le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont déterminés par le marché, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite pour les marchés passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat.

Article 20

Le marché ou l'accord-cadre précise sa durée d'exécution. Les conditions dans lesquelles cette durée est limitée en fonction de l'objet du marché et celles dans lesquelles des reconductions peuvent être prévues sont précisées par décret en Conseil d'Etat.

Section 8

Obligations statistiques

Article 21

Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices établissent des fiches statistiques sur les marchés qu'ils passent et les transmettent aux services compétents de l'Etat, dans des conditions définies par décret.

Chapitre II

Dispositions propres aux pouvoirs adjudicateurs

Section 1

Champ d'application

Article 22

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés et accords-cadres définis à l'article 1er passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3.

Article 23

Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables :

1° Aux marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par la présente ordonnance ou par le code des marchés publics ;

2° Aux marchés qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion ;

3° Aux marchés qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de télécommunications ;

4° Aux marchés qui sont soumis aux dispositions du chapitre III ou qui cessent d'y être soumis en application des dispositions de l'article 31.

Section 2

Recours précontractuels

Article 24

En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés mentionnés aux articles 22 et 35 :

1° Lorsque ces marchés constituent des contrats de droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations

et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission européenne a notifié à l'Etat les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

La demande est portée devant le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué, qui statue en premier et dernier ressort en la forme des référés ;

2° Lorsque ces marchés sont des contrats administratifs, l'article L. 551-1 du code de justice administrative est applicable.

Chapitre III

Dispositions propres aux entités adjudicatrices

Section 1

Champ d'application

Article 25

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés et accords-cadres définis à l'article 1er passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 pour leurs seuls besoins relatifs aux activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26.

Article 26

Sont soumises aux dispositions du présent chapitre les activités d'opérateur de réseaux suivantes lorsqu'elles sont exercées par une entité adjudicatrice :

1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ;

2° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

Sont également soumis aux dispositions du présent chapitre les marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés :

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

b) Soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable mentionné au 2° représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;

3° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ;

4° Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes ou des ports fluviaux ;

5° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

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

6° Les activités visant à fournir des services postaux ou les services autres que les services postaux mentionnés aux a à f ci-dessous.

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

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

a) Les services de gestion de services courrier ;

b) Les services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé ;

c) Les services d'envois non postaux tel que le publipostage sans adresse ;

d) Les services bancaires et d'investissement et les services d'assurance ;

e) Les services de philatélie ;

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

Article 27

N'est pas considérée comme une activité d'opérateur de réseaux soumise à la présente ordonnance :

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

a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées à l'article 26 ;

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

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

a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article 26 ;

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

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

a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article 26 ;

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

Article 28

Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les entités adjudicatrices dans les cas suivants :

1° Pour l'achat d'eau, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation mentionnée au premier alinéa du 2° de l'article 26 ;

2° Pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation définie au 1° et au 3° de l'article 26 ;

3° Pour la revente ou la location d'un des biens mentionnés à l'article 26, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer ce bien et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.

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

4° Lorsque ces entités fournissaient, avant le 30 avril 2004, un service de transport par autobus et que d'autres entités fournissaient librement dans les mêmes conditions ce service ;

5° Pour l'exercice d'activités d'opérateur de réseaux mentionnées à l'article 26, dans un Etat non membre de l'Union européenne, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de l'Union européenne.

Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les activités qu'elles considèrent comme exclues en vertu de l'alinéa précédent.

Article 29

I. - Dans les hypothèses précisées au II, les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés :

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

2° Par un organisme de droit privé constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser certaines activités en commun avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices.

II. - Le I du présent article est applicable :

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

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

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

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

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

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

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

2° Les entreprises qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'une entité adjudicatrice au sens du 2° de l'article 4 ;

3° Les entreprises qui peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante sur une entité adjudicatrice au sens du 2° de l'article 4 ;

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

IV. - Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les noms des organismes mentionnés au 2° du I et des entreprises liées au sens du III, la nature et la valeur des marchés mentionnés au I et tout élément que la Commission européenne juge nécessaire pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice ou l'organisme et l'entreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences prévues par le présent article.

Article 30

I. - Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables :

1° Aux marchés passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer l'une des activités mentionnées à l'article 26 avec l'une de ces entités adjudicatrices ;

2° Aux marchés passés par une entité adjudicatrice avec un organisme tel que mentionné au 1° lorsque cet organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans et que, aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant cette même période.

II. - Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les noms des entités et organismes ainsi que la nature et la valeur des marchés mentionnés au I et tout élément que la Commission européenne juge nécessaire pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'organisme mentionné au I répondent aux exigences prévues par le présent article.

Article 31

Les marchés passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans un Etat membre de l'Union européenne cessent d'être soumis à la présente ordonnance, dès lors que la Commission européenne a décidé que, dans cet Etat, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Section 2

Offres contenant des produits originaires des pays tiers

Article 32

Lorsque les offres présentées dans le cadre de la passation d'un marché de fournitures contiennent des produits originaires de pays tiers avec lesquels la Communauté européenne n'a conclu aucun accord dans un cadre multilatéral ou bilatéral assurant un accès effectif des entreprises de la Communauté européenne aux marchés de ces pays, ces offres sont appréciées dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Section 3

Recours précontractuels

Article 33

En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés mentionnés à l'article 25 :

1° Lorsque ces marchés constituent des contrats de droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations. Le juge détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages.

