

**Les zones surlignées en jaune signalent aux lecteurs les modifications substantielles
apportées au *Guide de bonnes pratiques* actuellement en vigueur**

**Circulaire du XXX
relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics**

Le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et la ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement, à Monsieur le ministre d'Etat, à Mesdames et Messieurs les ministres et à Mesdames et Messieurs les secrétaires d'Etat (Copie à Mesdames et Messieurs les préfets, Mesdames et Messieurs les administrateurs généraux-des finances publics.)

Les modifications récentes du droit de la commande publique¹, ainsi que les précisions apportées par la jurisprudence, rendent nécessaire une refonte de la circulaire du 29 décembre 2009.

Ce guide n'a aucune portée réglementaire. Il constitue seulement, comme son nom l'indique, un guide de bonnes pratiques à l'usage des acheteurs publics, pour l'exercice de leurs nouvelles libertés.

La circulaire NOR : ECEM0928770C relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics est abrogée.

Avertissement

1. Dispositions applicables aux marchés passés dans le domaine de la défense

Les marchés publics et accords cadres passés dans le domaine de la défense sont, en principe, soumis aux dispositions du code des marchés publics et entrent donc dans le champ de la présente circulaire.

En revanche, n'entrent pas dans le champ d'application de la présente circulaire :

1. les marchés publics et accords-cadres passés dans le domaine de la défense, lorsque les dispositions des articles L. 1111-1, L. 1111-2 (menaces et risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation), L. 2141-1, L. 2141-2 et L. 2141-3 (mobilisation générale) du code de la défense s'appliquent.
2. les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité définis à l'article 179 du code des marchés publics, lesquels sont soumis aux dispositions particulières prévues par la 3^{ème} partie du code des marchés publics².

2. Montant des seuils de procédure

¹ Notamment le décret n° 2011-XXX du XXX modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique (JO du XXX)

² Depuis le décret n° ZZZ du ZZZ relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité qui transpose la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Tous les deux ans, les seuils des directives européennes sur les marchés publics sont révisés par la Commission européenne, de manière à respecter les engagements internationaux de l'Union pris en vertu de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce.

Cet accord prévoit des seuils exprimés en droits de tirage spéciaux (DTS). Le DTS est un panier de monnaies (euro, dollar américain, yen). Les seuils des directives exprimés en euros doivent donc être révisés régulièrement pour tenir compte de la variation du cours des monnaies.

Depuis le 1^{er} janvier 2010, ces seuils sont les suivants :

- pour les marchés de fournitures ou services : 125 000 euros HT pour l'Etat, 193 000 euros HT pour les collectivités territoriales et 387 000 euros HT pour les entités adjudicatrices ;
- pour les marchés de travaux : 4 845 000 euros HT.

Ces seuils résultent du décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 modifiant les seuils applicables aux marchés passés en application du code des marchés publics et 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 et aux contrats de partenariat et seront révisés le 1^{er} janvier 2012.

Il est rappelé qu'en application des dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatives au contrôle de légalité (art. L. 2131-2, L. 3131-2, L. 4141-2), le montant à partir duquel les marchés publics et accords-cadres sont soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat est à 193 000 €HT par l'article D. 2131-5-1 du CGCCT.

3. Pour aller plus loin

La Direction des affaires juridique du ministère chargé de l'économie tient à jour sur son site internet³ des documents élaborés dans le cadre de l'Observatoire économique de l'achat public, dont elle assure le fonctionnement avec des professionnels. Parmi ces documents, pourront être utilement consultés les guides de bonnes pratiques élaborés dans le cadre des « Ateliers » de l'Observatoire économique de l'achat public ou les guides et recommandations des Groupes d'études des marchés (GEM). Ces derniers, en particulier, sont élaborés dans le cadre du partenariat qui lie la Direction avec le Service des Achats de l'Etat, dont elle assure le soutien juridique.

³ <http://www.economie.gouv.fr/daj>

PREMIÈRE PARTIE
Le champ d'application
LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC
SOU MIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

L'acheteur saura s'il doit appliquer le code des marchés publics, lorsqu'il aura répondu aux trois questions suivantes :

- Est-il une personne soumise au code des marchés publics ?
- Le contrat qu'il envisage est-il un marché public ?
- Ce marché public entre-t-il dans le champ des exceptions prévues par le code ?

1. *Qui doit appliquer le code des marchés publics ?*⁴

1.1. Les personnes publiques soumises au code des marchés publics

Le code des marchés publics s'applique à l'Etat et à ses établissements publics administratifs⁵, mais pas à ses établissements publics à caractère industriel et commercial qui sont soumis, pour la plupart d'entre eux, à l'ordonnance du 6 juin 2005⁶. Il s'applique également aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux, qu'ils soient de nature administrative ou industrielle et commerciale, à l'exception des offices publics de l'habitat qui en vertu de l'article L. 421-26 du code de la construction et de l'habitation sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Lorsque ces personnes constituent des pouvoirs adjudicateurs, leurs achats sont régis par la première partie du code. Lorsqu'elles interviennent en tant qu'opérateur de réseaux, elles constituent des entités adjudicatrices. Leurs achats sont alors soumis à des règles spécifiques fixées dans la seconde partie du code. Le régime qui leur est applicable est commenté en cinquième partie du présent guide.

Les établissements publics de santé qui, depuis la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, sont des établissements publics de l'Etat, et les établissements du service de santé des armées sont soumis à quelques dispositions spécifiques (seuil de procédure formalisée applicables aux collectivités territoriales, délais de paiement particuliers). Les syndicats inter-hospitaliers sont soumis au même régime que les établissements de santé en vertu du code de la santé publique.

⁴ Voir la fiche « Les marchés publics » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

⁵ Certains établissements publics à caractère administratif de l'Etat sont soumis à un double régime, voir 1.3.

⁶ 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, JO n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014,

1.1.1. Certaines personnes privées.

Les personnes privées ne relèvent pas, en principe, du champ d'application du code des marchés publics.

Il en va autrement dans les cas suivants :

a) lorsqu'une personne privée agit, en application de l'article 1984 du code civil, comme mandataire d'une personne publique soumise au code des marchés publics, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code des marchés publics.

b) les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes doivent, pour leurs achats effectués dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par le code.

c) les organismes de sécurité sociale appliquent les dispositions du code des marchés publics, en vertu de l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale et de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale.

On prendra garde qu'une association, personne morale de droit privé, lorsqu'elle ne constitue qu'un « faux-nez » d'une personne publique et doit être, par suite, considérée comme une association transparente, doit appliquer les règles applicables à cette personne publique.

1.1.2. Les autres personnes publiques ou privées

- Certaines personnes publiques ou privées, bien que non assujetties au code des marchés publics, sont soumises à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire, dès lors qu'elles peuvent être qualifiées de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. Ces organismes relèvent du régime 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 et de ses décrets d'application⁷.
- Ont un double régime les marchés passés par les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique. Les achats relèvent de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005⁸ (cf. art. 30 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche). Cependant, comme le permet l'article 3.II de cette ordonnance, ces dispositions ne font pas obstacle à la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, d'appliquer volontairement, pour un marché particulier, les règles prévues par le code des marchés publics. Ce choix peut se manifester par la référence explicite aux articles du code dans les documents de la consultation et les pièces contractuelles du marché. En revanche, les achats autres que ceux destinés à la conduite de leurs activités de recherche sont soumis au code des marchés publics.

⁷ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005 ; décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux pouvoirs adjudicateurs et décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux entités adjudicatrices.

⁸ Ces établissements publics sont soumis au régime du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 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 et au décret n° 2007-590 du 25 avril 2007 fixant les règles applicables aux marchés passés par les établissements publics mentionnés au 5° du I de l'article 3 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, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.

2. Le contrat envisagé est-il un marché public ?

La définition des marchés publics figure à l'article 1^{er} du code. Les marchés publics ne doivent pas être confondus avec d'autres contrats relevant de régimes juridiques différents (concessions de travaux, délégations de service public, contrats de vente en l'état futur d'achèvement, baux emphytéotiques administratifs, autorisations d'occupation temporaire du domaine public...)⁹.

2.1. Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur en matière de fournitures, services et travaux

L'objet du marché est un élément fondamental qui doit être défini avec précision, en vue de répondre à un besoin de la personne publique.

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique. Une décision unilatérale ne peut être un marché, pour autant qu'elle ne dissimule pas un contrat. Aux termes de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier, tous les contrats soumis au code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux

Les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix versé par la personne publique. Lorsque la personne publique confie la gestion d'un service public et que la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, le contrat est une délégation de service public. Il est alors soumis au régime prévu par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*.

Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent. Dès lors que l'administration bénéficie de prestations et que le versement effectué peut être regardé comme leur contrepartie, il constitue un prix, quelle que soit la qualification donnée par les parties : une subvention peut ainsi être requalifiée en prix et le contrat en marché¹⁰. Le prix n'est pas nécessairement payé par l'acheteur. Le caractère onéreux peut, en effet, résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une recette née à l'occasion de l'exécution du marché. Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter du mobilier urbain sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires qui en sont issues¹¹, ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau, dont il a effectué le curage¹².

Les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent constituer des marchés publics puisqu'il n'y a pas paiement d'un prix.

⁹ Pour davantage de précisions sur ce point, voir la fiche technique « Marchés publics et autres contrats publics » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

¹⁰ CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, n° 284412. CE 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520.

¹¹ CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247-298.

¹² CE, 22 février 1980, *SA des sablières modernes d'Aressy*. n° 11939.

2.3. Un marché public est conclu avec un opérateur économique public ou privé.

Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes, dotées chacune de la personnalité juridique. Une entité publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises, afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique et celui de la liberté de la concurrence. La personne publique, qui soumissionne, devra donc être en mesure de justifier, le cas échéant, que le prix proposé a été déterminé, en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer ce prix, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public¹³.

3. Quelles sont les exclusions du champ d'application du code des marchés publics ?

Certains contrats sont expressément exclus du champ d'application du code des marchés publics. Les exclusions, figurant à l'article 3 du code des marchés publics, sont les suivantes :

3.1. Les contrats de quasi-régie ou de prestations intégrées¹⁴ (art. 3 [1°])¹⁵.

Cette exclusion concerne tous les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus entre deux personnes morales distinctes, mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre. Elle est issue de la jurisprudence communautaire (18 novembre 1999, Aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Aff. C-107/98). Deux caractéristiques qualifient la prestation intégrée.

- le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant doit être analogue à celui qu'elle exerce sur ses services propres, ce qui suppose une influence déterminante sur ses objectifs stratégiques et ses décisions importantes (une simple relation de tutelle ne suffit pas) ;
- le cocontractant doit effectuer l'essentiel de son activité pour la personne publique qui le contrôle ; la part des activités effectuées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

La participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur, exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03). Les sociétés d'économie mixte à capitaux privés doivent, en conséquence, toujours être mises en concurrence avec d'autres prestataires, pour la passation d'un marché public.

En revanche, les sociétés publiques locales instituées par la loi n° du 14 mars 2010 et les sociétés publiques locales d'aménagement sont des sociétés anonymes dont le capital est détenu en totalité par des collectivités territoriales ou leurs groupements. Elles constituent des outils juridiques qui permettent aux

¹³ CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, n° 222208.

¹⁴ Dans la terminologie communautaire, on parle de situation de « in house »

¹⁵ Pour davantage d'informations sur ce point, voir la fiche technique consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

collectivités territoriales et à leurs groupements de contracter directement, sans publicité ni mise en concurrence, sous réserve que ces sociétés soient bien en situation de prestataire « intégré ». Les deux critères jurisprudentiels de la quasi-régie doivent être remplis tout au long de la vie des contrats concernés¹⁶.

La jurisprudence communautaire (CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05) et administrative (CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)*, n° 300481) admettent qu'un contrôle public sur le cocontractant puisse être exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Ceux-ci sont alors considérés comme exerçant collectivement un contrôle comparable à celui exercé sur leurs propres services respectifs. Il n'y a pas lieu, dans ce cas, d'examiner le niveau du contrôle de chacun des pouvoirs adjudicateurs sur l'entité contrôlée. Le contrôle analogue peut donc s'entendre d'un contrôle conjoint. Le cas échéant, ce contrôle peut aussi être exercé par un organe statutaire propre à la collectivité publique, présentant un caractère collégial et statuant, le cas échéant, à la majorité (CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, Aff. C-324/07).

En conséquence de la mise en œuvre du régime de la « quasi-régie », le cocontractant applique l'ensemble des règles du code des marchés publics ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 pour répondre à ses propres besoins. S'il n'y est pas légalement soumis, il doit s'y soumettre volontairement, pour que l'exclusion de « quasi-régie » soit invocable.

3.2. L'octroi d'un droit exclusif (art. 3 [2°]).

On prendra garde que cette exclusion ne concerne que les marchés de services.

Le droit exclusif peut être défini comme le droit pour un cocontractant de se voir confier par un pouvoir adjudicateur directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, une prestation de services. Lorsqu'un droit exclusif est confié à plusieurs opérateurs, on parle alors de droit spécial. Les conditions de validité de ces droits spéciaux sont les mêmes que celles des droits exclusifs.

Ce droit doit résulter d'un texte législatif ou réglementaire antérieur au contrat qui, lorsqu'il attribue ce droit, définit aussi la mission d'intérêt général confiée au cocontractant et précise les obligations qui lui sont imposées. Le contenu, la durée et les limites de la prestation doivent être précisément définis. Ce droit ne peut, en aucun cas, être accordé par le contrat lui-même.

Les conditions de validité d'un droit exclusif sont les suivantes :

Le droit exclusif doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt général confiée au contractant.

Lorsque sont en cause des services d'intérêt économique général (SIEG), c'est-à-dire des « activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public », le droit exclusif est justifié si, en son absence, son bénéficiaire ne serait pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été confiée (ex. : CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, Aff. C-320/91, juge que le droit exclusif octroyé à l'administration des postes belges sur les secteurs rentables de son activité lui permet d'assurer certaines de ses missions de service public non rentables).

¹⁶ Voir la circulaire n° COT/B/11/08052/C relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) du 29 avril 2011.

Dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des **marchandises édictées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)** doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à la double condition que les restrictions à ces règles soient propres à garantir l'objectif qu'elles visent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Conformément à l'article **106 du TFUE**, le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé, pour l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt économique général, justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question (par ex. : CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° 276928).

Le droit exclusif peut créer une position dominante sur le marché de services en cause, au sens de l'article **102 du TFUE** et de l'article L. 420-2 du code de commerce. Dans ce cas, il ne doit pas amener le bénéficiaire à en abuser.

3.3. Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement (art. 3 [6°]).

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services.

Elle ne s'applique qu'à des programmes qui portent sur des projets de recherche et développement, sans prolongement industriel direct. Les simples marchés d'études n'entrent pas dans cette catégorie.

Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement sont exclus du champ d'application du code à deux conditions alternatives :

- si le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme
- ou bien s'il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme.

Seul constitue donc un marché public soumis au code, le contrat dans lequel le pouvoir adjudicateur est amené à acquérir l'intégralité de la propriété des résultats du programme de recherche ou à assurer l'intégralité de son financement.

3.4. Les contrats qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige (art. 3 [7°]).

L'exigence de secret qui justifie cette exclusion concerne uniquement la protection du secret, ainsi que des informations ou des intérêts relatifs à la défense nationale, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat.

Tel est, par exemple, le cas de certaines prestations acquises en vue de prévenir des actions terroristes et plus généralement de fournisseurs qui, du fait de leurs prestations, accèdent à des informations ou domaines sensibles, dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat ou à son potentiel scientifique et économique.

Dans le domaine de la défense nationale et en dehors des cas d'application **de la troisième partie du code**¹⁷, ces contrats peuvent, notamment, concerner :

- les contrats passés pour la préparation et l'exécution des missions des forces armées engagées dans des opérations extérieures et répondant à des besoins déterminants pour la sûreté, l'efficacité des forces ou le respect des engagements internationaux ;
- les contrats passés au profit des forces armées, lorsque celles-ci ont reçu une mission ponctuelle d'intérêt national, pour répondre à des besoins urgents concernant la préparation ou l'exécution de cette mission ;
- les contrats d'acquisition d'images et de services liés aux communications opérationnelles, à l'observation et au renseignement.

Des dispositions particulières sur le secret protégé dans les contrats concernés par cette exclusion figurent dans l'arrêté du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les contrats.

3.5. Les autres exclusions.

Sont également exclues du champ d'application du code des marchés publics :

- Les contrats d'acquisition ou de location de biens immobiliers, notamment de bâtiments existants, ou de droits réels sur ces biens ;
- les contrats portant sur des programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et les marchés concernant les temps de diffusion ;
- les contrats de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, ainsi que les services fournis par les banques centrales ;
- les contrats passés selon une procédure propre à une organisation internationale ;
- les contrats relatifs au stationnement de troupes et passés en application d'un accord international ;
- les contrats passés en application d'une procédure prévue par un accord international, en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage¹⁸ ;
- l'achat d'œuvres ou d'objets d'art ;
- les contrats de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;
- les contrats de travail ;
- les contrats ayant principalement pour objet la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunication électroniques ou la fourniture au public de services de communication électronique.

¹⁷ Voir avertissement liminaire au présent guide.

¹⁸ Cf. par ex. TA Paris, 13 juin 2006, *Société Sotradex*, n° 0313518/6-1.

Il résulte, en outre, de la jurisprudence que sont exclus du champ d'application du code les marchés conclus et exécutés entièrement à l'étranger (CE, 4 juillet 2008, *Société Colas Djibouti*, n° 336028).

DEUXIEME PARTIE

La préparation de la procédure

4. Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ?

4.1. Pourquoi faut-il identifier les besoins ?

Le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder, en amont, à une définition précise des besoins. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché.

Ont été, par exemple, considérés comme des manquements à la définition des besoins : la sous-estimation des quantités du marché (CE 29 juillet 1998 *Commune de Léognan*, n° 190452), le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (CE 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143), la possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis (CE 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, n° 310380).

Une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise de ces besoins dans les documents de la publicité ne sont pas uniquement une exigence juridique. Elles sont, d'abord, une condition impérative, pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions économiques. A titre d'exemple, l'objet du marché ne saurait se réduire à la seule mention : « Prestations informatiques ».

Par besoins du pouvoir adjudicateur, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc..), mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés de transports scolaires).

La définition des besoins doit prendre en compte les exigences du développement durable et, en particulier, les exigences sociales et environnementales. Ces exigences peuvent être appréhendées par référence à des labels ou à leur équivalent.

Pour être efficace, l'expression des besoins impose :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;
- la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
- et enfin, lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement, le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté.

C'est sur la base d'une exacte définition des besoins que l'acheteur définit l'objet du marché.

4.2. Possibilité de demander des prestations supplémentaires éventuelles.

Le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non. Ces prestations doivent être en rapport direct avec l'objet du marché et le cahier des charges doit définir avec précision leurs spécifications techniques.

Lorsque le pouvoir adjudicateur impose ces prestations supplémentaires, elles sont prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres.

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'impose pas aux candidats de fournir ces prestations, il ne peut prendre en compte que l'offre de base dans son évaluation comparative¹⁹. Dans ce cas, il ne peut lever les prestations supplémentaires proposées que si l'offre retenue, à l'issue de cette évaluation comparative, est celle à laquelle ces prestations supplémentaires sont associées.

Le choix de retenir ou non ces prestations supplémentaires éventuelles est effectué avant la signature du marché.

