

Le marché de prestations similaires, outil méconnu du Code

Au titre des procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence, figure le marché de prestations similaires. A la lecture des dispositions du code des marchés publics, on serait tenté de croire que la mise en œuvre de cette procédure est un jeu d'enfant. Mais la réalité est tout autre, avec des conditions strictes à respecter et une définition relativement floue de la notion.

Le marché de prestations similaires, vous connaissez ? Décrite à l'article 35 II 6° du code des marchés publics, cette procédure négociée permet au pouvoir adjudicateur de passer sans publicité ni mise en concurrence des marchés lorsqu'ils portent sur la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire du marché initial. Les conditions de recours sont assez strictement encadrées par les textes. Seuls les marchés de travaux et de services peuvent faire l'objet de prestations similaires. Les fournitures sont exclues. *« Pourquoi exclure ces prestations ?*

Objectivement, je ne vois pas bien ce qui motive une telle exclusion », relève maître Etienne Colson, avocat au barreau de Lille. Seconde condition, le marché initial doit avoir été passé après mise en concurrence. Sur ce point, le CMP 2006 n'exige aucune forme particulière contrairement aux CMP 2001 et 2004 qui exigeaient, quant à eux, que la consultation initiale fût un appel d'offres.

« Le pouvoir adjudicateur doit indiquer dès la mise en concurrence du marché initial s'il envisage de conclure un marché similaire. Les documents du marché doivent donc informer les candidats de la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires », prévient Cyril Coupé, avocat associé au cabinet Goutal, Alibert & associés. Si une publication au JOUE est nécessaire, le pouvoir adjudicateur devra utiliser la rubrique relative aux options. *« De plus, il ne faut pas se contenter du montant du marché initial. Pour apprécier les seuils, l'acheteur doit prendre également en considération le montant des prestations similaires envisagées »,* met en garde l'avocat. Dans une nouvelle fiche consacrée aux marchés négociés de l'article 35 du CMP, la direction des affaires juridiques de Bercy conseille aux pouvoirs adjudicateurs, *« pour une meilleure information des candidats »* de décomposer dans l'avis de marché, le montant global des travaux *« indiquant la part relative au marché initial et celle relative aux marchés similaires »*. *« La mention d'une telle information, ajoute la DAJ, est toutefois facultative, et son absence ne rend pas irrégulière le recours à la procédure »*. Autre condition à respecter : la durée totale, c'est à dire celle du marché initial et celle du marché de prestations similaires, doit être indiquée dans le marché initial. *« De plus, le ou les marchés similaires ne peut/peuvent être commandé(s) que dans les trois ans qui suivent la notification du marché initial. Ce qui limite la possibilité d'enchaîner les marchés successifs de prestations similaires »,* note Etienne Colson. Cela signifie que le marché de prestations similaires peut avoir une durée différente de celle du marché initial, tant que cela est prévu dans les documents du marché. A noter, l'exécution des prestations similaires peut débiter alors même que le marché initial est toujours en cours. Enfin, la passation d'un marché similaire implique la conclusion d'un nouvel acte d'engagement. *« Il constitue un nouveau contrat juridiquement distinct du marché initial, même s'il en est le prolongement »*



Le pouvoir adjudicateur doit indiquer dès la mise en concurrence du marché initial s'il envisage de conclure un marché similaire

Une prestation similaire, kesako ?

Une fois les conditions posées, vient la question délicate : qu'est-ce qu'une prestation similaire ? *« A ce jour, à ma connaissance, la jurisprudence n'a pas fourni de définition à ce terme »,* observe maître Colson. Seule la DAJ, à travers le Guide des bonnes pratiques et la fiche technique, propose la définition suivante : *« Les prestations similaires doivent être entendues comme réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial »*. Cette position doctrinale intrigue quelque peu l'avocat lillois. *« La définition n'apporte rien et complexifie les choses. En effet, Bercy reprend le terme « identique » pour définir l'adjectif « similaire », pourtant différent. Il y a, à mon sens, une différence de degré entre ces deux adjectifs, « similaire » autorisant, semble-t-il, quelques légères différences entre deux prestations; tandis que des prestations identiques sont en tous points semblables,* argumente-t-il. Certes, la DAJ ne dit pas expressément qu'il y a stricte identité entre les deux termes mais comment comprendre autrement son expression ? Car, réaliser des prestations à l'identique de précédentes prestations, cela n'autorise aucune liberté, aucune nuance, même légère, entre les prestations, estime Etienne Colson. Et ce, d'autant que Bercy *« enfonce le clou »* en achevant sa phrase par *« en application des seules spécifications techniques du marché initial »,* ce qui, si les mots ont un sens, veut dire que l'opérateur économique n'a qu'un seul droit : le copier-coller... »

