

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES.

DÉCRET N° 2004-16 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.

Du 7 janvier 2004

NOR E C O Z 0 4 0 0 0 2 5 D

Classement dans l'édition méthodique : BOEM 430.1.1.1.

Référence de publication : JO n° 6 du 8 janvier 2007, texte n° 3, p. 37028 ; JO/1/2008.

Le Premier ministre,

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

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

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 ;

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 ;

Vu la directive du Conseil des Communautés européennes 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 ;

Vu l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 modifiée portant organisation générale de la défense ;

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

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

Vu le code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, et notamment son article 4 ;

Le Conseil d'État (section des finances) entendu,

Art. 1er. I. Les marchés publics portant sur les armes, munitions et matériels de guerre sont en principe soumis à l'ensemble des dispositions du code des marchés publics.

II. Toutefois, lorsqu'ils sont passés pour les besoins exclusifs de la défense et mettent en cause les intérêts essentiels de l'État au sens de l'article 296 du traité instituant la Communauté européenne, peuvent être passés et exécutés selon les dispositions des articles 2 à 17 du présent décret les marchés suivants :

1. Les marchés de fournitures et de services qui ont pour objet la conception, l'essai, l'expérimentation, la réalisation, l'acquisition, le maintien en condition opérationnelle, l'utilisation ou la destruction des armes, munitions et matériels de guerre ;

2. Les marchés de fournitures qui ont pour objet la réalisation de démonstrateurs ou de prototypes d'armes, munitions ou matériels de guerre ;
3. Les marchés de fournitures qui ont pour objet les composants, les outillages, les consommables et les moyens d'évaluation et d'essais, spécifiquement conçus pour la fabrication, l'emploi ou le maintien en condition opérationnelle des armes, munitions et matériels de guerre ou concourant à leur efficacité militaire ;
4. Les marchés de services qui ont pour objet soit les études exploratoires et les études technico-opérationnelles relatives aux équipements futurs, les études biologiques, médicales, hydrographiques et océanographiques, soit les études prospectives qui présentent un lien direct avec la stratégie militaire ou l'emploi des armes ;
5. Les marchés de travaux directement liés à la réalisation, l'emploi, le maintien en condition opérationnelle et l'évaluation des armes, munitions et matériels de guerre.

Art. 2. (Modifié : Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 art. 5 (JORF 4 août 2006 en vigueur le 1er septembre 2006).

I. Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er sont passés selon la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence, sous réserve des dispositions suivantes.

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 préinformation et aux publications au Journal officiel de l'Union européenne ne leur sont pas applicables.

Le délai minimal entre l'envoi de l'avis à la publication et l'envoi de l'invitation à présenter une offre est d'au moins quinze jours. 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.

II. Ils peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence dans les cas :

a) De marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels l'urgence n'est pas compatible avec les délais d'un avis d'appel public à la concurrence, notamment ceux que la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant ;

b) De marchés de travaux, de fournitures et de services qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement dans des domaines technologiques dont la diffusion doit être protégée ;

c) De marchés de services dont la nature ne permet pas une fixation préalable du prix ou une définition précise des caractéristiques.

III. Ils peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas :

a) De marchés complémentaires :

1. Exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à un complément de fournitures ou à l'extension d'installations existantes. Le recours à ces marchés n'est possible que lorsque le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives. La durée de chacun des marchés complémentaires ne peut dépasser quatre ans ;

2. De services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute ce service ou cet ouvrage lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique.

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 p.100 du montant du marché initial ;

b) De marchés de travaux, de fournitures et de services qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire. Le marché précédent doit avoir fait l'objet d'une mise en concurrence. Celle-ci doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services, fournitures ou travaux. Ce marché de prestations similaires ne peut être notifié que jusqu'à l'expiration des délais de validité du marché initial ;

c) De marchés de travaux, de fournitures et de services qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits de propriété intellectuelle, à des nécessités techniques, à des investissements préalables importants, à des installations spéciales, à la sécurité des approvisionnements, à un savoir-faire particulier ou à la nécessité de développer une technologie innovante à l'origine de laquelle se trouve ce prestataire ;

d) De marchés de fournitures ou de services attribués à l'auteur de la solution retenue à la suite de plusieurs marchés de définition tels que définis aux deux premiers alinéas de l'article 73 du code des marchés publics, ayant le même objet, conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément ;

e) De marchés de travaux, de fournitures et de services passés dans le cadre d'un programme mené en coopération internationale, lorsque ont été définies les prestations à réaliser par chaque État.