4.3. Que faire lorsque la définition précise des besoins ou des moyens permettant de les satisfaire est impossible ?

La définition des besoins peut être plus ou moins précise, selon la visibilité de l'acheteur. Le code prévoit dans ce cas, la possibilité de recourir à des accords-cadres ou à des marchés à bons de commande, qui permettent de définir les besoins à mesure de leur apparition.

Il peut également arriver qu'un pouvoir adjudicateur se trouve dans l'impossibilité de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins. Dans ce cas, il peut recourir à la procédure de dialogue compétitif. Il n'est alors pas tenu de rédiger de cahier des charges complet, ni définitif. En pratique, l'acheteur pourra rédiger un acte d'engagement, à tout le moins une offre de prix, et les principaux éléments du cahier des clauses administratives particulières. L'essentiel du dialogue portera sur le cahier des clauses techniques particulières. L'article 67 du code dispose que la consultation est alors lancée sur la base du projet ainsi partiellement défini ou du programme fonctionnel. Le programme fonctionnel est intangible. L'article 11 précise, en effet, que « pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives. »

Pour certains marchés et accords-cadres de services, si la prestation à effectuer est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante, pour permettre le recours à l'appel d'offres, le marché peut aussi être passé selon la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, sur la base d'un cahier des charges ou d'un projet partiellement définis.

En revanche, dans les autres procédures formalisées, la rédaction d'un cahier des charges avant le lancement de la procédure de passation constitue une obligation.

En procédure adaptée, la rédaction d'un cahier des charges n'est pas obligatoire, mais les besoins doivent avoir été définis avec suffisamment de précision. Ce qui se traduit, en pratique, par la

¹⁹ CE 15 juin 2007, *Ministre de la défense*, n° 299391.

rédaction d'un descriptif qui, le cas échéant, pourra être succinct. L'acheteur public doit communiquer aux candidats toutes les informations utiles dont il peut disposer.

4.4. Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques

Le pouvoir adjudicateur doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises. Ces spécifications sont des prescriptions techniques, qui décrivent les caractéristiques techniques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service.

Le pouvoir adjudicateur a le choix entre deux possibilités :

- se référer à des normes ou à d'autres documents préétablis approuvés par des organismes reconnus, notamment par des instances professionnelles en concertation avec les autorités publiques nationales ou communautaires. Il s'agit de l'agrément technique européen, d'une spécification technique commune ou d'un référentiel technique. L'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et accords-cadres définit ces termes ;
- exprimer les spécifications techniques, en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Par exemple, pour un marché de vêtements de pompiers, le pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des spécifications techniques, un tissu résistant à un degré très élevé de chaleur ou résistant à une pression d'eau particulière, avec des renforts ou un poids minimal.

Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de combiner les deux catégories de spécifications techniques. Ainsi, pour un même produit, service ou type de travaux, il peut faire référence à des normes pour certaines caractéristiques et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres caractéristiques.

Le pouvoir adjudicateur peut, aussi, déterminer des spécifications techniques, prenant en compte les exigences de protection de l'environnement, notamment en se référant à des écolabels.

Les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité des candidats. C'est pourquoi elles ne peuvent mentionner une marque, un brevet, un type, une origine ou une production déterminés, qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions. L'acheteur public peut, toutefois, y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de donner autrement une description technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « ou équivalent »²⁰.

4.5. L'utilisation des variantes

Les variantes constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation (CE, 5 janvier 2011, Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc, n°343206 et 343214).

Elles permettent aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ou, plus généralement dans le dossier de consultation. Il peut, par exemple, s'agir d'une solution différente de

²⁰ Par ex. : CE 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n° 257545.

celle prévue par le pouvoir adjudicateur, innovante le cas échéant, ou de moyens inconnus du pouvoir adjudicateur et qui sont de nature à constituer une meilleure prestation, éventuellement à un meilleur prix. Elle permet ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation. Elle peut, aussi, consister en un aménagement des conditions financières du marché.

Le pouvoir adjudicateur aura donc tout intérêt, notamment dans les domaines technique ou d'évolution rapide, à utiliser la possibilité des variantes, sans imposer des solutions routinières, favorisant ainsi l'innovation et l'accès de nouvelles entreprises aux marchés publics.

Le régime de la variante est défini à l'article 50 du code des marchés publics. Il n'est pas le même dans les procédures formalisées, régies par le droit communautaire, et dans les procédures adaptées, régies par le droit national, moins restrictif.

Dans les procédures formalisées, les variantes doivent être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur. A défaut d'autorisation mentionnée dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, elles sont interdites.

En revanche, dans les marchés à procédure adaptée, les variantes sont, en principe, autorisées, sauf si le pouvoir adjudicateur les interdit expressément dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation

!

Toute proposition de variante, lorsqu'elle n'est pas autorisée (procédures formalisées) ou lorsqu'elle est expressément interdite (procédures adaptées), doit être rejetée, sans examen. L'offre de base associée pourra, en revanche, être acceptée mais à la condition qu'elle soit complète, individualisée, distincte de la variante et conforme au cahier des charges.

Depuis le décret n° XXX modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics ou privés, les variantes peuvent être déposées sans offre de base si le pouvoir adjudicateur n'a pas mentionné, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, que les variantes devaient nécessairement être accompagnées d'une offre de base. Une offre limitée à la variante ne peut donc pas être rejetée, au seul motif qu'elle ne comporte pas d'offre de base.

Si le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de variantes autorisées, le dépôt d'un nombre supérieur rend toutes les variantes irrégulières et doit conduire à leur rejet, sans qu'il soit procédé à leur examen. Il n'appartient pas, en effet, au pouvoir adjudicateur de se substituer au candidat pour déterminer, parmi toutes les variantes proposées, celles qui devraient être retenues ou écartées, afin de se conformer au nombre maximal des variantes autorisées.

On prendra garde que l'introduction de variantes rend plus complexe l'examen des offres et leur comparaison. Pour cette raison, l'article 50 impose, en procédure formalisée, que les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes devront respecter, ainsi que les modalités de leur présentation. Il s'agit de définir les éléments sur lesquels elles peuvent porter ou bien de préciser les éléments du cahier des charges qu'elles doivent nécessairement respecter. En procédure formalisée, ces mentions ne sont pas obligatoires. Elles sont, cependant, recommandées afin de faciliter la comparaison des offres.

Les offres de base et les variantes sont jugées selon les mêmes critères et selon les mêmes modalités. Ceux-ci doivent être fixés de manière à pouvoir tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes. Les critères définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'appliqueront, en effet, indifféremment à l'offre de base et aux variantes. Afin de pouvoir apprécier les variantes par rapport à ces critères, le règlement de la consultation devra donc

mentionner, non seulement les documents à produire au titre de la solution de base, mais également les pièces nécessaires à l'appréciation de l'intérêt des variantes.

4.6. Qui définit les besoins ?

Le droit communautaire ne se préoccupe pas de l'organisation des pouvoirs adjudicateurs.

Il s'ensuit que les modalités de la désignation des personnes chargées de mettre en œuvre les procédures de marché, les compétences qui leur sont dévolues ou le régime des délégations de pouvoir ou de signature relèvent exclusivement de leurs textes organiques ou statutaires ou sont laissés, en l'absence de tels textes, au libre choix du pouvoir adjudicateur.

Il appartient à chaque pouvoir adjudicateur de choisir dans le cadre de sa politique d'achat, à quel niveau ces différents besoins doivent être appréciés. Cette appréciation doit respecter les objectifs et les règles de mise en concurrence : le libre choix du niveau de détermination des besoins est une souplesse de gestion. Il est distinct du niveau auquel les seuils de déclenchement des procédures sont appréciés. Un ministère, une collectivité territoriale ou un établissement public peuvent décider que leurs besoins seront définis au niveau des directions ou des services, mais le niveau d'appréciation des seuils reste celui de la personne publique.

Est proscrit tout découpage, qui aurait pour effet de diminuer artificiellement le montant des marchés passés en conséquence des besoins définis à des niveaux ne correspondant pas à la réalité du fonctionnement du pouvoir adjudicateur. Un tel découpage soustrait irrégulièrement les marchés aux obligations de mise en concurrence.

Une fois ce travail préliminaire accompli, le pouvoir adjudicateur désigne, le cas échéant, les personnes chargées de mettre en œuvre les procédures de marché. Ces personnes ont un rôle exclusivement administratif et fonctionnel. Elles choisissent la procédure d'achat appropriée, au regard des seuils de passation des marchés et mènent à bien la procédure choisie sous leur responsabilité. Le cas échéant, l'appréciation du niveau des besoins pourra avoir été effectuée préalablement et en dehors d'elles par le pouvoir adjudicateur, en application des règles d'organisation qui lui sont propres.

A titre d'exemple, pour les services déconcentrés de l'Etat, il appartiendra au préfet, qui a compétence pour passer les marchés, de définir le niveau auquel les fournitures, les services et les travaux des services déconcentrés relevant de son autorité devront être pris en compte. Des personnes placées sous l'autorité de l'acheteur public pourront, ensuite, être désignées pour la mise en œuvre des procédures destinées à satisfaire ces besoins.

Pour les services centraux de l'Etat, et réserve faite du ministère de la défense pour lequel le décret du 29 mars 2007²¹ institue un régime particulier, le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement définit le régime des délégations applicables en matière de marchés publics, sans qu'il soit nécessaire de prendre un acte formel.

Pour les collectivités territoriales, il relève de la responsabilité de l'exécutif local de définir le niveau auquel les besoins sont appréciés.

²¹ Décret n° 2007-482 du 29 mars 2007 autorisant la ministre de la défense à déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics et d'accords-cadres.

5. Précisions sur l'évolution du rôle des commissions d'appel d'offres

Pour l'Etat, ses établissements publics et les établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux, l'obligation de constituer des commissions d'appel d'offres a été supprimée par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics. Le code laisse donc une totale liberté aux collectivités publiques concernées, pour mettre en place l'organisation de nature à optimiser l'efficacité de leurs achats.

L'acheteur public peut choisir d'instaurer une instance consultative collégiale. Il est libre de décider de la composition de cette commission, en fonction de ses besoins et des caractéristiques du marché.

Dans le cas des collectivités territoriales, la constitution de commissions d'appel d'offres est toujours obligatoire, lorsqu'est mise en œuvre une procédure formalisée. Elle n'est, en revanche, pas obligatoire en procédure adaptée. La suppression, par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008, du seuil intermédiaire applicable aux marchés publics de travaux dispense, en conséquence, ces collectivités de l'obligation de consulter cette commission lorsque le montant du marché de travaux ne dépasse pas le seuil de procédure formalisée. Néanmoins, compte tenu du rôle particulier joué par cette commission et de l'importance du montant de certains de ces marchés, en particulier au regard des budgets de la plupart des collectivités en cause, il peut être opportun de consulter la commission d'appel d'offres, même en deçà du seuil de procédure formalisée.

En revanche, si la convocation d'une formation collégiale dotée d'un pouvoir d'avis est toujours possible, lorsqu'elle n'est pas exigée par les textes, les règles de compétence, qui sont d'ordre public, interdisent de lui confier des attributions relevant, en vertu des dispositions du code des marchés publics ou d'autres textes, d'autres autorités. Ainsi, une commission d'appel d'offres pourra donner un avis mais ne pourra attribuer un marché lorsqu'il est passé selon une procédure adaptée. Cette compétence appartient au pouvoir adjudicateur ou de son représentant.

Dans les cas des groupements de commande (art. 8 du CMP), la commission d'appel d'offres du groupement n'est constituée que dans le cas où une collectivité territoriale ou un établissement public local fait partie de ce groupement. Lorsque le groupement est majoritairement composé de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux, la commission d'appel d'offres attribue le marché.

Lorsque les collectivités territoriales et établissements publics locaux ne sont pas majoritaires, la commission ne dispose que d'un pouvoir consultatif.

6. Acheter seul ou groupé ?

Les acheteurs publics peuvent faire le choix d'acheter seuls, de se grouper ou encore de recourir à une centrale d'achat.

6.1. La coordination de commandes.

La coordination de commandes, prévue à l'article 7 du code, permet à un pouvoir adjudicateur de coordonner les achats de ses services qui disposent d'un budget propre. Il est possible d'y recourir aussi bien pour la conclusion d'un marché public, que pour la conclusion d'un accord-cadre.

Un service centralisateur peut, par exemple, être désigné pour conclure un accord-cadre ou un marché à bons de commande dans le cadre duquel chaque service pourra conclure son propre marché subséquent ou émettre des bons de commande, dans les termes fixés par le contrat conclu par le service centralisateur. Un ministère peut donc passer un marché ou un accord-cadre au niveau central, pour son compte et celui de différents services de l'Etat. Afin de faciliter la coordination des achats entre une administration centrale et ses services déconcentrés, il est possible de conclure un marché à bons de commande passé au niveau central et exécuté (par émission des bons de commande) au niveau déconcentré.

Les modalités de mise en œuvre de ce mécanisme de coordination sont laissées à la libre appréciation des pouvoirs adjudicateurs.

Comme pour les groupements de commande, il convient de bien anticiper l'évolution des besoins et le périmètre des services concernés, avant le lancement de la procédure de marché. En effet, une fois celle-ci lancée, il est impossible d'intégrer des modifications qui remettraient en cause l'équilibre initial du marché. Il est, en particulier, impossible d'intégrer de nouveaux services dans le périmètre initial d'un marché ou d'un accord-cadre en cours d'exécution.

Les délégations de signature sont faites dans le respect de la réglementation en vigueur.

L'Etat constitue un pouvoir adjudicateur unique. Ses services peuvent donc, sans avoir besoin de recourir au mécanisme des groupements de commandes, coordonner leurs achats entre eux. Toutefois, ils peuvent toujours s'inspirer des mécanismes de groupement, afin d'organiser leur coordination.

6.2. Le groupement de commandes.

Les groupements, dépourvus de personnalité morale, permettent aux acheteurs publics de coordonner et de regrouper leurs achats pour, notamment, réaliser des économies d'échelle. Ils permettent également à plusieurs maîtres d'ouvrage de se regrouper, pour choisir le ou les mêmes prestataires. Ils peuvent concerner tous les types de marchés.

Des groupements de commande peuvent être créés pour répondre à des besoins ponctuels ou de manière permanente. Il revient à la convention constitutive de le préciser.

Les groupements associant des services de l'Etat ou des établissements publics de l'Etat et une ou plusieurs collectivités territoriales ou établissements publics locaux doivent mettre en place une commission d'appel d'offres. Une telle commission constitue, en effet, l'émanation de l'assemblée délibérante et joue, à ce titre, un rôle important en matière de démocratie locale. Toutefois, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux devront être majoritaires, pour emporter l'application des règles fixées par le code des marchés publics aux achats locaux, c'est-à-dire pour que la commission d'appel d'offres du groupement reçoive compétence d'attribuer le marché ou l'accord-cadre. A défaut, la commission ne dispose que d'un pouvoir consultatif.

Lorsque le groupement n'a vocation à passer qu'un soumis à procédure adaptée, la constitution d'une commission d'appel d'offres du groupement n'est pas obligatoire. Toutefois, la convention constitutive peut le prévoir. On prendra garde, cependant, qu'un tel cas de figure suggère que le cadre de l'achat n'est peut-être pas adapté : un groupement est une modalité d'achat, qui présente des avantages, mais qui est lourde à mettre en œuvre et devrait, en conséquence, être réservé aux achats importants.

Afin d'évaluer le montant des besoins d'un groupement constitué entre l'Etat et une ou plusieurs collectivités territoriales, et donc de définir la procédure de passation à mettre en œuvre, il convient de se référer aux seuils les plus contraignants, c'est-à-dire ceux applicables aux marchés de l'Etat.

Le code prévoit plusieurs modalités de participation à un groupement de commandes, applicables tant aux marchés passés selon une procédure formalisée, qu'à ceux passés selon une procédure adaptée.

Outre le cas où chaque membre du groupement signe son marché, le coordonnateur du groupement peut, au terme des opérations de sélection du cocontractant, signer, notifier le marché et l'exécuter, au nom de l'ensemble des membres du groupement.

Mais il peut aussi se contenter de signer et de notifier le marché, et laisser les membres du groupement exécuter le marché, chacun pour ce qui le concerne. Cette modalité est particulièrement adaptée aux groupements comprenant un très grand nombre d'adhérents.

6.3. Le recours à une centrale d'achat.

L'acheteur peut décider de ne pas procéder lui-même aux procédures de passation des marchés, mais de recourir à une centrale d'achat. Le recours direct à une centrale d'achat est autorisé par l'article 9 du code, à la condition que la centrale d'achat respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Celle-ci pourra se voir confier des missions plus ou moins étendues, qui vont de la mise à disposition de fournitures et de services, jusqu'à la passation d'accords-cadres ou de marchés destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

Un pouvoir adjudicateur, tel qu'un établissement public ou une collectivité territoriale, peut décider de se constituer en centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres organismes publics, dès lors qu'il est lui-même soumis pour la totalité de ses achats aux règles du code des marchés publics et à la condition qu'il le précise dans son marché ou dans les termes de l'accord-cadre. Il peut exercer cette faculté, dans la limite de sa compétence et, le cas échéant, dans celle du principe de spécialité.

Lorsqu'une centrale d'achat passe un accord-cadre pour ses adhérents, chacun d'entre eux peut être chargé de son exécution. Cette exécution peut consister, comme dans le cadre d'un groupement de commandes, dans la passation par chacun de ses adhérents des marchés subséquents ayant pour objet de répondre à ses besoins.

7. Quelle forme de marché adopter ?

7.1. Le choix du mode de dévolution du marché.

L'article 10 du code érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique (CE 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP*, n° 297711). Tous les marchés doivent être passés en lots séparés, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes. Il reste possible de réunir les prestations dans un marché unique à des conditions, précisées par le code.

L'allotissement est particulièrement approprié, lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise. Il permet au pouvoir adjudicateur de ne pas dépendre d'un seul fournisseur. Il fait, par ailleurs, obstacle au développement de situations de monopole ou d'oligopole, facteur d'enchérissement des prix et d'appauvrissement du choix pour le pouvoir adjudicateur.

Les modalités de recours à l'allotissement sont facilitées par l'introduction d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire. Il est possible d'attribuer tous les lots à un même candidat. A l'inverse, le pouvoir adjudicateur pourra interdire, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, lorsque la publication d'un tel avis n'est pas obligatoire, dans les documents de la consultation, à un même candidat de présenter une offre sur plusieurs lots. Il peut en être ainsi, par exemple, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement. Il est, en revanche, illégal d'exiger d'un candidat qu'il soumissionne à tous les lots (CE, 1^{er} juin 2011, Société Koné, n° 346405).

7.1.1. L'allotissement et le marché unique.

L'article 10 du code autorise le pouvoir adjudicateur à recourir à un marché global, lorsque l'allotissement est rendu difficile par des motifs :

- techniques, liés à des difficultés tenant, par exemple, à la nécessité de maintenir la cohérence des prestations ou à l'incapacité de l'acheteur public à assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- économiques, lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ;
- financiers, lorsqu'il est de nature à renchérir de manière significative²² le coût de la prestation.

On prendra garde que le pouvoir adjudicateur doit être à même de prouver que ces conditions sont remplies. Elles sont, de fait, extrêmement restrictives :

- a été admis le recours à un marché global dans le cas suivant : prestations de sécurisation des espaces publics comprenant la rénovation des espaces publics ; la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore et l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance, eu égard aux difficultés techniques d'une dévolution séparée de ces prestations et aux conséquences probables de l'allotissement sur leur coût financier (CE, 20 mai 2009, Commune de Fort de France, n° 311379).
- n'a pas été admis le recours à un marché global : prestations de téléphonie mobile, voix et données et des prestations de transfert d'informations entre machines (horodateurs et feux de signalisation) bien qu'elles fassent appel à la même technologie, dès lors que l'économie escomptée de ce regroupement est inférieure à 2 % du budget affecté au lot concerné (CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes métropole (n° 319949).

