

Le 25 mai 2009

JORF n°0119 du 24 mai 2009

Texte n°17

DECRET

Décret n° 2009-573 du 20 mai 2009 modifiant le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense

NOR: DEFD0829103D

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de la défense, de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique,

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment son article 296 ;

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

Vu la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance ;

Vu l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, notamment son article 8 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 modifié relatif à la protection des secrets de la défense nationale ;

Vu le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 modifié pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense ;

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

Décète :

Article 1

Le décret du 7 janvier 2004 susvisé est modifié conformément aux dispositions des

articles 2 à 17 du présent décret.

Article 2

L'article 1er est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au I, avant les mots : « marchés publics portant » sont insérés les mots : « accords-cadres et » ;

2° Au premier alinéa du II, après les mots : « intérêts essentiels » sont insérés les mots : « de sécurité » et avant les mots : « marchés suivants » sont insérés les mots : « accords-cadres et » ;

3° Au 1 du II, avant les mots : « marchés de fournitures et de services » sont insérés les mots : « accords-cadres et » et après les mots : « l'utilisation » sont insérés les mots : « , le démantèlement » ;

4° Au 2 et au 3 du II, les mots : « marchés de fournitures » sont remplacés par les mots : « accords-cadres et marchés de fournitures et de services » ;

5° Au 3 du II, après les mots : « les consommables » sont insérés les mots : « , les rechanges » ;

6° Au 4 du II, avant les mots : « marchés de services » sont insérés les mots : « accords-cadres et », et après les mots : « emploi des armes » sont insérés les mots : « , soit le maintien en condition opérationnelle des moyens d'évaluation et d'essais mentionnés au 3 du II du présent article » ;

7° Au 5 du II, les mots : « marchés de travaux » sont remplacés par les mots : « accords-cadres et marchés de travaux, de fournitures et de services », et avant les mots : « le maintien en condition opérationnelle » sont insérés les mots : « la mise en œuvre, » ;

8° Il est ajouté un III ainsi rédigé :

« III. — Les dispositions du code des marchés publics auxquelles les articles 2 à 17 du présent décret ne dérogent pas expressément sont applicables aux accords-cadres et marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er. »

Article 3

L'article 2 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Le I est remplacé par les dispositions suivantes :

« I. — a) Sous réserve des exceptions prévues au b du I et au II du présent article, les accords-cadres et marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er sont passés selon la procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence.

« Ils sont précédés d'un avis d'appel public à la concurrence inséré au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, selon un modèle défini par arrêté du ministre de la

défense.

« Les dispositions du code des marchés publics relatives à l'avis de pré-information et aux publications au Journal officiel de l'Union européenne ne leur sont pas applicables.

« L'avis d'appel à la concurrence fixe la date limite de réception des candidatures en fonction du montant estimé et de l'objet du marché. Le délai minimal est de vingt-cinq jours à compter de l'envoi de l'avis à la publication.

« b) Les accords-cadres et marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er qui requièrent en outre 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 ne sont pas soumis à obligation de publicité. » ;

2° Le premier alinéa du II est remplacé par les dispositions suivantes :

« Les accords-cadres et marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas : » ;

3° Le a du II est remplacé par les dispositions suivantes :

« a) D'accords-cadres et de marchés pour lesquels l'urgence rend les conditions de passation incompatibles avec les délais exigés par les procédures, notamment les marchés que le pouvoir adjudicateur doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant. Lorsque l'urgence est incompatible avec la préparation des documents constitutifs de l'accord-cadre ou du marché, il peut être procédé à un échange de lettres ; » ;

4° Au b du II, avant les mots : « De marchés » sont insérés les mots : « d'accords-cadres et » ;

5° Le c du II est abrogé ;

6° Le premier alinéa du III est supprimé ; les a, b, c, d et e du III deviennent les d, e, f, g et h du II ;

7° Au 1 du d du II, les mots : « d'usage courant » sont supprimés et les mots : « la personne publique » sont remplacés par les mots : « le pouvoir adjudicateur » ;

8° Au premier alinéa du 2 du d du II, les mots : « De services ou de travaux consistant en des prestations qui » sont remplacés par les mots : « consistant en des prestations de services ou de travaux qui » et les mots : « la personne publique » sont remplacés par les mots : « le pouvoir adjudicateur » ;