IV. Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er qui exigent 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'État requiert l'absence de publicité sont passés selon la procédure négociée sans publicité. Ils sont passés sans mise en concurrence lorsqu'ils relèvent de l'un des cas prévus au III de l'article 2 du présent décret.

Art. 3. (Modifié : Décret n° 2005-436 du 9 mai 2005 art. 19 (JORF 10 mai 2005).

En cas d'urgence incompatible avec la préparation des documents constitutifs d'un marché, il peut être procédé à un échange de lettres. Celui-ci doit au minimum énoncer la nature des prestations, ainsi que la limite des engagements de l'État, en montant et en durée. Il fixe, si possible, un prix définitif ou, à défaut, un prix provisoire.

Lorsque le prix est définitif, l'échange de lettres peut prévoir une avance dont le montant maximal ne peut excéder 30 p.100 du montant du marché. Il ne peut être prévu d'avance lorsque le prix est provisoire.

Lorsque l'échange de lettres a prévu un acompte, le montant de l'acompte ne peut en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

L'échange de lettres doit être régularisé sous la forme d'un marché à prix provisoire ou définitif dans les trois mois qui suivent. Dans le cas où ce délai serait dépassé, le membre du corps du contrôle général économique et financier intéressé doit en être informé par écrit.

L'échange de lettres doit être passé selon la procédure de marché négocié sans publicité préalable mais avec mise en concurrence. Sur justifications précises dans le rapport de présentation, il peut être passé selon la procédure de marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence.

Art. 4. I. À l'appui des candidatures et au-delà des renseignements qui peuvent être exigés en vertu de l'article 45 du code des marchés publics, 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, la valeur ajoutée créée sur le territoire national, l'implantation de leur patrimoine technologique, leurs capacités industrielles sur le site de réalisation de la prestation ou les compétences des personnes devant intervenir pour la réalisation du marché. Ces exigences devront être indiquées dès le début de la procédure et, le cas échéant, dans l'avis d'appel public à la concurrence.

II. Lorsqu'elle estime que le nombre de candidats ayant répondu aux mesures de publicité n'offre pas une concurrence suffisante, la personne responsable du marché peut proposer à une ou plusieurs entreprises de faire acte de candidature.

Art. 5. Les candidats peuvent se présenter en groupement soit au moment de la remise des candidatures, soit au moment de la remise des offres. 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.

Art. 6. La personne responsable du marché peut prévoir, dans le cahier des charges, parmi les conditions d'exécution du marché, des stipulations relatives à la nature des technologies mises en oeuvre, au lieu d'exécution des travaux, aux moyens industriels utilisés ainsi qu'aux conditions matérielles retenues pour assurer la protection et la pérennité des moyens techniques utilisés par l'entreprise.

Art. 7. Dans les conditions fixées par arrêté du ministre de la défense, en cas de mise en concurrence, la personne responsable du marché peut ne mettre en concurrence que les fournisseurs et les prestataires de services préalablement qualifiés soit par son propre système de qualification, soit en acceptant celui d'organismes ou d'entités tiers.

Le système de qualification des fournisseurs ou prestataires de services repose sur des critères objectifs définis par référence aux normes homologuées lorsqu'elles sont appropriées.

Ces critères sont portés à la connaissance des fournisseurs ou prestataires de services intéressés, à leur demande. Leur mise à jour leur est communiquée.

Un réexamen de la qualification des fournisseurs ou prestataires doit être effectué tous les trois ans.

Lorsqu'il est recouru à un système de qualification établi par un organisme ou une entité tiers, le nom de celui-ci est communiqué aux fournisseurs ou prestataires de services intéressés.

Les services font paraître au Bulletin officiel des annonces des marchés publics un avis sur l'existence du système de qualification. Cette publication est renouvelée au moins tous les trois ans.

Les services peuvent également publier au même bulletin un avis d'appel public à candidatures pour obtenir la qualification pour des catégories de produits ou de prestations de services déterminées.

À l'occasion d'une décision relative à la qualification d'un fournisseur ou d'un prestataire de services ou de l'établissement ou de la mise à jour du système de qualification, les services ne peuvent :

1. Ni imposer à certains fournisseurs ou prestataires de services des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été imposées à d'autres ;

2. Ni exiger des essais ou des justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles.

Le fournisseur ou le prestataire de services qui demande à être qualifié est informé de la décision prise à son sujet dans un délai de six mois à compter de la date limite de dépôt des candidatures ou de la date de sa demande, en cas de candidature spontanée. Ce délai peut être prorogé après que le candidat en a été informé. Les motifs de cette prorogation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise sont indiqués au demandeur.