Lorsqu'une de ces trois conditions est remplie, la dévolution sous forme de marché global n'interdit pas au pouvoir adjudicateur d'identifier des prestations distinctes. Cette décomposition en postes techniques²³ est une opération différente de celle de l'allotissement et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique.²⁴ Elle permet d'attribuer le marché à un groupement conjoint d'entreprises, au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations qui lui sont confiées.

Dans le cas où l'acheteur a recours à un marché global ayant pour objet à la fois la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, il devra faire apparaître de manière séparée leurs coûts, afin de distinguer les dépenses liées à l'investissement de celles liées à la maintenance et l'exploitation, sans qu'il soit possible de compenser l'une par l'autre. Le fait de surévaluer les dépenses d'exploitation constitue un paiement différé, interdit par le code des marchés publics.

²² CE 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes Métropole*, n° 319949.

²³ Notion utilisée principalement dans le cadre des marchés de travaux.

²⁴ CE., 30 juin 2004, *OPHLM Nantes-Habitat.*, n° 319949.

7.1.2. Les « petits lots ».

Les dispositions du III de l'article 27 permettent de passer des marchés selon une procédure adaptée, pour les lots inférieurs à 80 000 EUR HT pour les marchés de fournitures et services et à 1 000 000 EUR HT pour les marchés de travaux, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché.

Le montant du marché est calculé en additionnant la valeur de l'ensemble des lots. Le montant cumulé du ou des lots destinés à faire l'objet de la procédure adaptée est comparé à ce montant total.

Cette mesure permet d'associer les petites et moyennes entreprises à des opérations complexes, qui peuvent dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise.

Les autres lots du même marché dont la valeur cumulée représentera, par conséquent, au moins 80% du marché total seront passés selon une procédure formalisée.

7.1.3. Les contrats globaux sur performance (art. 73)²⁵

Les acheteurs publics peuvent conclure des contrats globaux associant soit la réalisation et l'exploitation ou la maintenance, soit la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance, pour satisfaire des objectifs de performance. Ce dispositif met en œuvre les lois Grenelle I du 3 août 2009 et II du 12 juillet 2010 en matière de performance énergétique. Il n'est pas, cependant, limité à la seule performance énergétique et pourra être utilisé pour tout contrat ayant pour but de satisfaire des objectifs chiffrés de performance : il peut s'agir, par exemple, d'objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces objectifs de performance seront également pris en compte pour la détermination de la rémunération du candidat retenu, celui-ci étant responsable de la maintenance ou de l'exploitation.

Le titulaire peut se voir confier, par exemple, la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage sportif, des objectifs de performance énergétique ou avec des objectifs de fréquentation, ces objectifs pouvant être cumulés. Il conviendra de veiller à ce que la rémunération du titulaire ne soit pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ce qui pourrait transformer le contrat en délégation de service public ou en concession de travaux.

Si ces contrats comportent des travaux, ils sont soumis à la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique du 12 juillet 1985 qui fixe les conditions du recours à la conception-réalisation. Ils ne peuvent donc être autorisés que « pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants » ou bien « pour des motifs d'ordre technique mentionnés à l'article 37 [du code] ». Ce contrat ne peut donc être utilisé pour la construction de bâtiments neufs, que si des motifs d'ordre technique imposés par la loi relative à la maîtrise d'ouvrage public (MOP).

Par exemple, les marchés de réalisation et d'exploitation de centrales de production d'énergie peuvent nécessiter la passation de contrats globaux comprenant, outre la construction de la centrale, des prestations de fourniture de combustibles ou d'énergie, de conduite de l'installation et travaux de petit entretien et de gros entretien et renouvellement des matériels. Ces équipements n'entrant pas dans le champ de la loi MOP, les motifs d'ordre technique ne sont pas nécessaire pour justifier le recours à ce type de contrat global.

Les contrats entrant dans le champ de l'article 73 du code dérogent à l'obligation d'allotissement mais pas à l'interdiction de paiement différé. Le paiement ne pourra donc pas être étalé sur une durée plus longue que celle du marché. La rémunération de l'exploitation ou de la maintenance ne peut, par

²⁵ Créés par le décret n° XXX du XXX modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics ou privés.

ailleurs, en aucun cas contribuer au paiement de la construction. La rémunération du titulaire peut, en revanche, être modulée en cas de sous-performance ou de sur-performance. Ces modalités doivent figurer dans le contrat.

7.2. Les possibilités de marchés « fractionnés » et de planification des marchés dans le temps.

L'acheteur public peut, lorsqu'il n'envisage pas de satisfaire en une seule fois l'ensemble de ses besoins, avoir recours à des formes de marchés spécifiques, tels que les marchés à tranches conditionnelles ou les marchés à bons de commande. Il peut également choisir de conclure des accords-cadres, sur le fondement desquels seront attribués des marchés subséquents à aux opérateurs économiques attributaires de l'accord-cadre et remis en concurrence.

Ces contrats sont passés, en fonction de leurs caractéristiques, selon les différentes procédures prévues par le code.

Trois types de marchés permettent cette dissociation

7.2.1. Les marchés à bons de commande (art. 77)²⁶.

Le marché à bon de commande est un marché « conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande ». Il peut être conclu sans maximum ni minimum, ce qui donne plus de liberté à l'acheteur public qui n'est pas tenu de garantir un minimum de dépenses. Un acheteur peut ainsi effectuer des achats à caractère répétitif, en organisant une seule procédure complète de mise en concurrence des fournisseurs potentiels.

Cependant, le pouvoir adjudicateur a toujours intérêt, si cela lui est possible, à conclure des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum, en valeur ou en quantité. Cela lui permet d'obtenir des offres économiquement plus avantageuses :

- la fixation d'un minimum permet aux opérateurs économiques de sécuriser leur carnet de commandes et, en conséquence, de rationaliser leur outil de production, en anticipant des économies d'échelle ou en garantissant le financement des investissements nécessaires à son extension ;
- la fixation d'un maximum permet d'indiquer aux opérateurs économiques le niveau de mobilisation de leur outil de production, le cas échéant, les conditions de disponibilité de cet outil pour satisfaire aux demandes d'autres clients.

En contrepartie des conditions plus avantageuses qui peuvent lui être consenties, le pouvoir adjudicateur devra en assumer les conséquences contractuelles :

- si l'acheteur public n'atteint pas le minimum prévu au contrat, il devra indemniser son cocontractant du préjudice subi²⁷ ;
- si l'acheteur public dépasse le maximum, il ne peut contraindre son cocontractant à assumer la part des prestations correspondante, sans conclure un avenant au marché : le titulaire du marché n'est, en effet, engagé par le marché qu'à hauteur du maximum. Toute commande

²⁶ Pour des informations complémentaires sur les marchés à bons de commande, voir la fiche consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

²⁷ CE 18 janvier 1991, *Ville d'Antibes c/ SARL Dani*, n° 91344.

complémentaire est donc subordonnée à son accord. Comme tout avenant, celui-ci ne peut bouleverser l'économie générale du marché, en en modifiant l'objet ou l'étendue.

Un marché pour lequel il n'est pas prévu de maximum est présumé dépasser les seuils de procédure formalisée. Il est, en conséquence, toujours passé selon une telle procédure. Dès lors, si le pouvoir adjudicateur est certain de ne pas dépasser le seuil de mise en œuvre des procédures formalisées et qu'il souhaite recourir à une procédure adaptée, il lui est nécessaire d'assortir le marché à bons de commande d'un maximum.

Même dans le cas où un maximum a été fixé, il est nécessaire de passer le marché selon une procédure formalisée, s'il existe un risque de dépassement du seuil de procédure formalisée en cours d'exécution du marché. Cette remarque est valable également au regard des obligations de publicité, si l'on peut supposer que le montant peut atteindre 90 000 euros en cours d'exécution.

Les bons de commande sont ensuite émis sans négociation, ni remise en concurrence des titulaires, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques. Ils sont répartis entre ces titulaires, selon les modalités fixées par le marché. Ils peuvent, par exemple, être attribués à tour de rôle, ou selon la méthode dite « en cascade », qui consiste à faire appel, en priorité, aux titulaires les moins-disant.

Les bons de commande déterminent la quantité des prestations ou des produits demandés.

Certaines prestations ne se prêtent pas à la formule du marché à bons de commande. Il n'est ainsi pas possible de passer un marché à bons de commande pour acheter des prestations de maîtrise d'œuvre.

Le pouvoir adjudicateur ne peut s'adresser à un autre prestataire que le titulaire du marché que pour des besoins occasionnels de faible montant (moins de 1 % du montant total du marché et moins de 10 000 EUR HT).

Afin de favoriser la coordination des achats entre une administration centrale et ses services déconcentrés, il est possible de conclure un marché à bons de commande, qui sera passé au niveau central et exécuté au niveau déconcentré.

Les marchés à bons de commande sont passés, sauf cas exceptionnels justifiés, pour une durée maximale de quatre ans. Au-delà de cette durée, il n'est plus possible d'émettre des bons de commande. En revanche, la durée d'exécution des bons de commande émis durant la durée de validité du marché peut s'étendre au-delà de cette durée. Elle est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Si un bon de commande est émis en fin d'exécution, il restera valide, après l'expiration du marché en application duquel il a été émis. Il est donc possible d'utiliser l'émission de bons de commande en fin de marché, par exemple, pour assurer la continuité d'un approvisionnement le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant, notamment, lorsque cette procédure a pris du retard.

En revanche, il est interdit de prolonger, par ce moyen, la durée d'exécution du marché « dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques » (art. 77), c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable. Cette durée s'apprécie en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché mais, de manière générale, elle ne devrait pas dépasser le temps nécessaire pour la réalisation des prestations attendues :

- une durée d'exécution des bons de commande excédant de plusieurs mois la date d'échéance du marché pourrait être regardée comme de nature à priver d'effet les dispositions limitant la durée de validité du marché à quatre ans ;

- la procédure de renouvellement d'un marché à bons de commande est un évènement prévisible, dont la survenance ne devrait pas, sauf circonstances exceptionnelles, surprendre le pouvoir adjudicateur.

Il est possible de passer des marchés à bons de commande pour une durée inférieure à quatre ans, notamment en cas de forte volatilité des prix. En particulier, il est possible de limiter à un an la durée d'un marché à bons de commande portant sur des fournitures ou des services destinés à répondre à un besoin régulier, ce qui permet de ne prendre en compte que les besoins d'une année, dans le calcul de la valeur totale estimée du besoin.

Il n'est pas possible de résilier un marché à bons de commande avant son terme, pour le seul motif que le minimum a été atteint : la durée du marché est l'un des éléments déterminant les conditions de la mise en concurrence initiale. Une résiliation effectuée dans ces conditions est, en outre, susceptible de constituer une méconnaissance des dispositions du code interdisant de s'adresser, pendant la durée d'exécution du marché, à un autre prestataire que le titulaire, sauf pour des besoins occasionnels de faible montant.

Enfin, il est possible d'inclure dans un marché unique des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations. Les deux catégories de prestations doivent, toutefois, être clairement distinguées et les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article 77 du code. En tout état de cause, la conclusion d'un tel marché global doit respecter les dispositions de l'article 10 relatives à l'allotissement (CE, 29 octobre 2010, SMAROV, n° 340212).

7.2.2. L'accord-cadre (art. 76).

L'accord-cadre a pour caractéristique essentielle de séparer la procédure de choix du ou des titulaires, de l'attribution des marchés. Il s'agit davantage d'un instrument de planification et d'optimisation de l'achat, que d'une façon de différer les commandes. Il permet de sélectionner plusieurs prestataires, qui seront remis en concurrence lors de la survenance du besoin.

Un accord-cadre est un contrat conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui leur accorde une exclusivité unique ou partagée pour une durée déterminée et sur le fondement duquel des marchés sont ultérieurement passés.

L'accord-cadre n'est pas un système de référencement. Il constitue un système fermé. Aucun nouveau prestataire ne peut entrer dans l'accord-cadre après son attribution.

Les accords-cadres sont conclus selon les mêmes procédures et en fonction des mêmes seuils que les marchés publics.

Les opérateurs économiques sont sélectionnés selon les critères déterminés pour choisir les offres indicatives économiquement les plus avantageuses. Les termes de l'accord pourront être complétés ou précisés, lors de la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre.

Les marchés subséquents passés sur le fondement d'un accord-cadre précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre ; cependant, ces marchés ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés par l'accord-cadre.

Les marchés subséquents sont attribués par le représentant du pouvoir adjudicateur ou l'autorité exécutive locale. Les marchés subséquents des collectivités territoriales n'ont pas à être soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres. Toutefois, il peut être judicieux d'en organiser la consultation, dès lors que les marchés subséquents fixent à leur niveau des éléments essentiels concernant, en

particulier, le prix. C'est pourquoi il est recommandé de soumettre à l'avis de la commission d'appel d'offres les marchés subséquents d'un montant supérieur aux seuils communautaires. La commission ne dispose alors que d'un pouvoir d'avis : elle n'est pas compétente pour attribuer le marché.

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en concurrence, si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure formalisée. La négociation directe avec les co-titulaires n'est possible que si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée ou si l'acheteur public se trouve dans l'une des hypothèses définies à l'article 35 du code des marchés publics²⁸.

Les marchés subséquents peuvent être conclus, soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre (ex. : lorsque le stock disponible de produits faisant l'objet de l'accord-cadre devient égal ou inférieur à un niveau préétabli).

Lorsque le marché est alloté et que les lots portent sur des produits ou des services différents, si la remise en concurrence est effectuée au moment de la survenance du besoin, seuls les titulaires des lots concernés sont remis en concurrence. En revanche, si la remise en concurrence est effectuée selon une périodicité définie à l'avance par l'accord-cadre, tous les titulaires de tous les lots sont remis en concurrence.

Les accords-cadres sont soumis, pour leur durée d'exécution, au même régime que les marchés à bons de commande. La durée des marchés subséquents ne doit pas avoir pour effet de prolonger la durée de validité de l'accord-cadre « dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques » (art. 76). Les observations formulées sur cette question à l'égard des marchés à bons de commande leur sont applicables.

7.2.3. Le cas des achats d'énergies non stockables (art. 76-VIII).

L'article 76 VIII du code prévoit un dispositif particulier pour ces achats.

Ils peuvent donner lieu à la passation d'un marché ou d'un accord-cadre. Quelles que soient les modalités de passation choisies, les acheteurs sont autorisés à ne pas indiquer, a priori, la quantité précise d'énergie qui leur sera fournie. Cette quantité sera constatée à l'issue du marché ou de l'accord-cadre.

7.2.4. Les marchés à tranches conditionnelles (art. 72).

Dans un marché à tranches conditionnelles, l'acheteur public n'est engagé que sur la tranche ferme ; par contre, le fournisseur l'est sur l'ensemble des tranches du marché. Pour l'appréciation des seuils de procédure et de publicité, ainsi que pour le jugement des offres, l'ensemble des tranches doit être pris en considération, en additionnant les montants estimés de chacune d'entre elles.

Ce type de marché permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme, en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'ensemble de l'opération. L'engagement du fournisseur peut être limité dans le temps, si le marché prévoit expressément un délai pour l'affermissement des tranches. Il est recommandé de définir un tel délai dans le marché, en fonction de son objet et de ses caractéristiques. Ce délai doit être raisonnable, de manière à ne pas porter tort aux entreprises.

28 Rép. min. n° 25591, JO Sénat 1^{er} mars 2007, p. 459.

Le marché peut prévoir que lorsqu'une tranche conditionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit. Le versement de cette indemnité doit alors tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché.

Les tranches non affermées pourront, le cas échéant, être exécutées par un autre opérateur économique dans le cadre d'un autre marché.

7.3. Le système d'acquisition dynamique (SAD, art. 78).

Le système d'acquisition dynamique est une procédure d'acquisition entièrement électronique destinée à l'achat de **fournitures et de services courants**²⁹. Il est limité dans le temps, mais constitue un dispositif ouvert, ce en quoi il diffère de l'accord-cadre. Pendant toute la durée de son existence, tous les opérateurs économiques peuvent, en effet, le rejoindre, pour autant qu'ils satisfont aux critères de sélection et présentent des offres indicatives conformes aux documents de la consultation.

La définition des besoins doit être préalable.

Les marchés passés en application du système d'acquisition dynamique sont dits « marchés spécifiques ». Le pouvoir adjudicateur doit publier un avis de marché simplifié, établi conformément au formulaire standard 9, prévu par le règlement (CE) n° 1564/2005 du 27 septembre 2005³⁰, au *Journal officiel* de l'Union européenne et respecter un délai de quinze jours à compter de la date d'envoi de cet avis, avant de procéder à la mise en concurrence.

Le pouvoir adjudicateur invite ensuite les opérateurs admis dans le système à présenter leurs offres définitives.

8. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

Les seuils de déclenchement des procédures formalisées sont les seuils prévus par les directives communautaires. Ils sont fixés à l'article 26 du code.

Le montant des seuils des procédures formalisées est modifié tous les deux ans par décret (cf. Avertissements).

Le pouvoir adjudicateur doit vérifier si les seuils fixés à l'article 26 qui déclenchent l'application des procédures formalisées définies dans le titre III du code sont atteints. Il est rappelé qu'aucun besoin ne doit être scindé ou abusivement fractionné, dans le but d'échapper aux règles du code des marchés publics.

Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur à ces seuils, le pouvoir adjudicateur doit recourir à une procédure formalisée. Il garde cependant la faculté soit de passer un seul marché, soit, s'il le juge utile, de passer autant de marchés qu'il estime nécessaire. A titre d'exemple, la réalisation de travaux, dont le montant estimé est supérieur aux seuils de procédure, doit donner lieu à une

²⁹ Le système d'acquisition dynamique a été étendu aux services courants par le décret n° XXX du XXX modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics ou privés.

³⁰ Règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil.

procédure formalisée, mais pourra indifféremment faire l'objet d'un marché ou de plusieurs marchés. Dans cette dernière hypothèse, chacun de ces marchés devra respecter la procédure formalisée, même s'ils sont individuellement inférieurs aux seuils correspondants.

L'évaluation des besoins s'effectue à partir des notions suivantes :

8.1. Pour les marchés de travaux : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27-II 1°).

Le marché de travaux défini à l'article 1^{er} du code, se caractérise par le fait que le pouvoir adjudicateur en est le maître d'ouvrage, c'est-à-dire la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit.

Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, doit être prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages, valeur à laquelle on ajoute la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à la disposition des opérateurs. Les pouvoirs adjudicateurs n'ont, en revanche, pas à prendre en compte la valeur des services nécessaires à la réalisation des travaux, car cette prise en compte n'est obligatoire que pour les entités adjudicatrices. Ainsi, un établissement public local disposant d'un bureau d'études n'aura pas à intégrer le montant des prestations effectuées par ce bureau pour la réalisation des travaux, s'il n'agit pas en qualité d'opérateur de réseau. En revanche il devra y intégrer la valeur d'un stock de tuiles dont il dispose et qu'il met à la disposition du titulaire d'un marché de réhabilitation d'un bâtiment, alors même que cette mise à disposition viendrait en réduction du prix du marché.