9° Au deuxième alinéa du 2 du d du II, avant les mots : « ne doit pas » sont insérés les mots : « de travaux et de services » ;

10° Au e du II, les mots : « De travaux, de fournitures et de services » sont supprimés ;

11° Au f du II, les mots : « De marchés de travaux, de fournitures et de services qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons » sont remplacés par

les mots : « d'accords-cadres et de marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des motifs » et le mot : « nécessités » est remplacé par le mot : « raisons » ;

12° Au g du II, les mots : « de fournitures ou de services » sont supprimés ;

13° Le h du II est remplacé par les dispositions suivantes :

« h) D'accords-cadres et de marchés ayant pour objet une étude, une opération ou un programme conduit dans le cadre d'une coopération internationale, lorsque ont été définis les engagements de chaque Etat. » ;

14° Le IV est supprimé.

Article 4

L'article 3 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 3. - Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er peuvent donner lieu à un marché global ou à un marché alloti. Le pouvoir adjudicateur choisit librement entre ces deux modalités en fonction notamment des avantages économiques, techniques ou financiers qu'elles procurent. »

Article 5

L'article 4 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au I, les mots : « la personne responsable du marché peut demander, afin d'apprécier la capacité des candidats à exécuter le marché au vu des exigences particulières que celui-ci requiert, des renseignements complémentaires concernant leur habilitation préalable en application de l'article 7 du décret du 17 juillet 1998 susvisé, la composition de leur actionnariat » sont remplacés par les mots : « le pouvoir adjudicateur peut demander, afin d'apprécier la capacité des candidats à exécuter les prestations de l'accord-cadre ou du marché au vu des exigences particulières que celui-ci requiert, notamment s'agissant des critères de sécurité des approvisionnements, des renseignements complémentaires concernant la composition de leur actionnariat », et il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Le pouvoir adjudicateur peut exiger des niveaux minimaux de capacités auxquels les candidats ou soumissionnaires doivent satisfaire. Dans cette hypothèse, ces niveaux minimaux sont indiqués dans l'avis de publicité. » ;

2° Le II est remplacé par les dispositions suivantes :

« II. — Lorsqu'il estime que le nombre de candidats ayant répondu aux mesures de publicité n'offre pas une concurrence effective, le pouvoir adjudicateur peut ajouter un ou plusieurs opérateurs économiques à la liste des candidats admis à négocier. Ces candidats devront, au plus tard lors de la remise de leur offre initiale, fournir les renseignements exigés à l'appui des candidatures conformément aux dispositions du I du présent article. »

Article 6

A l'article 5, les mots : « La composition des groupements peut être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres sous réserve que tous les membres du groupement aient été autorisés à présenter une offre ou à y participer » sont remplacés par les mots : « La composition des groupements peut être modifiée entre la remise des candidatures et la remise de la première offre sous réserve que le groupement nouvellement constitué respecte les exigences indiquées par le pouvoir adjudicateur en application du I de l'article 4 ».

Article 7

L'article 6 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au début de l'article, il est inséré un I ainsi rédigé :

« I. — Pour les marchés qui relèvent du présent décret, les spécifications techniques peuvent être formulées selon des référentiels techniques propres au pouvoir adjudicateur ou établis par des organismes internationaux. Elles peuvent également être formulées et éventuellement combinées avec les catégories définies par le code des marchés publics. » ;

2° Au premier alinéa, qui devient le II, les mots : « La personne responsable du marché » sont remplacés par les mots : « Le pouvoir adjudicateur » ;

3° Il est ajouté un III ainsi rédigé :

« III. — Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde sur le seul critère prix ou sur une pluralité de critères non discriminatoires liés à l'objet du marché. Parmi ces critères peuvent figurer notamment ceux relatifs à la sécurité des approvisionnements. Le pouvoir adjudicateur peut librement décider de hiérarchiser ou pondérer ces critères. »

Article 8

L'article 7 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au premier alinéa, les mots : « la personne responsable du marché » sont remplacés par les mots : « le pouvoir adjudicateur » ;

2° Le septième alinéa est supprimé.