La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission européenne a notifié à l'Etat les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

Le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.

L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages-intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère ;

2° Lorsque ces marchés sont des contrats administratifs, l'article L. 551-2 du code de justice

administrative est applicable.

Section 4

Informations à conserver sur les marchés passés

Article 34

Les entités adjudicatrices conservent, pendant au moins quatre ans après la date d'attribution d'un marché, des informations relatives à ce marché dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

Chapitre IV

Dispositions applicables à des marchés particuliers

Article 35

Les dispositions des chapitres Ier et II s'appliquent aux marchés subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance et qui ou bien concernent des activités de génie civil ou ont pour objet de réaliser, de concevoir et réaliser ou de faire réaliser tous travaux de bâtiment relatifs à des établissements de santé, des équipements sportifs, récréatifs ou de loisir, des bâtiments scolaires ou universitaires ou des bâtiments à usage administratif ou bien encore sont des marchés de services liés à un des marchés de travaux mentionnés au présent article.

Article 36

Lorsqu'un organisme agit à la fois en tant que pouvoir adjudicateur et en tant qu'entité adjudicatrice, il peut, pour satisfaire un besoin concernant à la fois une activité relevant du chapitre II et une activité relevant du chapitre III, passer un seul marché ou passer deux marchés distincts, mais ce choix ne peut être effectué dans le but de soustraire ces marchés au champ d'application de la présente ordonnance.

Lorsqu'il choisit de ne passer qu'un seul marché :

1° Si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité de pouvoir adjudicateur, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et II ;

2° Si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité d'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et III.

S'il est impossible d'établir à qui le marché est principalement destiné, du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et II.

Si un marché est relatif à une activité entrant dans le champ du chapitre III et à une activité qui n'entre ni dans le champ du chapitre II ni dans le champ du chapitre III, si le marché est

principalement relatif à la première des activités ou s'il est impossible d'établir à laquelle de ces deux activités le marché est principalement destiné, les règles applicables sont celles des chapitres Ier et III.

Article 37

Les marchés de fournitures passés par des organismes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs mais qui se voient confier à titre exclusif ou spécial une mission de service public par un pouvoir adjudicateur respectent le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

Chapitre V

Dispositions diverses

Article 38

Les interdictions de soumissionner énumérées à l'article 8 et qui ne figurent pas dans le code des marchés publics sont applicables aux personnes soumissionnant à des marchés relevant du code des marchés publics.

Article 39

Le code de justice administrative est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au premier alinéa de l'article L. 551-1, après les mots : « marchés publics, », sont ajoutés les mots : « des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, » ;

2° Au premier alinéa de l'article L. 551-2, les mots : « les contrats visés à l'article 7-2 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications » sont remplacés par les mots : « les marchés mentionnés au 2° de l'article 33 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ».

Article 40

La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence est modifiée ainsi qu'il suit :

1° Le premier alinéa de l'article 9 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie dont l'objet est de réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil et que se proposent de conclure, lorsque la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie

dans le droit d'exploiter l'ouvrage, les collectivités territoriales, leurs établissements publics autres que ceux à caractère industriel ou commercial, ou les organismes suivants : ».

Les deux derniers alinéas du même article sont supprimés ;

2° Les deux premiers alinéas de l'article 11 sont remplacés par un alinéa ainsi rédigé :

« Fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'Etat la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie que se proposent de conclure avec des tiers les titulaires d'un contrat mentionné à l'article 9 ou d'un contrat de même nature que ce dernier, conclu par l'Etat, par des collectivités territoriales, par des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou par des groupements de droit public formés entre des collectivités publiques, lorsque ces titulaires ne sont pas soumis au code des marchés publics ou ne figurent pas à l'article 9. »

Au troisième alinéa, les mots : « mentionnés au premier alinéa » sont remplacés par les mots : « mentionnés à l'article 9 » ;

3° Aux articles 11-1 et 11-2, les mots : « aux articles 9, 9-1, 10, aux I, II, III et IV de l'article 10-1 et à l'article 11 » sont remplacés par les mots : « aux articles 9 et 11 ».

Article 41

I. - L'article L. 433-1 du code de la construction et de l'habitation est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 433-1. - Les marchés conclus par les organismes privés d'habitation à loyer modéré sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. »

II. - L'article L. 481-4 du code de la construction et de l'habitation est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. L. 481-4. - Les marchés conclus par les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. »

Article 42

Sont abrogés :

- le titre II, à l'exception de ses articles 9, 11, 11-1 et 11-2, de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ;

- la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;

- l'article 48-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Article 43

Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur au 1er septembre 2005.

Article 44

Le Premier ministre, le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 6 juin 2005.

Jacques Chirac

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

Dominique de Villepin

Le ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie,

Thierry Breton

Le ministre d'Etat,
ministre de l'intérieur
et de l'aménagement du territoire,

Nicolas Sarkozy

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

Pascal Clément

Le ministre des transports,
de l'équipement
du tourisme et de la mer,

Dominique Perben