La notion de travaux est celle du droit communautaire. Ainsi il a été jugé que des travaux d'entretien d'espaces verts constituent des services d'entretien, au sens de l'annexe I A de la directive Services n° 92/50, même s'ils constituent des travaux publics, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En conséquence, les marchés qui s'y rapportent ne constituent pas des marchés de travaux, mais des marchés de services. Leurs modalités de passation doivent être déterminées en fonction des seuils communautaires applicables à de tels marchés, sensiblement plus bas que celui en vigueur pour les marchés publics de travaux.

8.1.1. La notion d'opération de travaux (art. 1^{er}-III).

La notion d'opération de travaux revêt une importance particulière pour le calcul des seuils (CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c/ République française*, Aff. C-16/98).

Un marché de travaux, au sens du code, est un marché conclu avec des entrepreneurs qui a 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, qui en exerce la maîtrise d'ouvrage.

Cet ensemble de travaux ne peut être dissocié en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement, et sont exécutés dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Une opération peut aussi concerner plusieurs ouvrages, par exemple la réfection des toitures des écoles d'une même commune ou l'édification de trottoirs dans différents quartiers de la ville, ou encore le remplacement d'armoires électriques ou de câblage. Elle peut, par ailleurs, concerner certains travaux réalisés sur un même ouvrage de nature différente programmés au même moment, par exemple, en matière de réhabilitation.

Constitue ainsi une seule et même opération les travaux suivants : des marchés conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet (travaux de voirie) (CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie, n° 117717) ; des marchés conclus simultanément pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune (CE, 26 septembre 1994, Préfet d'Eure-et-Loir, n° 122759 ; des travaux d'étanchéité de peinture effectués par le même syndicat pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées (CE, 8 février 1999, syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine, n° 156333).

8.1.2. La notion d'ouvrage (art. 1^{er}-III).

Le code des marchés publics définit la notion « d'ouvrage » conformément au droit communautaire, comme désignant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir, par lui-même, une fonction économique ou technique (CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c/ République française*, Aff. C-16/98). Il en résulte que peuvent constituer un ouvrage, des travaux réalisés par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil. C'est concrètement la construction obtenue au terme des travaux réalisés d'un immeuble ou d'une réalisation de génie civil, tel qu'un collecteur des eaux pluviales ou un réseau d'électricité.

8.2. Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène (art. 27-II 2°)

Afin de l'estimer de manière sincère et raisonnable, la valeur totale des fournitures ou des services prise en compte est celle des fournitures ou des services homogènes :

- en raison de leurs caractéristiques propres ;
- parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

Le choix entre ces deux formules ne doit, en aucun cas, être effectué pour permettre de soustraire les marchés aux règles de procédure fixées par le code. Il est recommandé aux acheteurs d'effectuer ce choix, au moment où ils déterminent la nature et l'étendue de leurs besoins de services et de fournitures.

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre, et qu'il lui appartient d'apprécier, en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action. A titre d'exemple, une paire de ciseaux constitue pour une administration centrale une fourniture de bureau, mais du matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers. Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité.

Lorsqu'il s'agit de satisfaire un besoin concourant à la réalisation d'un même projet, l'acheteur peut prendre comme référence l'unité fonctionnelle. Cette notion, qui doit s'apprécier au cas par cas, en fonction des prestations attendues, suppose une pluralité de services ou de fournitures concourant à un même objet. Dans cette hypothèse, l'ensemble des prestations nécessaires à l'élaboration d'un projet, et faisant partie d'un ensemble cohérent, sont prises en compte de manière globale. Si le montant total de cette évaluation est supérieur aux seuils de procédures formalisées, l'acheteur devra s'y conformer. Dans le cas contraire, il pourra recourir à une procédure adaptée.

La survenance de besoins nouveaux, alors même que les besoins ont été évalués de manière sincère et raisonnable, peut donner lieu, sauf dans le cas où un avenant est suffisant, à la conclusion d'un nouveau marché. La procédure de passation de ce nouveau marché sera déterminée en fonction du montant des nouveaux besoins.

Lorsque ces besoins font l'objet d'un marché dont le montant est apprécié séparément, l'imprévisibilité, c'est-à-dire le caractère nouveau du besoin, doit être réelle : elle ne saurait autoriser un fractionnement factice du marché.

Le montant des marchés de service non prioritaires passés en application de l'article 30 du code des marchés publics est évalué, sans qu'il soit fait référence à la notion de service homogène, mais marché par marché.

8.3. La détermination des marchés sans prix versé par le pouvoir adjudicateur.

On prendra garde que des marchés peuvent être des contrats à titre onéreux, alors même qu'ils ne donneraient pas lieu à versement d'un prix. C'est, en particulier, le cas lorsque la rémunération est effectuée par abandon de recettes. Peut être considérée comme une rémunération l'abandon de recettes publicitaires, ou l'exonération de redevance pour occupation du domaine public. Dans ce cas, le montant prévisible du marché est évalué à partir du montant des recettes abandonnées. Dans le cas de l'abandon de recettes publicitaires, le montant du marché est calculé à partir du montant estimé des recettes publicitaires³¹.

Il faut donc réintégrer les recettes éventuellement perçues par le titulaire du contrat et les ajouter au prix versé, le cas échéant par l'acheteur public.

9. Comment obtenir l'aide nécessaire à l'élaboration et à la passation d'un marché ?

Les services de l'Etat et les pouvoirs publics centraux peuvent trouver une assistance par courriel auprès du bureau du Conseil des acheteurs publics de la direction des affaires juridiques du ministre chargé de l'économie³².

Les collectivités locales trouveront une assistance téléphonique auprès de la Cellule d'information juridique aux acheteurs publics, située à Lyon. Cette cellule relevant de la direction générale des finances publiques est sous l'autorité fonctionnelle de la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie, à laquelle la lie une convention de partenariat.

L'article 129 du code prévoit par ailleurs un organisme consultatif ayant pour mission de fournir aux acheteurs publics une assistance dans l'élaboration ou la passation de leurs marchés et de leurs accords-cadres, la commission consultative des marchés publics.

Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance de l'économie dans les marchés publics a rendu facultative la saisine de la commission et élargi sa compétence aux collectivités territoriales, ainsi qu'aux établissements publics soumis au code des marchés publics. La commission consultative des marchés publics³³ n'est saisie des marchés locaux que lorsque le montant de ces marchés dépasse un montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. Le seuil a été

³¹ Par ex. CAA Lyon 2 février 2004, *Société Michel Charmettan Construction*, n° 98LY01271.

³² <http://www.economie.gouv.fr/daj/Une-question-sur-les-marches-publics->

³³ Sa mission, son organisation et ses modalités de fonctionnement sont précisées par le décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009.

fixé à 1 million d'euros par l'arrêté du 22 octobre 2009 relatif à l'assistance apportée aux collectivités territoriales par la commission consultative des marchés publics pour l'élaboration et la passation de leurs marchés et accords-cadres.

TROISIÈME PARTIE

La mise en œuvre de la procédure

10. *Quelles mesures de publicité et de mise en concurrence ?*

10.1. Pourquoi faut-il procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence ?

Les mesures de publicité et de mise en concurrence assurent le respect des principes rappelés à l'article 1^{er} du code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

Ces principes découlent des règles du Traité instituant l'Union européenne et, notamment, du principe de non discrimination en raison de la nationalité (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, Aff. C-324/98). Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de principes comparables, tirés des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (Conseil constitutionnel, décembre n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003, p. 11205). Le Conseil d'Etat applique au droit des marchés publics ces principes généraux (CE, avis, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, Lebon, p. 297).

La publicité présente une double utilité. Elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés ; elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence, en suscitant candidatures et offres. Ce faisant, elle constitue le gage d'une réponse adaptée aux besoins de l'acheteur.

Faire jouer la concurrence dans l'acte d'achat public répond, aussi, au souci d'efficacité économique. En suscitant une plus grande diversité des offres, elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics.

Les modalités de publicité et de mise en concurrence qui doivent être mises en œuvre par les acheteurs publics sont déterminées en fonction du montant estimé du besoin à satisfaire, évalué conformément aux dispositions de l'article 27 du code (voir point 8).

Lorsque l'acheteur public organise un appel à projets, mais ne connaît pas la nature du futur contrat, il doit appliquer la procédure de passation la plus rigoureuse (CE, 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, n° 317671, mentionné aux tables du Lebon).

10.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée.

Sauf s'ils relèvent de l'article 30 du code (voir point 10.4), les marchés dont le montant est supérieur ou égal aux seuils fixés à l'article 26 doivent être passés selon une procédure formalisée. L'acheteur public doit respecter les règles de publicité et de mise en concurrence fixées par le code.

10.2.1. Quelle publicité ?

Au-dessus de ces seuils, les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)³⁴ et le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

10.2.1.1. La publication obligatoire au BOAMP et au JOUE.

Au-dessus des seuils de procédure formalisée, les avis publiés au BOAMP et au JOUE sont établis conformément aux formulaires obligatoires établis par le règlement communautaire (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005, établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.

L'attention des acheteurs est appelée sur le fait qu'en cas de transmission sur papier des avis de publicité au JOUE, leur contenu ne doit pas dépasser 650 mots environ (équivalent d'une page du JOUE), à défaut de quoi l'Office de publication de l'Union européenne (OPOUE) pourra en refuser la publication.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de faire référence au numéro de nomenclature du règlement n° 2195/02/CE relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics, dit CPV pour Common Procurement Vocabulary. L'utilisation de cette nomenclature garantit la transparence de l'information et l'ouverture des marchés publics européens, en traduisant l'objet du marché par des codes communs, qui permettent de lever les barrières linguistiques.

La publication au BOAMP ne doit pas intervenir avant l'envoi à l'OPOUE et l'avis publié au BOAMP ne doit pas contenir plus de renseignements que celui transmis pour publication au JOUE. En pratique, le risque de contrevenir à ces prescriptions est limité, compte tenu du système de transmission automatique mis en place par les services du BOAMP. Ce dispositif a amené le Conseil d'Etat à juger que, lorsque l'acheteur public a recours au formulaire électronique unique dont le BOAMP assure lui-même la transmission en vue de la publication au JOUE, en même temps qu'il l'utilise pour sa propre publication, l'absence de mention relative à la date de transmission de l'avis à l'OPOUE est sans incidence sur la régularité de la procédure, la date d'envoi figurant sur l'avis publié au BOAMP devant être regardée comme étant également celle de l'envoi à l'OPOUE (CE, 8 août 2008, Ville de Marseille, n° 312370).

Les rubriques du modèle d'avis doivent être remplies avec la plus grande attention³⁵. Les omissions, erreurs ou ambiguïtés sont autant d'occasion pour les candidats évincés de demander l'annulation de la procédure, même si ceux-ci ne peuvent utilement invoquer, devant le juge des référés précontractuel et contractuel, que des manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de les avoir lésés ou risquent de les léser (CE, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (Smirgeomex)*, n° 305420).

La jurisprudence administrative a précisé les modalités d'utilisation des formulaires. Elle indique, notamment, que :

- les marchés à bons de commande, au sens du droit national, constituent des accords-cadres, au sens du droit communautaire. Dès lors, en cas de marché à bons de commande, la rubrique relative aux informations sur l'accord-cadre doit être renseignée (CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n° 309136) ;

³⁴ L'insertion des avis au BOAMP donne lieu à une publication sur support papier, toujours doublée d'une publication sur le site internet du BOAMP. Au JOUE, la publication des avis est uniquement dématérialisée.

³⁵ Pour aider les acheteurs dans la rédaction de leurs avis, le DAJ propose, sur le site internet du ministère de l'économie, une notice d'utilisation des formulaires européens.

- l'information selon laquelle le marché est ou non couvert par l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'OMC est obligatoire (CE, 14 mai 2003, *Communauté d'agglomération de Lens-Liévin*, n° 251336)³⁶ (cf. remarque 11.1);
- la quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, y compris en cas d'accord-cadre ou de marché à bons de commande sans minimum ni maximum. Dans ce cas, les acheteurs publics doivent renseigner la rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché (CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600 et 20 mai 2009, *Ministre de la Défense*, n° 316601) ;
- la rubrique relative aux options³⁷ doit être renseignée, lorsque sont prévues des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations commandées de manière ferme dans le marché dans le cadre d'éventuelles tranches conditionnelles, marchés similaires ou reconductions du marché. Ces options, que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils. Il convient donc de faire figurer dans cette rubrique le nombre de reconductions éventuelles du marché. Ne sont pas des options, des prestations dont le besoin apparaît en cours d'exécution : les avenants et les marchés complémentaires ne sont donc pas des options ;
- l'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement impose à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché, qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers (CE, 17 novembre 2006, *ANPE*, n° 290712) ;
- l'avis de marché doit énoncer les documents ou renseignements, à partir desquels le pouvoir adjudicateur entend contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats (CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 303779). A cette fin, l'acheteur peut exiger des candidats l'utilisation des formulaires DC4 et DC5³⁸ (CE, 21 novembre 2007, *Département du Var*, n° 300992), sans toutefois aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'appréciation des capacités des candidats au regard de l'objet du marché ;
- la mention de la date limite de communication du dossier de la consultation ne doit être renseignée que si l'acheteur public entend fixer une telle date limite (CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n° 309136) ;
- l'absence d'indication sur la ou les langues dans lesquelles l'offre peut être rédigée, constitue un manquement aux obligations de publicité (CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566) ;
- en l'absence, en droit français, d'obligations imposant le caractère public de la séance d'ouverture des plis, l'acheteur public n'est pas tenu de faire figurer, dans l'avis, des précisions relatives aux personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres, ainsi qu'aux date, heure et lieu de cette ouverture (CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566) ;
- dans la rubrique VI.4 relative aux procédures de recours, l'acheteur doit renseigner dans tous les cas la sous-rubrique VI.4.1 sur « l'instance chargée des procédures de recours », c'est-à-dire le tribunal administratif territorialement compétent, ainsi que l'une au moins des sous-

³⁶ Le texte de l'Accord sur les marchés publics est accessible sur le site Internet de l'Organisation mondiale du commerce, rubrique « Marchés publics » (http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gproc_f.htm).

³⁷ La définition des options ici retenue est celle du droit communautaire.

³⁸ Le formulaire DC1 intitulé « Lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses cotraitants » et le formulaire DC2 intitulé « Déclaration du candidat » sont des modèles proposés aux acheteurs publics et aux candidats aux marchés publics par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, afin de simplifier les opérations d'achat et sécuriser les procédures. Ils sont accessibles à l'adresse internet suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>

rubriques VI.4.2 sur « l'introduction des recours » ou VI.4.3 sur « le service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours » (CE, 8 février 2008, *Commune de Toulouse*, n° 303748). S'il renseigne la rubrique VI.4.2, il peut se borner à renvoyer à l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CE, 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, n° 305420) ou à indiquer la possibilité de former un référé précontractuel avant la signature du marché (CE, 22 décembre 2008, *Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance*, n° 311268) ; s'il renseigne la rubrique VI.4.3 : la mention du nom et des coordonnées du tribunal administratif compétent est suffisante (CE, 6 mars 2009, *Commune de Savigny-sur-Orge*, n° 315138)³⁹.

En cas d'erreur affectant un avis d'appel public à la concurrence, l'acheteur public peut publier un avis rectificatif. Toutefois, si cette rectification apporte une modification substantielle au marché, il est nécessaire de reporter la date limite de dépôt des candidatures, pour respecter à nouveau le délai minimum fixé par le code (CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646).

10.2.1.2. La publication obligatoire sur le profil d'acheteur.

Pour ses marchés de plus de 90 000 €HT, le pouvoir adjudicateur doit publier les avis d'appel public à la concurrence, ainsi que les documents de la consultation, sur son profil d'acheteur. Pour les marchés de services non-prioritaires relevant de l'article 30, le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à cette obligation.

Le profil d'acheteur est « le site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats » (art. 39). Il doit s'agir d'un site, généralement une « plate-forme », accessible en ligne, par l'intermédiaire du réseau internet, offrant toutes les fonctionnalités nécessaires à la dématérialisation des procédures : au minimum, information des candidats et réception des candidatures et des offres. Le site internet d'une collectivité ne peut être qualifié de profil d'acheteur que s'il offre l'accès à ces fonctionnalités.

Ce type de support, compte tenu du développement des nouvelles technologies de l'information, est de plus en plus consulté par les candidats à l'achat public. En raison de son coût modéré et de l'importance de son audience potentielle, la publication dématérialisée constitue un moyen efficace pour les acheteurs de sécuriser leurs achats et particulièrement les petits achats.

Les portails dédiés à la publication d'avis de marchés peuvent avoir une plus grande visibilité que les sites Internet des acheteurs publics et proposer davantage de fonctionnalités, dont la possibilité d'identification des opérateurs économiques qui y accèdent pour télécharger le dossier de consultation des entreprises ou le dépôt de leurs candidatures et de leurs offres par voie électronique. Il est de bonne pratique de mettre en place une plate-forme spécifique pour l'ensemble de ses marchés et d'y prévoir un répertoire des avis de marché avec inscription à une liste de diffusion ; les possibilités offertes par Internet sont ainsi pleinement exploitées au profit d'une transparence et d'une efficacité accrues⁴⁰.

10.2.1.3. La publicité complémentaire.

Pour satisfaire à l'obligation d'une publicité efficace, le pouvoir adjudicateur peut toujours utiliser, s'il le juge nécessaire, pour l'ensemble de ses marchés, des supports de publicité supplémentaires, tels qu'une publication dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée ou la publication par affichage.

³⁹ Le formulaire standard européen d'avis de marché et son manuel d'utilisation sont accessibles à l'adresse internet suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>.

⁴⁰ Communication interprétative de la Commission européenne du 23 juin 2006, relative au droit communautaire applicable aux passations de marché non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (JOUE, 01/08/2006, n° C-179/2).

La publicité complémentaire permet à l'acheteur public de recevoir des candidatures ou des offres qu'il n'aurait pas, sans elle, obtenues. Ainsi, pour des marchés d'un montant élevé, où le surcoût d'une publication complémentaire dans un organe de presse est insignifiant au regard du montant du marché, il peut être opportun de chercher à favoriser, le plus possible, la concurrence par des publications complémentaires. Il en va, sans que ce soit une obligation juridique, de l'intérêt économique de l'acheteur.

Cette publicité peut être faite dans la presse quotidienne régionale. La presse quotidienne régionale constitue un important vecteur d'information des entreprises, notamment des PME. La mise en place, depuis 2006, d'un portail destiné aux entreprises et accessible gratuitement, présentant en ligne les annonces légales de marchés publiés dans les quotidiens régionaux permet d'élargir la diffusion des avis d'appel public à la concurrence au-delà de l'audience locale de chaque titre.

La publicité peut être faite aussi dans la presse spécialisée. De nombreux domaines économiques sont couverts par des revues spécialisées qui sont lues par les entreprises du secteur (cf. bâtiments et travaux publics ; informatique ; équipements, etc.). La publication d'un avis dans cette presse constitue un support efficace pour toucher un lectorat ciblé. La dématérialisation croissante de la presse spécialisée permet également à l'acheteur public de bénéficier d'une plus large diffusion de ses avis.

L'acheteur peut aussi utilement procéder à l'affichage de ses projets de marchés sur les supports réservés à cet effet. Ce mode d'information supplémentaire est peut être plus adapté aux petites collectivités territoriales.

D'autres moyens complémentaires peuvent être utilisés aux fins de publicité. Ainsi par exemple, une annonce par voie radiophonique est-elle prévue par le code dans certaines collectivités d'outre-mer.