La décision de rejet d'une demande de qualification ou l'intention de retrait d'une qualification est motivée par écrit. Elle est fondée sur les critères de qualification mentionnés aux alinéas 2 et 3 du présent article.

Art. 8. Les marchés de fournitures et de services qui ont pour objet des études exploratoires complexes ou des prestations pouvant présenter des aléas techniques importants, et les marchés de conception et de réalisation de systèmes d'information et de communication qui mettent en oeuvre des technologies évolutives dans le domaine de l'information, des communications ou des composants électroniques, peuvent comporter plusieurs phases. Le montant global de ce type de marché est fixé préalablement à sa notification sans que les périmètres de toutes les phases ne soient complètement définis.

Ils sont passés pour une durée de 5 ans au plus, sauf cas exceptionnels dûment justifiés notamment par l'objet du marché.

À l'issue de chaque phase, la personne responsable du marché peut, sur la base des résultats obtenus, définir dans le marché, après accord du titulaire, les nouveaux moyens à mettre en oeuvre ou les objectifs à obtenir pour la phase suivante en vue de réaliser l'opération.

Lorsque l'intérêt de la poursuite du marché est de nature à être remis en cause au cours de son exécution, ce dernier doit prévoir la faculté pour la personne publique d'arrêter son exécution au terme d'une ou plusieurs de ces phases.

Art. 9. (Modifié : Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 art. 5)

(JORF 4 août 2006 en vigueur le 1er septembre 2006).

Outre les cas prévus par l'article 19 du code des marchés publics, les marchés négociés sans mise en concurrence peuvent être conclus à prix provisoires lorsque les résultats de la mise en concurrence de certains éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter ne sont pas connus au moment de la négociation du prix du marché. Dans ce cas, seuls font l'objet de prix provisoires les éléments du marché que le titulaire envisage de sous-traiter et pour lesquels le résultat de la mise en concurrence n'est pas encore connu.

Art. 10. La personne responsable du marché peut introduire dans le cahier des charges du marché des exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants et vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci sont choisis par le titulaire du marché.

Art. 11. Les marchés à bons de commande entrant dans le champ d'application du présent décret peuvent être passés sans minimum en valeur ou en quantité.

Les marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder 5 ans sauf pour les marchés concernant le maintien en condition opérationnelle ou, dans des cas exceptionnels, sur justifications précises.

Art. 12. Pour les marchés de fournitures et de services 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 p.100 du montant total du marché.

Art. 13. I. Pour les marchés ayant pour objet l'acquisition des fournitures prévues au 3 du II de l'article 1^{er} du présent décret, il peut être prévu d'ajouter des articles de remplacement ou devenus nécessaires et non prévus au marché initial sous réserve que les conditions de fixation du prix de ces articles soient fixées dans le marché. Cette part ne peut dépasser 15 p.100 du montant total du marché.

II. Pour les marchés de maintien en condition opérationnelle et pour les marchés ayant pour objet le réassort de fournitures, lorsque la sécurité d'emploi d'un matériel exige le recours à des composants ou des sous-systèmes de même origine que ceux qui ont été retenus lors de la qualification initiale d'un matériel, la personne responsable du marché peut exiger un recours exclusif à ces composants et sous-systèmes à condition de l'avoir mentionné dans le dossier de consultation et justifié précisément dans le rapport de présentation de ce marché.

Art. 14. La périodicité du versement des acomptes est fixée en tenant compte des caractéristiques et de la durée du marché. Elle est fixée au maximum à six mois. Ce maximum peut être dépassé dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Il est ramené à un mois, sur demande, lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise.

Le sous-traitant à paiement direct peut bénéficier de la même réduction lorsqu'il est lui-même une petite ou moyenne entreprise.

Art. 15. Pour tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service, une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché entrant dans les prévisions du II de l'article 1^{er} d'une clause prévoyant un paiement différé.

Art. 16. La possibilité pour le candidat de recourir à un ou des services de l'État pour réaliser une partie des prestations nécessaires à l'exécution d'un marché doit être prévue dans le règlement de consultation.

Art. 17. Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les marchés et autres contrats.

Art. 18. La ministre de la défense, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire 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 7 janvier 2004.

Par le Premier ministre :

Jean-Pierre RAFFARIN.

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

Francis MER.

La ministre de la défense,

Michèle ALLIOT-MARIE.

_____ Bulletin officiel des armées _____

Le ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire,

Alain LAMBERT.