« Le nouveau marché ne devrait donc pas nécessiter de travail de définition des travaux ou services attendus. Il s'agit de reproduire à l'identique ce qui est prévu dans le marché initial, considère maître Laure Thierry, avocat au cabinet Vedesi. Les situations sont rares où l'on peut répondre à l'identique à des travaux prévus par le contrat initial. Selon moi, faire des marchés de prestations similaires en travaux, c'est un peu la recherche du « graal », cela me paraît difficile », estime l'avocat. Et maître Colson de poursuivre : *« on est plus perplexe encore à la lecture de la fiche technique précitée, puisque cette dernière ajoute « si les modifications apportées au cahier des charges sont substantielles et entraînent une modification des conditions initiales de mise en concurrence, la réalisation des prestations devrait alors être confiée à un prestataire à l'issue d'une mise en concurrence »*. Ce qui, cette fois, laisse entendre implicitement que dans l'hypothèse où les prestations nouvelles diffèrent légèrement des prestations initiales, un marché similaire pourrait être conclu. En l'état, force est donc de constater que l'analyse de Bercy n'est pas d'une grande aide pour éclairer ceux qui, nombreux, s'interrogent sur la notion de prestations similaires », regrette l'avocat lillois.

Il s'agit de reproduire à l'identique ce qui est prévu dans le marché initial

Des exemples ?

Les exemples concrets ne sont pas légion. Dans sa fiche technique, la DAJ donne, s'agissant des marchés de travaux, un exemple qui n'apporte pas grand-chose : le marché de prestations similaires ne peut pas se rapporter à une opération de travaux différente, non prévue par le marché initial. Dans une autre fiche, sur les prestations juridiques, Bercy reconnaît que « *cette possibilité (les marchés de prestations similaires) paraît tout particulièrement adaptée aux marchés de prestations juridiques* ». En effet, « *un pouvoir adjudicateur qui a conclu un marché qui a conclu un marché de conseils et assistance juridique pour une durée de 2 ans, pourra éventuellement passer un marché de prestations similaires, par exemple s'il a été particulièrement satisfait des prestations fournies* », précise la DAJ.

Mais, dans ce cas faut-il alors que les affaires traitées relèvent du même domaine du droit, par exemple les marchés publics, ou est-il possible que la prestation similaire porte sur une autre matière, telle que l'urbanisme ? Autre hypothèse, un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage juridique pour une opération spécifique. Selon MeThierry, il ne sera pas possible de passer, dans ce cas, un marché de prestation similaire si celui-ci porte sur une opération distincte. « *En matière de travaux, le marché de prestation similaire peut être envisagé pour des travaux ne s'insérant pas d'une opération de construction ou de réhabilitation type loi MOP, mais par exemple, pour un marché d'entretien et réparation de plomberie, d'électricité...* », relève-t-elle. Une ville de l'Est de la France prévoit systématiquement dans tous ses cahiers des charges la possibilité de recourir aux marchés de prestations similaires. « *Ce dispositif est peu utilisé, constate la responsable achat. C'est dommage car c'est une réelle souplesse offerte aux pouvoirs adjudicateurs. Nous avons fait le choix de systématiser cette possibilité quel que soit le type de prestations. Pour le moment nous ne l'avons encore jamais mis en œuvre. Mais, prochainement nous allons lancer un MAPA, où nous sommes quasi certains de déclencher cette procédure négociée* », avoue-t-elle.

Ce dispositif est peu utilisé. C'est dommage car c'est une réelle souplesse offerte aux pouvoirs adjudicateurs

Les pièges à éviter

Selon Etienne Colson, il serait dangereux de considérer que la négociation permet de modifier sensiblement le marché initial. « *La négociation, c'est à la marge, sinon on ne parle plus de similarité. La négociation ne doit pas être l'occasion de renverser la vapeur, alerte l'avocat. Dans le cas d'un MAPA initial, il faut vérifier que la passation du ou des marchés similaires n'induit pas un dépassement d'un des seuils nécessitant la passation d'un marché selon une procédure formalisée, conseille-t-il. Enfin, il ne faut pas prévoir dans le marché initial que des modifications pourront être apportées dans les quantités à fournir ou dans la nature des travaux en cas d'évolution des besoins de l'acheteur ou d'évolution des techniques* ». Au final, l'avocat lillois s'interroge sur l'utilité de cet article. « *On ne sait pas où on va. C'est un curieux article à manier avec précautions car il peut être source de risques juridiques. J'y vois, pour ma part, plus d'inconvénients et d'ambiguïtés que de clarté* », conclut-il.