Le contenu des avis de publicité complémentaires est laissé à l'appréciation de l'acheteur public qui peut se contenter d'informations minimales, à la condition expresse qu'il renvoie aux insertions faites dans le cadre des publications obligatoires et qui contiennent la totalité des renseignements publiés (cf. article 2 de l'arrêté⁴¹ dupris pour l'application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres). La publicité complémentaire peut intervenir postérieurement aux publications obligatoires. Elle n'a, toutefois, jamais pour effet de prolonger le délai de réception des candidatures.

Par ailleurs, une plateforme centralisatrice sera instituée pour permettre une meilleure accessibilité des entreprises aux annonces légales

10.2.1.4. La publication d'un avis de préinformation.

L'article 39 du code prévoit que les marchés de fournitures ou de services d'un montant supérieur à 750 000 euros HT et les marchés de travaux supérieurs au seuil de l'article 26 peuvent également donner lieu à la publication, soit au JOUE, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur, d'un avis de préinformation conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 précité.

La publication d'un tel avis sur le profil d'acheteur ne peut avoir lieu qu'après que le pouvoir adjudicateur a envoyé à l'OPOUE, par voie électronique, un avis annonçant cette publication.

La publication d'un avis de préinformation permet de réduire les délais de réception des offres des candidats.

⁴¹ Cet arrêté abroge l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres.

10.2.2. *Quelles mesures de mise en concurrence ?*

Au-dessus des seuils de procédure fixés à l'article 26, les modalités de la mise en concurrence sont définies par le code.

Il est indispensable de respecter l'ensemble des délais de procédure prescrits. Ces délais sont toujours des délais minima, que l'acheteur a la faculté d'augmenter. L'emploi par l'acheteur de moyens électroniques lui offre, toutefois, la faculté, dans certains cas, de réduire les délais de présentation des candidatures et des offres. Les acheteurs peuvent également bénéficier d'une réduction des délais, soit en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique, soit lorsqu'ils ont publié un avis de préinformation.

On rappelle que les délais de réception des offres doivent être allongés en cas de visite sur les lieux d'exécution du marché ou de consultation sur place de documents complémentaires. Cette prolongation, laissée à l'appréciation de l'acheteur public, doit être suffisante, pour permettre aux entreprises de concourir dans des conditions équitables.

10.2.2.1. Les marchés de fournitures et de services.

Lorsque le montant des marchés de fournitures et de services atteint les seuils fixés à l'article 26 du code, ces marchés sont, en principe, passés sur appel d'offres.

Si les conditions en sont réunies, il est possible de recourir au marché négocié (art. 35), à la procédure définie par l'article 30 ou à la procédure de dialogue compétitif (art. 36). Le code prévoit, en outre, la possibilité de recourir à des procédures spécifiques, telles que la procédure de conception-réalisation (art. 37)⁴², la procédure du concours (art. 38), ou encore, selon l'objet du marché, les procédures particulières prévues aux articles 68 (opérations de communication), 71 (décoration des constructions publiques) et 74 (maîtrise d'œuvre).

10.2.2.2. Les marchés de travaux.

Les marchés de travaux sont passés selon une procédure formalisée, lorsqu'ils atteignent le seuil fixé à l'article 26 du code, que ce soit pour l'Etat ou les collectivités territoriales.

Les marchés de travaux dont le montant est égal ou supérieur à ce seuil sont passés obligatoirement selon la procédure de l'appel d'offres, sauf à remplir les conditions de recours à la procédure négociée ou au dialogue compétitif.

10.3. En dessous des seuils de procédure formalisée : les marchés à procédure adaptée.

Les marchés dont le montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 26 peuvent être passés selon une procédure dite adaptée. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs doivent définir eux-mêmes des règles de publicité et de mise en concurrence proportionnées à l'objet et au montant du marché.

Toutefois, la question de la détermination des modalités de publicité se pose surtout pour les achats compris entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros HT puisque, en dessous de ce seuil de dispense de procédure, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code et que, à partir de 90 000 euros HT, le code impose des modalités de publicité particulières.

⁴² Les marchés de conception-réalisation sont pris en application de l'article 18-1 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP ».

10.3.1. . Les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure.

Lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 4 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur « peut décider que le marché sera passé sans publicité, ni mise en concurrence préalables » (art. 28 du code, dernier alinéa).

Les marchés en dessous de ce seuil ne sont dispensés que des mesures de publicité et de mise en concurrence imposées par le code des marchés publics. Ils n'en restent pas moins dans le champ du code.

Les collectivités doivent donc toujours respecter leurs obligations en matière de définition préalable des besoins (art. 5). La détermination de la valeur estimée des besoins au regard des notions d'opération et de prestations homogènes doit faire l'objet d'une attention particulière (art. 27). Les acheteurs publics ne doivent pas découper le montant de leurs marchés, de façon à pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence, aux dépens de la sécurité juridique des contrats ainsi conclus.

La collectivité doit se comporter en gestionnaire avisé et responsable des deniers publics. Elle devra être à même de pouvoir justifier les motifs de son choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité des procédures qu'elle aura employées, selon la nature et le montant de la prestation achetée, éventuellement devant le juge (par exemple, en produisant les devis sollicités, les référentiels de prix ou les guides d'achat utilisés, tels ceux validés par l'Observatoire économique des achats publics ou le Service des achats de l'Etat, etc.). L'établissement d'une note de traçabilité de l'achat est recommandé.

L'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics invitent donc les acheteurs publics à s'informer sur la structure de l'offre existante sur le marché. Lorsque le pouvoir adjudicateur a une bonne connaissance du marché, il peut procéder à l'acte d'achat sans formalité préalable. A défaut, il peut solliciter des opérateurs économiques la production de devis ou procéder à une mesure de publicité minimale.

Dans ce dernier cas, le choix du support publicitaire doit être en adéquation ou proportionné avec le coût et la nature de l'achat envisagé. La publication via internet sur le site dédié de la collectivité territoriale est un bon vecteur de publicité, en raison de son faible coût et de la diffusion large de l'information. Le BOAMP et la presse offrent, par ailleurs, souvent des tarifs attractifs pour la publicité de ces très petits marchés.

10.3.2. Les marchés d'un montant égal ou supérieur au seuil de dispense de procédure.

10.3.2.1. Quelle publicité ?

En cas de doute sur le support de publicité à utiliser, l'acheteur public a tout intérêt à procéder à la publicité la plus large possible.

➤ Au-delà du seuil de dispense de procédure (article 28 dernier alinéa)

Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité, ni mise en concurrence préalables si les circonstances tenant à l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence justifient l'absence de publicité (CE, 10 février 2010, Pérez, n° 329100). Ces circonstances s'apprécient au cas par cas. Ainsi, par exemple, l'objet du marché peut être l'achat d'un produit ou d'un service très spécifique pour lequel il n'existe pas de concurrence.

La dispense de publicité et de mise en concurrence formelle ne signifie pas pour autant que le pouvoir adjudicateur est dispensé de toute comparaison des offres. En effet, même pour un montant minime, l'acheteur doit respecter les principes de transparence des procédures, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Il doit donc être en mesure de prouver qu'il a sollicité plusieurs offres, par exemple, en conservant les devis des entreprises contactées. Si l'absence de publicité formelle est justifiée par l'absence de concurrence, le pouvoir adjudicateur devra prouver la situation monopolistique du cocontractant.

- Entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros (HT) :
- le choix du support de la publicité :

Pour les marchés dont le montant estimé est compris entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros HT, il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé » (CE, 7 octobre 2005, région Nord - Pas-de-Calais, n° 278732, Lebon, p. 423).

Le code laisse une liberté d'appréciation aux acheteurs ; c'est à ce stade que leur professionnalisme et leur responsabilisation prennent tout leur sens.

S'il est évident que le choix du support de publicité est fonction du montant du marché, il doit aussi être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l'urgence du besoin. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire.

L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si, dans les faits, les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de taille, d'être informés de l'intention d'acheter et, de la description précise du besoin, pour obtenir une diversité d'offres suffisante, pour garantir une réelle mise en concurrence.

Ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre du pouvoir adjudicateur. Les mesures de publicité intervenues indépendamment de sa volonté sont sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles il a procédé. L'accent est donc mis sur la responsabilité individuelle qui incombe à chaque acheteur public.

Les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Ce moyen de publicité peut être un moyen unique suffisant, à la condition expresse que le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu du marché. Il est recommandé aux acheteurs publics d'informer les candidats potentiels, par exemple au moyen de la publication d'un avis sur un support traditionnel, de leur intention de publier désormais leurs avis sur le profil d'acheteur. En revanche, pour des sites à audience plus réduite, il convient de ne considérer ce mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

L'information des candidats potentiels peut également être diffusée au BOAMP, dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée. Ces supports doublent leur publication sur papier d'une mise en ligne automatique et offrent souvent des tarifs préférentiels, pour la publicité des marchés en dessous des seuils de procédure formalisée.

- La détermination du contenu de la publicité :

Quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi, doivent toujours être mentionnés : l'identité

et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, le cas échéant, leurs conditions de mise en œuvre (CE Sect., 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi, n° 290236).

➤ **Entre 90 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée :**

Pour les marchés à procédure adaptée d'un montant supérieur à 90 000 euros HT et qui ne relèvent pas de l'article 30 du code (voir point 10.4), les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 ; il convient donc de s'y conformer.

Les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL), et sur le profil d'acheteur. Ces avis sont établis selon le modèle national fixé par l'arrêté du **XXX**.

Le code impose, en outre, aux acheteurs de compléter, si cela est nécessaire, ces avis par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée. C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, la nécessité d'une telle publication complémentaire.

Le montant estimé du marché, sa complexité, ses caractéristiques techniques sont autant de critères qui devront guider l'acheteur dans le choix du ou des journaux, en fonction notamment de leur diffusion et de leur lectorat.

10.3.2.2. Quelle mise en concurrence ?

Sous les seuils de procédure formalisée, la mise en concurrence relève de la responsabilité de l'acheteur et doit être adaptée en fonction du marché envisagé. Le fait que ces marchés puissent être passés selon une procédure adaptée ne les dispense pas du respect des principes généraux de la commande publique.

➤ **Le respect des principes constitutionnels :**

L'acheteur est tenu au respect des principes à valeur constitutionnelle rappelés à l'article 1er du code : liberté d'accès à la commande, égalité de traitement, transparence dans la procédure à mettre en œuvre. Il lui appartient de définir une procédure, permettant de garantir que l'achat a été effectué dans des conditions satisfaisantes de transparence, compte tenu de son montant et de la nature des prestations en cause.

La liberté de définir la procédure ne signifie pas que l'on ne doit pas être en mesure, à tout moment, de justifier les raisons des choix qui ont été faits. La spécificité de la procédure adaptée tient au fait que l'on ne peut se retrancher derrière le simple respect d'une procédure, mais qu'il convient au contraire d'être en mesure de justifier ses choix. A chaque étape de la procédure, à chaque choix effectué, il convient de se poser la question : comment pourrai-je justifier ce choix, en cas de contestation ?

Pour pouvoir en justifier, il convient de conserver tout document permettant de démontrer que les choix faits ont été rationnels. C'est le principe de traçabilité et de transparence. Il est recommandé aux acheteurs publics de conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire et d'être en mesure de le communiquer.

La justification de ces choix sera d'autant plus aisée qu'aura été respecté tout au long de la procédure le principe d'égalité de traitement entre les candidats, dans les délais, dans l'information communiquée, dans l'expression des besoins, dans la communication des modifications éventuelles des besoins, dans les relations entretenues avec chacun des candidats, dans les critères de choix...

Des règles de bon sens s'imposent. La mise en application de ces principes appartient à l'acheteur. Il est évident que plus les montants sont élevés, plus l'exigence de respect de ces principes est importante et plus les procédures doivent être formalisées.

➤ Le choix des délais de procédure :

La détermination des délais de remise des candidatures ou des offres est laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. L'efficacité de la mise en concurrence suppose, toutefois, de laisser aux opérateurs économiques intéressés un délai suffisant pour concevoir leur dossier de candidature et leur offre, « au regard notamment du montant du marché envisagé, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats » (TA Lille, 13 mars 2011, *Société Fornells*, n° 1101226).

Une publicité adaptée, qui fixerait un délai de réception des offres trop court, pourrait être considérée comme insuffisante, au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement.

➤ Le choix des modalités de la mise en concurrence :

Les modalités de transmission des candidatures ou des offres sont également définies par l'acheteur public. Il peut notamment prévoir que cette transmission devra être réalisée par voie électronique.

L'article 28 du code précise que le pouvoir adjudicateur peut recourir à la négociation. La négociation constitue, en effet, un élément décisif de la qualité de l'achat public, d'autant plus qu'elle sera accomplie en toute transparence.

Si l'acheteur décide de recourir à cette possibilité, il doit en informer les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation. En outre, dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, il est obligé de négocier (TA Toulouse, 23 novembre 2010, *Société FM projet*, n° 1004555)

10.4. Le cas particulier des marchés de services de l'article 30.

L'article 30 concerne les catégories de services dits « non prioritaires », que les directives communautaires soumettent à des procédures simplifiées.

L'appartenance du marché à l'une ou l'autre des catégories mentionnées aux articles 29 et 30 se vérifie par référence aux catégories de services énumérées en annexe de la directive 2004/18/CE. Cette annexe renvoie à la nomenclature CPV (Common Procurement Vocabulary), qui prévoit un système de classification unique pour tous les marchés publics.

Les marchés de services, qui entrent dans le champ d'application de l'article 30, ressortent de domaines aussi variés que les services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelles, les services récréatifs, culturels et sportifs, les services sociaux et sanitaires ou encore les services juridiques.

En raison de la spécificité de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée décrite à l'article 28, quel que soit le montant du besoin à satisfaire.

En conséquence, les modalités de publicité et de mise en concurrence seront déterminées par le pouvoir adjudicateur, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. Le seuil de publicité de 90 000 euros HT n'étant pas applicable aux marchés de services de l'article 30, aucun support de publicité n'est imposé par le code. Les acheteurs ne sont pas tenus de publier les avis de publicité et le dossier de consultation des entreprises sur leur profil d'acheteur même si une telle publicité est souhaitable.

Cette procédure permet d'offrir une grande liberté d'organisation aux acheteurs publics. Les développements du présent guide relatifs aux marchés d'un montant inférieur à 90 000 euros HT sont transposables aux marchés de services de l'article 30, quel que soit leur montant, sous réserve des dispositions particulières suivantes prévues au II de l'article 30 :

- lorsque leur montant est égal ou supérieur à 193 000 EUR HT, ces marchés doivent obligatoirement, pour leur passation, fixer préalablement des spécifications techniques et faire l'objet d'un avis d'attribution⁴³ ;
- pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, ils sont attribués par la commission d'appel d'offres si leur montant est égal ou supérieur à 193 000 EUR HT et les marchés ayant pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au contrôle de légalité⁴⁴ ;
- enfin, les marchés de services juridiques (services de conseils et de représentation juridiques, de conseils en matière de brevets et de droits d'auteur, de documentation et d'informations juridiques...⁴⁵) sont dispensés de l'application du titre IV du code relatif à l'exécution des marchés.

11. Comment sélectionner les candidats ?

11.1. Qui peut se porter candidat ?

Il résulte du principe de la liberté d'accès à la commande publique que tout opérateur économique peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public, à l'exception toutefois des opérateurs économiques placés sous l'effet d'une interdiction de soumissionner.

C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé à la préparation, sous quelque forme que ce soit, d'un marché public d'y (CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, Aff. C-21/03 et C-34/03 ; CE, 29 juillet 1998, *Société Génicorp*, n° 177952). Ainsi, par exemple, l'implication d'une entreprise à la définition d'un projet « d'Investissements d'avenir » s'inscrivant dans le cadre des programmes prévus par la loi n° 2010-237 du 9 mars 2010 ne constitue pas, en elle-même, un motif justifiant que cette entreprise soit écartée des consultations futures mettant en œuvre le projet qu'elle aura contribué à définir. Il revient, en revanche, au pouvoir adjudicateur d'apprécier, au cas par cas, si une telle entreprise possède un avantage concurrentiel sur les autres candidats, de nature à justifier son exclusion de la procédure d'attribution du marché et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats.

⁴³ Evaluation du montant du marché s'effectue conformément aux modalités définies à l'article 27 du code, notamment au regard de la notion d'unité fonctionnelle.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Voir l'annexe II B de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 telle que modifiée par l'annexe VII du règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007.

De même, un acheteur public ne peut interdire, d'emblée, à des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de soumissionner concurremment à l'attribution d'un même marché, sans apprécier, si au cas d'espèce, le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises de nature à justifier que ces entreprises soient écartées de la procédure (CJCE 19 mai 2009 *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, Aff. C-538/07).

Les interdictions de soumissionner peuvent résulter de condamnations pénales, de la situation personnelle de l'entreprise ou du respect des obligations fiscales et sociales et des obligations en matière d'embauche de travailleurs handicapés. Le code renvoie à la liste établie par l'article 8 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 publics⁴⁶. Cette liste est complétée par l'article 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

La candidature d'une entreprise ne peut être rejetée, au seul motif que l'Etat dont elle est ressortissante, n'est pas partie à l'accord sur les marchés publics⁴⁷. Les limites des engagements communautaires en matière d'accès aux marchés publics ne s'appliquent pas d'elles-mêmes. En effet, l'accord sur les marchés publics étant dépourvu de tout effet direct (CE, 14 mai 2003, *Communauté d'agglomération de Lens-Liévin*, req. n° 251336), il n'est ni opposable par le pouvoir adjudicateur, ni invocable par un opérateur économique qui contesterait l'attribution d'un contrat à un opérateur originaire d'un pays tiers. Par ailleurs, le droit français n'autorise aucune discrimination qui serait fondée sur la nationalité des candidats. L'égalité de traitement constitue un principe constitutionnel et communautaire qu'aucune disposition nationale ne vient restreindre. Toute entreprise d'un pays tiers, signataire ou non d'un accord avec l'Union, partie ou non à l'accord sur les marchés publics, a accès à l'ensemble des procédures de marchés publics, au sens communautaire, en France, sans que les acheteurs publics ne puissent s'y opposer⁴⁸.

11.2. Comment présenter un dossier de candidature ?

Les opérateurs économiques sont libres de présenter les documents exigés d'eux dans le dossier de candidature comme ils l'entendent. Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, il n'est, en particulier, plus exigé d'eux, en appel d'offres ouvert, qu'ils présentent les pièces à l'appui de leur candidature dans une enveloppe distincte de celle contenant les pièces relatives à leur offre.

Toutefois, demeure, en procédure formalisée, l'obligation incombant à l'acheteur d'examiner les candidatures avant les offres. La suppression de la règle de la double enveloppe n'a pas mis fin, en effet, à l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de distinguer la phase de sélection des candidatures de la phase de sélection des offres (CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, n° 344197).

En revanche, dans le cadre des procédures adaptées, notamment pour les marchés de service passés en application de l'article 30 du code, l'acheteur public peut examiner au cours d'une phase unique la recevabilité des candidatures et la valeur des offres (CE, 6 mars 2009, *commune d'Aix en Provence*, n° 314610).

⁴⁶ L'article 43 du code des marchés publics renvoie à l'article 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005, qui lui-même renvoie à l'article 8 de cette même ordonnance.

⁴⁷ L'accord sur les marchés publics (AMP) a été conclu en 1994 sous l'égide de l'organisation mondiale du commerce. Il permet aux fournisseurs de biens et de services d'avoir accès, dans les mêmes conditions que les fournisseurs nationaux, aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres. Il a été intégré dans l'ordre juridique communautaire par une décision du Conseil du 22 décembre 1994 et pris en compte dans deux directives du 13 octobre 1997 et 16 février 1998.