Article 9

L'article 8 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au début de l'article, il est inséré un « I » ;

2° Au premier alinéa du I, après les mots : « qui ont pour objet », est ajouté le mot : « , soit » ; les mots : « ou des prestations pouvant présenter des aléas techniques importants, et les marchés de conception » sont remplacés par les mots : « , soit des prestations mettant en œuvre des technologies innovantes, évolutives ou pouvant présenter des aléas techniques importants, notamment les marchés de conception » et les mots : « qui mettent en œuvre des technologies évolutives dans le domaine de l'information, des communications ou des composants électroniques » sont supprimés ;

3° Au troisième alinéa du I, les mots : « la personne responsable du marché » sont remplacés par les mots : « le pouvoir adjudicateur » ;

4° Le quatrième alinéa du I est remplacé par les dispositions suivantes :

« Le pouvoir adjudicateur peut prévoir que l'exécution de chaque phase soit subordonnée à une décision notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. » ;

5° Il est ajouté un II ainsi rédigé :

« II. — Les accords-cadres qui présentent des aléas importants ou qui mettent en œuvre des technologies évolutives ou innovantes et qui sont passés sans mise en concurrence peuvent ne comporter qu'un montant plafond, les éléments de formation des prix du titulaire, les délais fixés et un cahier des clauses techniques particulières relatif au produit constituant l'objectif. Chaque marché a pour objet une étape de réalisation des objectifs fixés dans l'accord-cadre. Les clauses techniques, prix et délais spécifiques de chaque marché sont négociés sur la base des engagements pris dans l'accord-cadre et d'une offre spécifique d'étape du titulaire. La durée de l'accord-cadre est liée à la durée de l'opération. Les prix des marchés fondés sur ces accords-cadres sont forfaitaires. »

Article 10

L'article 9 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 9. - Outre les cas prévus par l'article 19 du code des marchés publics, les marchés négociés sans mise en concurrence en vertu du II de l'article 2 peuvent être conclus à prix provisoires :

« 1° Lorsque les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire a prévu de sous-traiter ne sont pas connus au moment de la négociation du prix de ce marché ; dans ce cas, seuls ces éléments font l'objet de prix provisoires ;

« 2° Lorsque les prestations prévues font appel principalement à des technologies innovantes et évolutives ne permettant pas de déterminer préalablement un prix définitif ; en pareil cas, le marché fixe un prix provisoire plafond et une méthode d'établissement du prix définitif. »

Article 11

A l'article 10, les mots : « La personne responsable du marché » sont remplacés par les mots : « Le pouvoir adjudicateur ».

Article 12

L'article 11 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Le premier alinéa est supprimé ;

2° Avant le deuxième alinéa, est inséré un I ;

3° Au I, les mots : « Les marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder 5 ans » sont remplacés par les mots : « Les accords-cadres et marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder 7 ans » ;

4° Il est ajouté un II ainsi rédigé :

« II. — Les accords-cadres et marchés dont la durée d'exécution est supérieure à cinq ans peuvent prévoir une clause relative aux conditions dans lesquelles il peut être procédé par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale du pouvoir adjudicateur, à la modification de certains aspects du marché ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant au titre de l'article 15. »

Article 13

L'article 12 est abrogé.

Article 14

L'article 13 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Au II, les mots : « la personne responsable du marché » sont remplacés par les mots : « le pouvoir adjudicateur » ;

2° Il est ajouté un III ainsi rédigé :

« III. — Pour les marchés ayant pour objet des prestations complexes et pouvant présenter des aléas techniques importants, une part provisionnelle de prestations peut être prévue dans le marché sous réserve que les conditions d'élaboration des prix soient fixées dans l'acte d'engagement. Cette part doit être justifiée et ne peut dépasser 15 % du montant total du marché. »

Article 15

L'article 14 est modifié ainsi qu'il suit :

1° Avant le premier alinéa, il est inséré un I ainsi rédigé :

« I. — Le calcul des avances s'effectue sur la base de la part du titulaire diminuée des seuls montants des sous-traitants à paiement direct. » ;

2° Après le I, il est inséré un II ;

3° Au premier alinéa du II, après les mots : « petite ou moyenne entreprise » sont ajoutés les mots : « au sens de l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ».

Article 16

La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le ministre de la défense et le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 20 mai 2009.

François Fillon

Par le Premier ministre :

Le ministre de la défense,
Hervé Morin

La ministre de l'économie,
de l'industrie et de l'emploi,
Christine Lagarde

Le ministre du budget, des comptes publics
et de la fonction publique,
Eric Woerth