⁴⁸ En 2011, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur l'accès des Etats-tiers aux marchés publics dans l'Union européenne. Elle y présente différentes options, dont l'adoption d'un instrument législatif clarifiant les règles relatives à l'origine des services et des produits et à la nationalité des entreprises et explicitant l'état actuel des offres de couverture. Le projet législatif est annoncé pour fin 2011.

11.3. Que doit contenir un dossier de candidature ?

Pour avoir accès à la commande publique, le candidat ne doit pas être dans une des situations lui interdisant de soumissionner à un marché public mentionnée à l'article 43 du code des marchés publics. Les candidats à un marché public doivent produire, avec le dossier de candidature, une attestation sur l'honneur qu'ils ne sont soumis à aucune de ces interdictions. Cette attestation sur l'honneur doit être datée et signée.

Les attestations et certificats officiels ne peuvent être exigés que du seul titulaire pressenti. Le marché ne pourra lui être attribué que s'il fournit les attestations et certificats exigés, lorsqu'il est avisé qu'il a été retenu.

A cette fin, certaines attestations n'ont pas à être produites par tous les candidats, mais uniquement par le seul candidat dont l'offre est retenue, préalablement à la signature du marché. Il s'agit :

- des pièces prévues aux articles D. 8222-5 et D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail (lutte contre le travail dissimulé) ;
- des attestations ou certificats, prouvant que le candidat est en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales ;
- des certificats équivalents établis par les administrations et organismes du pays d'origine, si le candidat est ressortissant d'un Etat autre que la France. A défaut, il peut alors s'agir d'une déclaration sous serment, d'une déclaration solennelle formulée devant l'autorité judiciaire, administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays concerné.

Les entreprises nouvellement créées peuvent produire une copie certifiée du récépissé de dépôt du centre de formalités des entreprises.

11.4. La possibilité de mutualiser le dossier de présentation des entreprises

Aucune disposition du code n'interdit la mutualisation des dossiers de présentation des entreprises, qui permet aux candidats de ne présenter qu'une seule fois, pendant une période donnée, les informations nécessaires à la validation de leur candidature. Le règlement de la consultation peut ainsi prévoir que les candidats, qui ont déjà fourni des renseignements exigés par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une précédente consultation, ne sont pas tenus de les produire à nouveau, sous réserve, le cas échéant, de leur mise à jour⁴⁹.

11.5. Quelles sont les modalités de sélection des candidats et les documents et renseignements à fournir ?

11.5.1. L'entreprise a-t-elle les capacités nécessaires à l'exécution du marché ?

Les dispositions du code des marchés publics font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public. Cette vérification s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis

⁴⁹Est à l'étude un système de mutualisation du dossier de présentation pour tous les marchés passés avec un même pouvoir adjudicateur.

d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de consultation, parmi ceux dont la liste est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Ainsi, il ne peut être exigé des candidats que les pièces mentionnées à l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

Mais la faculté offerte au pouvoir adjudicateur de choisir les documents ou renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, ne peut pas conduire à ne demander aucun document ou renseignement pour l'une ou l'autre des trois capacités. Chacune de ces trois catégories de capacités doit être évaluée (CE, 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, n° 303779. –CE, 29 avril 2011, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 344617) ;

Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements objectivement nécessaires à l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières, ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager⁵⁰. Ce principe est également applicable aux procédures adaptées, notamment pour les marchés de service passés en application de l'article 30 du code.

Ces pièces sont exigées des candidats dans un délai, fixé par le code pour les procédures formalisées et qui, dans le cas des procédures adaptées, doit être un délai raisonnable : il est indispensable de laisser aux candidats un délai suffisant pour préparer leur dossier de candidature. Ainsi, dans le silence du code et sauf circonstances exceptionnelles, il n'est pas raisonnable, en procédure adaptée, d'accorder moins de dix jours à une entreprise pour préparer et remettre son dossier de candidature.

Le code prévoit deux processus de filtrage des candidatures, selon que le pouvoir adjudicateur décide de choisir entre une procédure ouverte, dans laquelle tout candidat remet simultanément son dossier de candidature et son offre, et une procédure restreinte, qui se déroule en deux étapes successives : seuls les candidats sélectionnés sont invités à remettre une offre.

La procédure restreinte permet au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre d'offres à examiner. L'acheteur public pourra ainsi se concentrer sur les offres émanant des opérateurs économiques offrant les meilleures garanties de capacités à exécuter les prestations faisant l'objet du marché, ce qui rendra plus facile la comparaison des offres. La procédure ouverte, en revanche, est mieux adaptée aux achats courants, pour lesquels il est utile de susciter la concurrence la plus large, en retenant tous les candidats susceptibles d'exécuter les prestations.

11.5.2. L'élimination des candidatures.

Même si le pouvoir adjudicateur ne fixe pas un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre, il doit procéder à l'examen et, le cas échéant, à l'élimination des candidatures.

Les capacités sont alors appréciées sur le fondement des renseignements ou documents demandés aux candidats en application de l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs.

Si le pouvoir adjudicateur a fixé des niveaux minimaux de capacités et qu'il les a préalablement publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents

⁵⁰ CE 6 mars 2009, *Commune de Savigny-sur-Orge.*, n° 315138.

de la consultation, il doit éliminer les candidats qui n'atteignent pas ces niveaux minimaux. Ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché

S'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacités⁵¹, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont à l'évidence, sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché (CE, 20 mai 2009, Commune de Fort de France, n° 311379).

Afin de ne pas pénaliser les entreprises nouvellement créées et les PME, le code précise que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.

Le pouvoir adjudicateur peut écarter la candidature d'une entreprise qui n'aurait pas exécuté correctement des marchés antérieurement conclus. Mais, si l'entreprise fournit des références autres que celles relatives aux marchés précédents, le pouvoir adjudicateur doit examiner ces autres références et ne pas motiver le rejet de la candidature sur la seule mauvaise exécution des marchés antérieurs. En effet, le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celles-ci de justifier de garanties techniques et financières suffisantes (CE, 10 juin 2009, Région Lorraine, n° 324153).

11.5.3. La sélection des candidatures

La sélection des candidatures est pratiquée dans le cadre des procédures restreintes, pour lesquelles l'acheteur a décidé de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Les critères de sélection des candidatures doivent être non discriminatoires et liés à l'objet du marché. Ils doivent être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation, y compris en procédure adaptée. En revanche, dans ce dernier cas, l'information appropriée des candidats n'implique pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures (CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'enclave des papes, n° 333569).

Ainsi, la sélection des candidatures se distingue de l'élimination présentée ci-dessus. Dans le cadre de la sélection, l'acheteur sélectionne, après classement, les meilleures candidatures parmi celles qui ont le niveau de capacité requis. Dans le cadre de l'élimination des candidatures, l'acheteur doit se contenter de renoncer à celles dont les capacités sont jugées insuffisantes. Il est possible, en procédure restreinte, de procéder à la fois à l'élimination, puis à la sélection des candidatures, dès lors que les éventuels niveaux minimaux et les critères de sélection ont été publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

11.5.4. Quels sont les critères de choix des candidats (art. 45) ?

Les critères de choix sont de deux types : les capacités techniques et professionnelles, et les capacités financières. Ces critères doivent être pertinents et non excessifs : ils doivent être en lien avec l'objet du marché et justifiés par l'objet du marché.

⁵¹ Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel à concurrence des niveaux minimaux de capacités (CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, n° 307143)

11.5.5. Les capacités techniques et professionnelles.

Capacités techniques et professionnelles sont très proches. Les capacités techniques sont les moyens matériels (notamment l'outillage) et humains (effectifs, techniciens disposant de telle ou telle qualification) dont dispose le candidat. Elles sont appréciées quantitativement et qualitativement. Il est possible, par exemple, de demander aux candidats :

- des certificats établissant des livraisons ou des prestations de services effectuées par le candidat au profit d'un pouvoir adjudicateur ou d'un acheteur privé ;
- des certificats de bonne exécution pour les travaux ;
- une description de l'équipement technique ;
- les attestations de qualification professionnelle de certains agents qualifiés.

Les capacités professionnelles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises, c'est-à-dire « la preuve d'un certain niveau de compétences professionnelles ». La preuve de la capacité professionnelle peut être apportée par tout moyen, notamment par des références ou des justifications professionnelles. Les pouvoirs adjudicateurs doivent toutefois veiller à ce que ces justificatifs ne présentent pas un caractère discriminatoire, ce qui peut être le cas lorsqu'un organisme détient un monopole dans la délivrance de certificats. Il convient, dans ces hypothèses, d'accepter les documents équivalents.

Parmi ces justifications particulières figurent les certificats professionnels et les certificats de qualité (certificat attribué par un organisme certificateur ou attestant de l'existence d'un manuel de qualité et de procédures).

S'agissant des certificats professionnels, le pouvoir adjudicateur doit préciser que la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux, attestant de la compétence de l'opérateur économique à effectuer la prestation pour laquelle il se porte candidat. Les qualifications professionnelles sont établies par des organismes professionnels de qualification⁵².

Il en va de même des certificats de qualité, pour lesquels le pouvoir adjudicateur doit accepter d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés.⁵³

Dans les deux cas, l'obligation d'accepter les équivalences est satisfaite si le pouvoir adjudicateur a déclaré accepter ces certificats, ainsi que « d'autres justificatifs regardés comme équivalents »⁵⁴

Les références demandées doivent être en rapport et proportionnées avec l'objet du marché : le candidat choisit celles qui lui semblent les plus appropriées. L'acheteur en vérifie la réalité, en respectant le secret des affaires. Mais « l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat » (art. 52-I du CMP), afin de ne pas pénaliser l'accès des entreprises nouvelles, notamment les petites et moyennes entreprises, à la commande publique.

⁵² Arrêté du 28 août 2006, fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, précité.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ CE 25 janvier 2006, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n° 278115.

11.5.6. *Les capacités financières.*

Les capacités financières, qui ne peuvent revêtir qu'un caractère général, doivent permettre au candidat de mener à bien le marché. Pour établir sa crédibilité financière, outre le chiffre d'affaires, le candidat peut se voir réclamer une attestation bancaire ou la preuve d'une assurance pour les risques professionnels, ainsi que des bilans ou extraits de bilans pour les opérateurs économiques à l'égard desquels la publication des bilans est obligatoire en vertu de la loi. Ces attestations doivent être fournies, sans qu'il soit possible de leur substituer un document équivalent.

Lorsque l'entreprise n'est pas en mesure de fournir un bilan ou un extrait de bilan des trois dernières années, par exemple lorsqu'elle est de création récente, elle peut fournir une « déclaration appropriée de banque ». Ce document facilite la preuve de la crédibilité financière du candidat. Sa forme, laissée à la discrétion de l'établissement de crédit qui la fournit, est libre.

Les garanties financières exigées des candidats peuvent être utilisées comme critère de sélection des entreprises admises à présenter une offre. Au stade de la sélection des offres, la présentation de garanties financières ne peut plus être exigée (CAA Bordeaux, 13 novembre 2008, n° 06BX02602, inédit au Lebon).

On prendra garde à éviter des exigences non justifiées par l'objet du marché. Ainsi, par exemple, l'acheteur public ne peut exiger un chiffre d'affaires 24 fois supérieur au montant minimum du marché et 6 fois supérieur son montant maximum (CAA Versailles, 25 mai 2010, Commune de Brunoy, n° 08VE02066). De même, l'acheteur public ne saurait imposer la production des chiffres d'affaires des trois derniers exercices, si cette exigence a pour effet de restreindre l'accès au marché d'entreprises de création récente et qu'elle n'est pas rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Dans ce cas, si l'acheteur public souhaite favoriser l'accès de ces entreprises à ces marchés, il peut leur permettre de prouver leur capacité financière par d'autres moyens que la production de chiffres d'affaires qu'elles sont dans l'incapacité de produire. Afin de favoriser l'accès de telles entreprises aux marchés publics, il peut leur permettre de prouver leur capacité financière par d'autres moyens, et notamment par la présentation de titres ou de l'expérience professionnelle du ou de leur(s) responsable(s) (CE, 10 mai 2006, *Société Bronzo*, n° 281976).

11.5.7. *Comment faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique au niveau de la sélection des candidatures ?*

L'article 52 du code des marchés publics dispose que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. Ces dispositions sont de nature à favoriser l'accès de nouvelles ou petites entreprises à de nouveaux marchés.

Le code fixe dans son article 51 les conditions dans lesquelles les candidats ont la possibilité de regrouper leurs moyens, en constituant des groupements momentanés d'entreprises, qui leur permettent d'unir leurs moyens humains et matériels.

De même, au III de son article 45, il dispose que pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Il peut s'agir, par exemple, des moyens d'une filiale ou d'une entreprise tierce.

Parmi ces autres pièces peuvent, notamment, figurer les références d'une autre entreprise (toute entreprise peut se prévaloir des références et des moyens d'une autre entreprise). Une entreprise petite ou moyenne peut, en effet, s'appuyer sur les moyens d'une entreprise tierce si, par exemple, elle fait partie du même groupe de société, ou si elle démontre qu'elle pourra bénéficier de capacités de sous-traitants. Les liens juridiques de toute nature entre les sociétés sont pris en compte, pour permettre à une société d'invoquer les capacités d'autres entreprises soit en cas de sous-traitance, soit en cas de cotraitance, lorsqu'elle associe sa candidature à celles d'autres entreprises en créant un « groupement momentané d'entreprises » (art. 45-III et 51 du CMP). Elle doit alors établir dans son dossier de candidature qu'elle dispose effectivement des moyens extérieurs dont elle se prévaut.

11.6. Que se passe-t-il si le dossier du candidat est incomplet ?

Avant l'examen des candidatures, en procédure formalisée ou en procédure adaptée, les acheteurs peuvent demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée afférente à leur candidature et à leur capacité juridique. Le code n'impose pas toutefois au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires les pièces manquantes. S'il décide de ne pas procéder à une demande de régularisation, les candidats dont le dossier n'est pas complet ne sont pas admis à présenter une offre.

S'il utilise cette faculté, le représentant du pouvoir adjudicateur procède à une demande de régularisation, qu'il adresse aux candidats concernés. Le principe d'égalité de traitement des candidats commande que l'acheteur permette à tous les candidats dont le dossier est incomplet de compléter leur dossier (CE, 4 mars 2011, Région Réunion, n° 344197). Le délai octroyé par le pouvoir adjudicateur pour compléter le dossier de candidature doit être raisonnable et identique pour tous les candidats concernés. Le code précise qu'il ne saurait être supérieur à dix jours. Ce n'est qu'au terme de ce délai que l'autorité compétente peut statuer sur les candidatures.

En aucun cas, ce nouveau délai ne peut être mis à profit par les candidats pour compléter leur offre (CE, 4 mars 2011, Région Réunion, n° 344197).

11.7. Quels sont les documents à produire par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché ?⁵⁵

Pour prouver qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales, le candidat, dont l'offre a été retenue doit produire des attestations et certificats délivrés par les administrations compétentes. La liste figure dans l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs. Il peut s'agir d'une copie de l'état annuel des certificats reçus, dont le modèle figure au formulaire **NOTI 2**⁵⁶.

Si le montant du contrat est égal ou supérieur à 3 000 euros, le candidat retenu doit en outre, fournir les pièces mentionnées à l'article D. 8222-5 du code du travail (travail dissimulé), s'il est établi en France ou bien celles mentionnées à l'article D. 8222-7, s'il est établi à l'étranger. Ces obligations ont été introduites dans le code du travail par l'article 71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (modifiant l'article L. 8222-2 du code du travail) et par le décret n° 2005-1334 du

⁵⁵ Rappel : les attestations sociales et fiscales ne sont remises qu'au moment de l'attribution. Au stade préalable à l'attribution, les candidats produisent une attestation sur l'honneur. Les acheteurs publics veilleront à ne pas imposer aux entreprises des formalités inutiles en demandant ces attestations à des entreprises non retenues.

⁵⁶ Le formulaire NOTI 2 est le formulaire qui peut être utilisé par les candidats retenus à un marché public qui doivent, préalablement à la signature et à la notification du marché, justifier auprès de l'acheteur de la régularité de leur situation fiscale et sociale. Il peut donc remplacer la production des certificats fiscaux et sociaux. Il peut être téléchargé à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>.

27 octobre 2005 relatif au travail dissimulé (modifiant les articles D. 8222-5 et D. 8222-7 du code du travail). En application de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur est tenu, en sa qualité de donneur d'ordre, non seulement d'exercer ce contrôle préalablement à la passation de toute commande, mais encore d'exiger ces pièces tous les six mois jusqu'au terme de l'exécution du contrat.

Ces pièces sont fournies dans le délai fixé par le pouvoir adjudicateur. Si ce délai n'est pas respecté, l'offre du candidat est rejetée et il est éliminé. Le candidat classé immédiatement après lui est sollicité pour produire les attestations et certificats. Cette procédure est, le cas échéant, reproduite jusqu'à épuisement des offres qui n'ont pas été écartées, parce qu'inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Le candidat retenu doit également remettre au maître de l'ouvrage, avant la notification du marché et tous les six mois durant l'exécution de ce marché, la pièce mentionnée aux articles D. 8254-2 à -5 du code du travail. Il s'agit de la liste nominative des salariés étrangers qu'il emploie et soumis à l'autorisation de travail mentionnée aux articles L. 5221-2, 3 et 11 du code du travail. Cette liste précise, pour chaque salarié, sa date d'embauche, sa nationalité ainsi que le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail.

Le contrôle de ces dispositifs revêt une particulière importance, car l'acheteur public est tenu solidairement avec son cocontractant aux sanctions prévues par le code du travail, en cas de méconnaissance de ces dispositions légales.

La fourniture de ces documents ne concerne pas les attributaires des accords-cadres : elle ne sera demandée qu'aux attributaires des marchés subséquents.

11.8. Comment dématérialiser les marchés publics ?

La voie électronique est de plus en plus utilisée pour les échanges qui interviennent dans le processus d'achat public. En effet, elle s'impose dans le cadre du système d'acquisition dynamique, processus d'acquisition entièrement électronique, et des achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques de plus de 90.000 euros HT. Elle peut également être rendue obligatoire, par l'acheteur, pour tout marché ; cette décision s'impose alors au candidat soumissionnaire. Un accord cadre peut ainsi prévoir la passation des marchés subséquents par voie électronique.

Par ailleurs, comme l'acheteur est tenu d'accepter les réponses électroniques dans le cadre des procédures formalisées, un nombre croissant d'entreprises transmettent aux acheteurs des enveloppes dématérialisées.

A compter du 1er janvier 2012, le pouvoir adjudicateur ne pourra plus refuser, pour les marchés dont le montant atteint 90 000 € HT, de recevoir les documents des candidats par voie électronique. La transmission de documents sur papier ne pourra donc plus être imposée par le règlement de consultation.

Les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils adressent au pouvoir adjudicateur (I de l'article 56 du code). Ainsi, un candidat qui envoie une candidature par voie électronique ne peut faire parvenir une offre sur support papier. Cette disposition n'est, évidemment, pas applicable à la transmission d'échantillons ou de maquettes.

Lorsqu'une transmission par voie électronique est obligatoire, un dossier de candidature ou d'offre transmis sous une forme papier est irrégulier. Il doit donc être rejeté.

11.8.1. *Lors d'une transmission par voie électronique, faut-il signer électroniquement et comment ?*

En cas transmission électronique, tous les documents, pièces et certificats qui doivent être signés en vertu de la réglementation, doivent être signés électroniquement. Tous les documents, qui seraient remis sur support papier « en original », sont, dans le cadre d'une procédure électronique, à signer électroniquement. Ainsi, l'acte d'engagement qui mentionne la liste des annexes doit être signé, tel n'est en revanche pas le cas de toutes les annexes. La signature du dossier compressé (« zip ») ne vaut pas signature électronique des différents documents dans ce dossier.

Nota : Il convient de ne pas confondre la transmission par voie électronique, avec la transmission d'un support électronique (CD-Rom, clé USB...) par voie postale. Cette dernière est, en effet, assimilée à une transmission sur support papier. Quel que soit son mode de transmission, pour les marchés à procédure formalisée, l'acte d'engagement dématérialisé doit être signé électroniquement par une personne habilitée.

Pour signer électroniquement, sont nécessaires un certificat de signature électronique et une application logicielle de signature. Toutefois, l'intéressé n'a pas besoin de disposer d'une application logicielle de signature, s'il utilise un profil d'acheteur offrant cette fonctionnalité.

11.8.2. *Qu'est-ce qu'un certificat de signature électronique ?*

Un certificat de signature électronique est un document sous forme électronique qui a pour but d'authentifier l'identité de la personne signataire (carte d'identité), de garantir l'intégrité des documents échangés (protection contre toute altération) et l'assurance de non-répudiation (impossibilité de renier sa signature).

Parmi l'ensemble des catégories de certificats de signature électronique commercialisées par des sociétés spécialisées appelées « autorités de certification », le ministre chargé de la réforme de l'Etat référence celles qui sont respectent les exigences d'interopérabilité requises par le référentiel général d'interopérabilité. La liste des catégories de certificats de signature électronique ainsi référencées est publiée sur le site internet du ministère la réforme de l'Etat à l'adresse suivante : <http://www.entreprises.minefi.gouv.fr/certificats>.

Cette liste est évolutive. Elle est, en effet, actualisée au fur et à mesure des référencements.

Toute autorité de certification peut faire reconnaître, par le ministre chargé la réforme de l'Etat, la conformité de sa catégorie de certificats de signature électronique au référentiel intersectoriel de sécurité. A cette fin, il en demande l'inscription sur la liste des catégories de certificats précitée.

Conformément aux dispositions de l'arrêté pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés, pour signer électroniquement sa candidature et son acte d'engagement, l'entreprise choisit librement une catégorie de certificats de signature électronique ainsi référencée. Les personnes habilitées pour engager la société doivent disposer d'un certificat Le certificat de signature est nominatif ; il ne doit donc être utilisé que par son titulaire.

Cet arrêté garantit aux entreprises que toutes les catégories de certificats de signature électronique référencées sont acceptées par tous les pouvoirs adjudicateurs (Etat, collectivités territoriales,

établissements publics). Par ailleurs, de tels certificats peuvent également être utilisés pour d'autres téléservices (TéléTV@, téléc@rte grise, déclarations sociales...).

11.8.3. Qu'est-ce qu'une copie de sauvegarde et quel rôle a-t-elle ?

La copie de sauvegarde est une copie des dossiers des candidatures et des offres destinée à se substituer, en cas d'anomalie, aux dossiers des candidatures et des offres transmises par voie électronique au pouvoir adjudicateur. Cette notion de copie de sauvegarde est donc différente de celle d'archivage des données.

En application de l'arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, parallèlement à l'envoi électronique, les opérateurs économiques peuvent faire parvenir au pouvoir adjudicateur une copie de sauvegarde sur support physique électronique (CD-Rom, DVD-Rom, clé USB...) ou sur support papier. Cette copie est transmise sous pli scellé et comporte obligatoirement la mention : « copie de sauvegarde ». Les documents pour lesquels la signature est obligatoire doivent être signés, lorsqu'ils sont sur un support physique électronique, ils doivent être signés électroniquement. Cette copie de sauvegarde pourra, par exemple, être ouverte en cas de défaillance du système informatique (qui supporte la dématérialisation) ou lorsqu'un programme informatique malveillant (virus) est détecté dans le document électronique transmis par l'opérateur économique.

11.8.4. Quelles sont les devoirs du pouvoir adjudicateur en cas de dématérialisation ?

Le pouvoir adjudicateur qui recourt à la dématérialisation de la procédure doit, dans tous les cas, assurer la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire. Il lui est recommandé de recourir à un profil d'acheteur quelque soit le montant du marché.

11.8.5. Comment dématérialiser le certificat de cessibilité ?

La dématérialisation peut se poursuivre au stade de la délivrance du certificat de cessibilité prévu à l'article 106 du code des marchés publics. Un arrêté, à venir, pris en application de cet article précisera les modalités selon lesquelles ce certificat électronique est établi.

11.8.6. Où trouver davantage de renseignements sur la dématérialisation des marchés publics ?

Les acteurs de la commande publique peuvent trouver toutes les informations utiles dans le **guide pratique de la dématérialisation** des marchés publics téléchargeable sur le site internet du ministère de l'économie, rubrique « commande publique ».

12. Quand pourquoi et comment négocier ?

Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation, après publicité et mise en concurrence, peut être utilement envisagé. Il doit permettre, en effet, d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence.

12.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

12.1.1. *En dessous des seuils des marchés formalisés et pour les marchés de services de l'article 30.*

Lorsque leur montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 26 **ou lorsqu'ils relèvent de l'article 30**, les marchés peuvent être passés selon une procédure de mise en concurrence adaptée par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et de l'étendue des besoins.

Le recours à la négociation doit être expressément indiqué dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre (TA de Lille, 5 avril 2011, Préfet du Nord, n° 1003008 et 1003238). Cette négociation, qui peut porter sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix, est vivement recommandée. Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible.

12.1.2. *Au-dessus des seuils des marchés formalisés.*

12.1.2.1. **Les catégories de marchés négociés.**

Au-dessus des seuils communautaires, l'appel d'offres est la procédure de droit commun. Il ne peut être recouru au marché négocié que dans les cas limitativement énumérés par le code des marchés publics.

Il existe deux catégories de marchés négociés :

1° Les marchés négociés, passés après publicité préalable et mise en concurrence (art. 35-I).

Parmi ces marchés, une attention toute particulière doit être portée sur les marchés négociés de l'article 35.1.1°. Il s'agit des marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables.

Une offre irrégulière est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, mais qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation ou qui ne contient pas

toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation (CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs, n° 343324).

Une offre inacceptable est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, mais qui ne respecte pas la législation ou la réglementation en vigueur. Il peut s'agir, par exemple, de règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection et aux conditions de travail, ou au déroulement de la procédure de passation. Ainsi, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et son décret d'application n° 2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation et modifiant le code de la construction et de l'habitation imposent, notamment, que les bâtiments d'habitation collectifs et leurs abords soient construits et aménagés de façon à être accessibles aux personnes handicapées. Dès lors, une offre qui ne répondrait pas à ces exigences doit être écartée comme inacceptable.

Une offre peut être aussi inacceptable parce que les crédits alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. On prendra garde que cette évaluation ait été réaliste⁵⁷.

Les conditions initiales du marché ne doivent jamais être substantiellement modifiées durant la négociation, à défaut de quoi la procédure serait irrégulière pour méconnaissance des obligations de mise en concurrence. Peuvent être considérées comme substantielles les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution et, d'une manière générale, toute modification des conditions de mise en concurrence initiale.

En pratique, il est toutefois difficile d'accorder beaucoup de place à la négociation : la négociation après un appel d'offres infructueux affecte, en effet, presque toujours les conditions initiales de la mise en concurrence. Cette hypothèse particulière se distingue ainsi des autres cas d'ouverture des marchés négociés ou des procédures adaptées, dans lesquels il est possible de tout négocier, y compris évidemment le prix.

Il est possible de ne s'adresser qu'à l'un des soumissionnaires de la procédure initiale d'appel d'offres, à certains d'entre eux ou à tous.

2° Les marchés négociés passés sans publicité préalable, ni mise en concurrence (art. 35-II).

Cette procédure dérogatoire, est particulièrement encadrée.

➤ On peut notamment recourir à cette procédure des marchés, pour des raisons d'urgence impérieuse, telles que celles résultant de la nécessité d'engager la recherche de victimes d'une catastrophe aérienne ou de garantir la sécurité des personnes et des biens, à la suite d'un événement climatique imprévu, tel qu'une tempête ou une soudaine inondation. Une urgence peut être qualifiée d'impérieuse, dès lors que l'acheteur public est confronté à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, telles que, par exemple, celles menaçant la sécurité des personnes. L'urgence impérieuse s'interprète très strictement.

Elle a été admise dans les circonstances suivantes :

- pour la mise en service du réseau téléphonique d'un établissement public de santé, en raison de retard pris à la suite de l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres mise en œuvre (CE 11 octobre 1985, *Compagnie générale de distribution téléphonique c/ Centre hospitalier régional de Rennes*, n° 38788) ;

⁵⁷ Le juge sanctionnerait le fait qu'une évaluation ait été volontairement irréaliste, pour réserver la possibilité du recours à un marché négocié.

- pour la réalisation de travaux de sécurité de première nécessité, conditionnant l'accès à un bâtiment par le public à la suite de la tempête de décembre 1999, dès lors que les marchés en cause sont passés dans les heures, les jours, au plus les semaines suivant la survenance de la tempête (réponse min. JO Ass. nat. 27 mars 2000, p. 2025).

Elle n'a, en revanche, pas été admise :

- pour les travaux de renforcement d'un transformateur électrique, alors même qu'il suscitait de fréquentes coupures de courant dans un quartier entier de la commune (CE 23 février 1990, *Commune de Morne-à-l'Eau*, n° 69588) ;
 - pour les travaux nécessaires à la réalisation d'une maison des familles par une commune, dès lors qu'il ne s'agissait que de minimiser la gêne causée par le chantier aux riverains (CE, 8 janvier 1992, *Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines*, n° 85439) ;
 - pour un marché négocié, passé trois mois après le passage d'un cyclone en janvier 1985 (CE, Section, 26 juill. 1991, *Commune de Sainte Marie de la Réunion*, n° 117717) ;
 - pour des marchés de rénovation de lycées, passés deux ans après l'adoption du plan régional de rénovation de ces établissements et malgré l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres (CE, 1^{er} octobre 1997, *M. Hemmerdinger*, n° 151578).
- Il est également possible d'utiliser cette procédure, lorsque seules des offres inappropriées ont été déposées.

Une offre inappropriée est une offre ne correspondant pas aux besoins du pouvoir adjudicateur indiqués dans les documents de la consultation. La présentation d'une telle offre est assimilable à une absence d'offres. Le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence est possible, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées. Un rapport particulier peut être demandé par la Commission européenne. Il a pour objet de démontrer à la Commission que les conditions du recours à cette procédure dérogatoire ont été satisfaites.

- Le recours à cette procédure suppose que l'acheteur public ait organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite. Tel ne serait pas le cas, par exemple, si les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissaient à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de transport légers de petite capacité, les seules offres reçues ne concernaient que des avions de transport de grande capacité.
- Le recours aux dispositions des articles 35-II-4° et 35-II.5° ne peut être envisagé que dans le cas où le changement de prestataire obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel technique entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis, ou à être confronté à des difficultés techniques disproportionnées par rapport à la fourniture ou à la réalisation des prestations du marché initial.
- Les prestations similaires mentionnées à l'article 35-II.6° doivent être entendues comme réalisables, à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial. Le recours à cette procédure suppose, en outre, que le marché initial en ait fait mention et que la mise en concurrence initiale ait pris en compte le montant total envisagé, y compris celui de prestations similaires à commander ultérieurement.
- Le recours à l'article 35-II.8° est encadré par la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire C-385/02, la CJCE (arrêt *Commission c/ République italienne*, 14 septembre 2004) a jugé que les raisons techniques justifiant le recours à cette procédure doivent être démontrées par le pouvoir

adjudicateur. Concernant la maîtrise d'œuvre, le Conseil d'Etat a également fixé les limites du recours à l'article 35-II.8 en précisant les points suivants :

- dans le cas de la réhabilitation d'un bâtiment existant, le droit moral au respect de l'œuvre de l'architecte d'origine ne lui confère pas un droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage (CE 13 juillet 2007, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence / Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 296096) ;

Aussi est-il recommandé au maître d'ouvrage qui a l'intention de réaliser des travaux significatifs sur un ouvrage existant d'en informer préalablement l'architecte qui l'a réalisé. Lorsque la modification est confiée à un autre architecte que celui d'origine, il conviendra que le maître d'ouvrage demande à l'architecte de la nouvelle opération de se rapprocher de l'auteur du bâtiment afin de disposer de son accord sur le projet envisagé.

- il revient toujours au pouvoir adjudicateur d'établir que les raisons techniques invoquées l'empêchent effectivement de confier un nouveau marché à un autre maître d'œuvre que le titulaire du marché précédent.

12.1.2.2. Quel est le rôle de la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales dans la procédure négociée (art. 66) ?

Pour les marchés locaux, la commission d'appel d'offres n'intervient pas au stade du lancement de la procédure négociée. En revanche, elle intervient obligatoirement en fin de procédure puisque le code dispose que la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales et de leurs établissements publics attribue le marché. Il n'en va autrement qu'en ce qui concerne les concours (art. 70 du CMP), pour lesquels le marché est attribué par l'assemblée délibérante.

En cas d'urgence impérieuse, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

12.2. Quels sont les avantages de la négociation ?

L'acte d'achat efficace se caractérise par la recherche d'une adéquation de l'offre du vendeur aux besoins de l'acheteur. La négociation doit permettre à l'acheteur de déterminer l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix, c'est-à-dire la meilleure offre susceptible d'être faite à ce moment, en fonction des besoins de l'acheteur et des capacités économiques et techniques des entreprises.

La négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché telles, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures et des offres. Le critère du prix ne peut être abandonné en cours de négociation, même si ce prix est fixé par la réglementation (CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244). Mais elle laisse à l'acheteur public la possibilité de négocier librement par la négociation le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, à la différence d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, où le cahier des charges est fixé de manière unilatérale et intangible, avant le lancement de la consultation.

Même si le pouvoir adjudicateur ne peut modifier substantiellement les conditions du marché, telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, il dispose d'une certaine marge de manœuvre.

Il est ainsi possible de négocier sur :

- le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou au contraire surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- le délai : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient difficiles à négocier, lorsque les négociations sont menées avec plusieurs candidats.

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit en aucun cas être confondue avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais sur les prix irréalistes revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation ne doit en aucun cas se cantonner à celle du prix et peut même ne pas porter sur le prix. Elle requiert la formation des acheteurs à cette technique.

12.3. Quelles sont les contraintes de la négociation ?

En matière de marchés négociés, l'acheteur public doit faire face à deux contraintes. La première est d'assurer aux candidats l'égalité de traitement, tout au long de la procédure. La seconde contrainte est la transparence de la procédure, qui doit être menée dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats.

Pour répondre à cette double contrainte, l'acheteur devra veiller à la traçabilité des échanges effectués avec chacun des candidats, ainsi qu'à les maintenir à un même niveau d'information.

Il est évidemment toujours possible de négocier les éléments que le candidat fait figurer dans son offre. En revanche, le principe d'intangibilité du cahier des charges rend la modification de celui-ci beaucoup plus délicate. L'acheteur devra être en mesure de justifier, pour toutes modifications apportées au cahier des charges initial et à l'offre initiale du candidat retenu, de leur intérêt, tant technique que financier et du respect de l'égalité de traitement des candidats. Il est donc conseillé d'établir un document précis, qui permettra d'identifier clairement les points qui ont fait l'objet de modifications. Le respect du principe d'égalité doit conduire l'acheteur, en cas de modifications du cahier des charges, à inviter l'ensemble des candidats à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications. Ces principes sont applicables à toutes les procédures négociées, même passées sans mise en concurrence. En tout état de cause, certaines stipulations du cahier des charges seront réputées intangibles. Il revient au pouvoir adjudicateur de les signaler aux candidats avant l'ouverture de toute négociation.

Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à un pouvoir adjudicateur souhaitant passer un marché en procédure négociée d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre (CE 20 mai 2009, *Ministre de la défense*, n° 316602). Il est toutefois recommandé aux acheteurs de fixer ce délai.

Dans les procédures formalisées, les acheteurs publics ne peuvent librement choisir les opérateurs économiques appelés à négocier. Le code dispose qu'ils peuvent en limiter le nombre, à la condition

de l'avoir annoncé préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence, s'il a été procédé à la publication d'un tel avis. Cette faculté est encadrée par le droit communautaire, qui interdit de fixer un nombre minimal de candidats inférieur à trois. Dans la pratique, si seulement un ou deux candidats se présentent, l'acheteur peut continuer la procédure. Les acheteurs publics doivent négocier avec tous les candidats admis à cette négociation.

Dans les marchés passés selon une procédure adaptée, les acheteurs publics sont libres de limiter la négociation à certains candidats seulement. Toutefois, cette restriction n'est possible que si l'acheteur a clairement indiqué les critères sur la base desquels le choix des candidats admis à négocier sera opéré (TA Toulouse, 23 novembre 2010, Société FM projet, n° 10-4555)

13. *Comment mener un dialogue compétitif (art. 67) ?*

Le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion des marchés complexes, pour lesquels le pouvoir adjudicateur ne peut définir seul et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou encore pour lesquels il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier. Il n'est pas un élément d'accélération des procédures, mais d'amélioration de la définition des besoins. Le dialogue compétitif est, en effet, une procédure assez longue.

Des pouvoirs adjudicateurs peuvent se trouver dans l'impossibilité de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques. Cette situation peut se présenter, notamment pour la réalisation de certains projets ou réseaux informatiques, certains projets de communication, ou plus généralement pour des projets pour lesquels l'acheteur ne dispose pas d'une visibilité suffisante.

Il peut également être utilisé dans le cadre d'une procédure de conception-réalisation pour les opérations de réhabilitation de bâtiments (art. 69) ou pour la passation des contrats de performance énergétique (75).

Le dialogue compétitif présente, par rapport à l'appel d'offres, l'avantage de conférer une vision plus complète et comparative des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir, puisque les offres ne seront pas, dès le début, enfermées dans des spécifications techniques trop précises.

Il offre aux acheteurs publics des possibilités plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites.

Dans une procédure de dialogue compétitif, les candidats élaborent leurs offres sur la base d'un programme fonctionnel. Dans ce document l'acheteur décrit, en termes pratiques, ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre.

Au terme du dialogue, l'acheteur doit disposer d'un marché comportant les principales dispositions permettant de gérer et payer ce marché (durée, forme du prix, révision, acomptes, pénalités, résiliation).

Il est recommandé que le pouvoir adjudicateur fixe, en l'indiquant dans l'avis de marché, un nombre maximal de candidats admis à dialoguer. Si le nombre de candidatures recevables est supérieur à ce nombre, les candidatures sont sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières, ainsi que les références professionnelles des candidats. Le nombre minimal de candidats prévu dans l'avis ne peut être inférieur à trois (art. 67-I

du code des marchés publics). Si le nombre d'opérateurs ayant candidaté est inférieur à trois, la procédure peut cependant suivre son cours.

En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits dans ce document, mais les offres reçues ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Elles vont pouvoir être améliorées et complétées, grâce au dialogue que chaque candidat aura avec le pouvoir adjudicateur. Un candidat peut avoir besoin d'informations complémentaires sur le site (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique). Le pouvoir adjudicateur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications, permettant de mieux tirer profit des potentialités de cette proposition.

A la condition de l'avoir prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation, le dialogue peut se dérouler en autant de phases successives nécessaires à l'acheteur pour définir son besoin. Il peut être demandé aux candidats de modifier les propositions successives issues du dialogue.

A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qu'il estime inadaptées à son besoin, en fonction de ces critères. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.

Tout au long de la phase de dialogue, le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.

Lorsque l'acheteur public estime que la discussion est arrivée à son terme, il informe les candidats de la fin du dialogue et leur demande leur offre finale. A ce stade, il n'a pas à rédiger de cahier des charges. Dès lors que les offres ont été déposées, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie, selon les critères de sélection annoncés en début de procédure. Lorsqu'il reste encore plusieurs candidats, ceux des candidats dont l'offre n'a pas été retenue doivent en être informés. A l'expiration du délai de suspension courant à compter de la notification à ces candidats de la décision d'attribution, le marché peut être signé.

L'élaboration des propositions par les candidats tout au long du dialogue compétitif peut entraîner des coûts élevés susceptibles de dissuader des concurrents potentiels. Il est donc de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes de dédommagement, ainsi que les y invite l'article 67-X du code, à hauteur de l'effort demandé. La prime permettra de susciter une réelle concurrence, en incitant le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer au dialogue.

La procédure peut être déclarée sans suite pour un motif d'intérêt général, mais l'attention des acheteurs publics est appelée sur les limites attachées à cette faculté : ces motifs doivent être réels et sont susceptibles d'être contrôlés par le juge. Le risque de porter atteinte aux secrets industriels ou commerciaux étant accrus dans le cadre de la procédure du dialogue compétitif, la responsabilité de l'acheteur pourrait, le cas échéant, être engagée plus facilement.

14. Comment choisir son maître d'œuvre ?

L'article 74 dédié aux procédures spécifiques de passation des marchés de maîtrise d'œuvre a été modifié par le décret n° XXX.... Comme pour les autres commandes, il y a lieu de distinguer, d'une part, les commandes en procédure adaptée et, d'autre part, celles en procédure formalisée.

14.1. En procédure adaptée

En procédure adaptée, le maître d'ouvrage peut le plus souvent s'en tenir à une mise en concurrence fondée sur l'analyse des compétences, des références et des moyens des candidats pour sélectionner le ou les meilleurs candidats avec qui il engagera ensuite un dialogue, une négociation en vue du choix de l'attributaire du marché.

Dans certains cas, la mise en concurrence peut comporter une remise de prestations par les candidats sélectionnés. Cette remise devra être indemnisée sous forme de prime d'un montant représentant au moins 80% des prestations demandées. Si le maître d'ouvrage choisit de demander des prestations, il peut utilement s'entourer de compétences pour l'aider à définir et encadrer les prestations à remettre, à les analyser et à mener la négociation. Ces prestations auront pour objet d'asseoir et d'illustrer le travail préalable de l'architecte pour analyser la commande du maître d'ouvrage et soumettre les idées directrices qui pourraient fonder le futur projet. Sans constituer le début du projet qui sera proposé ultérieurement par le concepteur retenu, les prestations demandées, qualifiées par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP)⁵⁸ d'« intentions architecturales », seront composées d'écrits explicatifs et de schémas, croquis illustratifs servant de supports au dialogue, à la négociation qui s'instaurera entre le maître d'ouvrage et chacun des candidats sélectionnés ayant remis les prestations en cause. Ainsi l'ensemble de la prestation remise guidera et nourrira l'entretien entre le maître d'ouvrage et le candidat.

Rappelons qu'en dessous des seuils européens, le maître d'ouvrage qui souhaite choisir dans le cadre de la mise en concurrence un début de projet peut recourir à la procédure formalisée du concours dans les conditions définies par les articles 70 et 74 du code. L'anonymat dans l'examen des projets par le jury n'est alors pas requis.

14.2. En procédure formalisée

Au dessus des seuils de procédure formalisée, qui s'impose lorsque la commande de maîtrise d'œuvre est d'un montant supérieur aux seuils européens, le maître d'ouvrage a l'obligation de recourir à la procédure du concours, s'il réalise un bâtiment neuf. Mais un concours peut aussi être opportun en cas d'enjeu architectural, par exemple pour une réutilisation d'ouvrage ou une construction d'ouvrages d'art.

En cas de dérogation à l'obligation de concours, par exemple en infrastructure, en réutilisation de bâtiment, la procédure négociée spécifique doit être retenue pour choisir le maître d'œuvre chaque fois que le maître d'ouvrage sera autorisé à recourir à cette procédure au titre de l'article 35 du code. La procédure négociée sera, en particulier, mise en œuvre lorsque les conditions du 2° du I seront remplies. Ainsi le recours à l'appel d'offres est limité aux hypothèses où la procédure négociée n'est pas possible en vertu de l'article 35.

Enfin, depuis le décret n° XXX du XXX modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics ou privés, il est aussi possible pour la réalisation de projets urbains et d'opérations de réhabilitation d'ouvrage, lorsqu'ils sont complexes, de mettre en œuvre la procédure du dialogue compétitif pour attribuer un marché ou un accord-cadre de maîtrise d'œuvre.

⁵⁸ <http://www.archi.fr/MIQCP/>

15. Comment choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ?

Avant tout appel à la concurrence, l'acheteur devra se situer dans les conditions économiques et qualitatives les plus favorables. Il devra, en particulier :

- définir au mieux son besoin, affiner sa connaissance du secteur d'activité, éviter d'alourdir inutilement le coût des procédures et les frais de dossier, par des exigences injustifiées, afin de susciter une mise en concurrence optimale ;
- connaître et adapter sa procédure aux mécanismes de formation des prix, en choisissant le bon moment et en sélectionnant la forme de prix (ferme, actualisable, révisable) lui garantissant la meilleure économie de ses achats pendant toute la durée du marché.

Il est recommandé de sélectionner les offres par l'application de plusieurs critères. Le critère du « mieux-disant » est préférable à celui du « moins-disant ». Le « critère prix » n'est, en effet, qu'un critère parmi l'ensemble des critères de choix possibles indiqués à l'article 53. L'offre économiquement la plus avantageuse n'est donc pas assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. L'acheteur doit, en effet, être en mesure d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.

Pour les seuls marchés de fournitures passés selon une procédure formalisée, l'acheteur peut recourir au mécanisme d'enchères électroniques inversées. Il opère alors la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse, par l'intermédiaire d'un système automatique de classement des offres construit sur le critère du prix le plus bas et des critères illustrant des éléments obligatoirement quantifiables de ses besoins.

15.1. Quels sont les critères du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ?

Les offres doivent répondre aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur, que le cahier des charges matérialise. En effet, l'offre doit être l'exacte réponse aux besoins, tels qu'ils sont exprimés dans le cahier des charges ou dans les documents de la consultation.

L'acheteur, pour choisir la meilleure offre, ne peut se fonder seulement sur la renommée de l'entreprise ou sur le souvenir d'une expérience passée pour tel marché exécuté antérieurement. Il doit clairement distinguer, d'une part, les critères de sélection des candidatures qui permettent d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats (voir *supra* point 11) et, d'autre part, les critères d'attribution qui permettent de choisir les offres.

15.1.1. Comment choisir les critères de sélection des offres (art. 53) ?

L'acheteur public peut librement choisir les critères de sélection des offres. Ces critères devront être rendus publics dès le lancement de la procédure (dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation). Ils ne doivent pas être discriminatoires, être liés à l'objet du marché et être suffisamment précis pour ne pas laisser une liberté de choix indéterminée au pouvoir adjudicateur.

- il est possible de ne choisir qu'un seul critère, compte tenu de l'objet du marché. Ce critère est alors obligatoirement le prix. On prendra garde cependant, dans le cas d'un marché complexe, au fait que ne retenir que le seul critère du prix peut être contraire aux dispositions de l'article 53 du code (CE, 6 avril 2007, *Département de l'Isère*, n° 298584) ;
- il est possible de choisir plusieurs critères. Le prix n'est pas alors un critère obligatoire, si les critères retenus permettent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard à l'objet du marché (CE, 28 avril 2008, *Commune de Toulouse*, n° 280197).

Dans certains cas, le prix peut résulter de l'application d'un barème fixé par l'administration (par ex : prestations de fouilles archéologiques). Dans d'autres cas, qui sont toutefois exceptionnels, le prix peut être indiqué par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges, lorsque le prix public de la prestation est bien connu de l'administration et que celle-ci veut imposer aux prestataires un prix plus bas, qui ne serait pas nécessairement obtenu par l'application combinée de l'ensemble des critères annoncés dans le dossier de la consultation. La mise en concurrence se fait alors sur d'autres critères qualitatifs ou de délais. Mais le risque de cette démarche est celui de la fixation d'un prix trop bas pour susciter des candidatures ou des offres ou susceptible de constituer une entrave à la concurrence (éviction des petits au profit des gros).

Toutefois le plus souvent, le prix fait partie des critères annoncés par l'acheteur public, sans nécessairement figurer en première place des critères d'attribution. Dans le cas de prestations complexes ou techniquement difficiles à réaliser, la pondération appliquée au prix peut être inférieure à celle donnée à d'autres critères techniques destinés à déterminer la fiabilité ou la performance des offres. Il existe d'autres hypothèses où c'est la nature même des prestations, qui conduit à donner au critère prix une pondération moins forte que celle appliquée aux autres critères. Il peut en être ainsi, par exemple, pour des prestations sensibles comme le transport de produits sanguins ou de produits issus de prélèvements en vue de transplantation, où les critères de sécurité et de rapidité du transport peuvent être privilégiés par rapport au critère du prix.

S'ils doivent prendre en compte le prix de la prestation ou de la fourniture, il est tout aussi nécessaire pour les acheteurs de ne pas négliger les coûts induits par l'opération d'achat, soit du fait de l'accroissement des charges d'entretien ou d'exploitation pour le pouvoir adjudicateur, soit en terme d'économies résultant d'avancées technologiques ou d'innovation. Ainsi, un investissement dans des équipements conçus avec le souci de la maîtrise d'énergie ou utilisant une énergie renouvelable, s'il coûte plus cher à l'achat, est susceptible de se révéler à l'usage plus rentable qu'un équipement standard.

Les acheteurs devront, en particulier, veiller à ce qu'un achat effectué par souci d'économie ne se révèle pas à l'usage plus coûteux. C'est pourquoi le coût global d'utilisation ou la rentabilité devraient, le cas échéant, figurer parmi les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

En application des dispositions des articles 52 et 53 du code des marchés publics, la vérification de la capacité des candidats à livrer ou exécuter les produits ou les prestations objets du marché, puis l'attribution du marché sont deux opérations différentes. Les offres ne peuvent donc être jugées sur des critères qui relèvent de l'appréciation des capacités des candidats.

Les critères de choix des offres doivent être la traduction du besoin de l'acheteur et permettre le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est, en effet, une obligation pour l'acheteur public fondée :

- soit sur une comparaison des offres, au vu de critères de choix définis en fonction de l'objet du marché librement pondérés, par l'acheteur. Ces critères doivent permettre de comparer les offres qui répondent, au mieux, aux exigences de l'acheteur. De nombreux autres critères peuvent paraître justifiés : le coût global, le délai de livraison, la garantie, la qualité technique, le prix... ;

- soit sur une comparaison des prix demandés aux différents candidats, pour retenir l'offre dont le montant est le moins élevé. Même s'il constitue souvent une justification peu contestable des choix, la prise en compte du prix ne doit pas aboutir à exclure du jeu les autres critères. L'acheteur ne peut se fonder sur ce seul critère, que si l'objet du marché le justifie, Il peut en être ainsi, par exemple, pour des achats de fournitures courantes.

La liste des critères énumérés à l'article 53 ne présente pas un caractère exhaustif. D'autres critères peuvent être pris en compte, mais leur choix doit se justifier par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Le critère peut ne pas présenter de caractère purement économique. Il peut être, par exemple, environnemental (CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes*, Aff. 31/87, Rec. 1988, p. 4635). Il peut également s'agir d'un critère esthétique (CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197, CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484).

Les critères doivent être toujours objectifs et opérationnels. Ils ne peuvent jamais être discriminatoires, de manière à ce que la décision du choix d'attribution ne révèle aucune part d'arbitraire ni de pouvoir discrétionnaire. Le juge administratif censure les critères aboutissant à un choix arbitraire ou subjectif (CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, précité).

Le dispositif de sélection des offres mis en place par l'acheteur doit permettre aux candidats de savoir quelles sont les qualités qui seront appréciées, quel est le poids respectif de chacune d'entre elles et, d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui seront utilisés pour juger l'offre.

Afin de permettre aux candidats d'être « raisonnablement informés » et d'interpréter les critères d'attribution de la même manière, le caractère assez subjectif de certains critères tels que « la valeur technique de l'offre » ou son « caractère esthétique », impose à l'acheteur public de définir, avec précision, ce qu'il entend par ce critère en ayant recours à des sous-critères. Ces sous-critères doivent alors également être objectifs, opérationnels et non discriminatoires.

Pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent ainsi pouvoir avoir connaissance :

- des caractéristiques techniques ou économiques attendues par l'acheteur, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères,
- du poids de ces critères et sous-critères,
- des informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères.

Les règles du jeu applicables doivent être connues à l'avance par les soumissionnaires. L'acheteur public est donc tenu d'informer les candidats des critères de sélection des offres, ainsi que de leur pondération ou de leur hiérarchisation, dès le lancement de la consultation, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. De même, si le pouvoir adjudicateur décide de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères, dès lors qu'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection (CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint Pal de Mons*, n° 337377).

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les principes fondamentaux de la commande publique impliquent l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution du marché, ainsi que sur leurs conditions de mise en œuvre, dès l'engagement de la procédure d'attribution, dans

l'avis d'appel public à concurrence s'il existe, ou dans les documents de la consultation (CE, 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi, n° 290236).

En procédure formalisée (CE, 23 mai 2011, Commune d'Ajaccio, n° 339406), comme en procédure adaptée (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n° 334279), le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Cependant, le choix de la méthode étant déterminant sur le résultat obtenu, il doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et pouvoir en justifier devant le juge. Dans un souci de bonne administration et afin d'éviter d'éventuelles contestations, il est recommandé d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation.

L'acheteur ne peut pas modifier les critères de sélection des offres, après le dépôt par les candidats de leurs offres (CE 1^{er} avril 2009, *Société des autoroutes du sud de la France*, n° 315586). Il ne peut pas non plus modifier unilatéralement les offres des candidats (TA Limoges, 20 novembre 2008, *SARL Agriate conseil*, n° 0700452).

15.1.2. Comment utiliser les critères de sélection des offres ?

Il existe deux modalités de classement des critères : la hiérarchisation et la pondération.

- la hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres ;
- la pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux disante ». Les modalités de la pondération relèvent de la liberté de l'acheteur.

Le principe est que les critères de sélection des offres doivent être pondérés, à l'exclusion des concours et des marchés passés selon une procédure adaptée. Le recours à la hiérarchisation n'est possible que si la pondération est impossible, du fait de la complexité du marché. Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prouver cette impossibilité (CE, 7 octobre 2005, *Communauté urbaine Marseille-Provence Métropole*, n° 276867). Dans la pratique, dès lors que chaque critère peut être affecté d'un coefficient, exprimé le cas échéant par une fourchette, une telle démonstration est très difficile (CE, 5 avril 2006, *Ministre de la défense*, n° 288441).

Au demeurant, la pondération des critères est d'un usage plus pratique que la hiérarchisation, car elle facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et garantit plus sûrement le respect de l'égalité des candidats. Elle permet à chaque entreprise de connaître avec précision l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de son offre.

Son usage est donc recommandé, même dans les cas où elle n'est pas obligatoire, par exemple pour les marchés passés selon une procédure adaptée.

Il n'est pas possible de déclarer une offre inacceptable, pour le seul motif de son prix, alors qu'elle serait lors du classement final, après pondération, mieux classée que les offres concurrentes. Si l'offre la mieux classée excède le budget dont dispose le pouvoir adjudicateur, la procédure doit être déclarée sans suite et recommencée. Une telle situation doit être évitée, en affectant une pondération adéquate au critère du prix, qu'il ne faut pas sous-valoriser si le pouvoir adjudicateur entend s'en tenir à un budget limité.

15.2. Comment se prémunir contre les offres anormalement basses ?⁵⁹

Une offre anormalement basse est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base. Dès lors, en application de l'article 55, et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il appartient au pouvoir adjudicateur qui se voit remettre une offre paraissant manifestement anormalement basse, d'une part, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, d'autre part d'éliminer cette offre si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité (TA de Lille, 25 janvier 2011, Société nouvelle SAEE, n° 0800408).

La seule circonstance que le prix proposé soit très inférieur à l'estimation de l'acheteur public ne suffit pas à justifier le rejet de l'offre. Celui-ci doit tenir compte des justificatifs fournis à sa demande par le candidat et si celles-ci ne sont pas dénuées de pertinence et ne font pas apparaître une sous-évaluation manifeste des prestations, l'offre ne peut être considérée comme anormalement basse (CAA Bordeaux, 7 avril 2005, Commune de Bordeaux, n° 01BX00081). Par exemple, une entreprise de travaux peut proposer un prix qui semble anormalement bas car elle exécute déjà un marché identique à proximité. Dans cette hypothèse, elle n'a donc pas besoin de déployer de nouveaux équipements fixes de chantier, ce qui lui permet de réduire ses coûts.

Le caractère anormalement bas de l'offre doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses éléments et non pas d'une partie d'entre eux, quand bien même les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision représentaient une part substantielle du marché (TA Marseille, 1^{er} avril 2010, Société Alpha services, n° 10-01757)

Lorsque les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, financières et techniques de l'entreprise, le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter l'offre (TA Lyon, 18 mai 2009, *Ste Albertazzi*, n°0902595).

Le rejet de l'offre, au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être motivé. Le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision d'exclure une offre en raison de son caractère anormalement bas (CE, 29 janvier 2003, Département d'Ille-et-Vilaine, n° 208096).

Les acheteurs publics doivent donc veiller à la bonne utilisation des deniers publics et être conscients que la possible défaillance du titulaire peut entraîner de coûteux avenants, auxquels ils devront consentir pour rendre possible l'exécution des prestations.

15.3. Comment intégrer des préoccupations de développement durable dans l'achat public ?

Par ses articles 5, 6, 14, 45, 50 et 53, le code permet au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des exigences environnementales, économiques et sociales lors de l'achat public dans le respect des principes généraux de la commande publique.

L'article 5 relatif à la définition des besoins impose au pouvoir adjudicateur de tenir compte de préoccupations de développement durable. Celui-ci peut être défini comme un développement, qui répond aux besoins du présent, sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux

⁵⁹ <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

leurs. Le pouvoir adjudicateur doit s'interroger sur les possibilités d'intégrer des exigences en termes d'environnement, de conditions de travail et de coût global de l'achat.

15.3.1. Les préoccupations environnementales.

Les préoccupations environnementales pourront également être intégrées dans le processus d'achat à différentes étapes.

- Lors de la définition et de l'expression des besoins, l'article 6 relatif aux spécifications techniques permet de définir dans les documents de la consultation des exigences en matière environnementale. Le pouvoir adjudicateur pourra se référer aux écolabels attribués par des organismes indépendants. Les écolabels sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement.
- lors de la présentation des candidatures, l'article 45 autorise les acheteurs publics à examiner le savoir-faire des candidats, en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques.
- lors de la présentation des offres, l'article 53 permet aux acheteurs publics de prendre en compte un ou plusieurs critères environnementaux, alors même qu'il ne s'agit pas de critères purement économiques (Cour de justice des Communautés européennes, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, Aff. C-513/99). Un critère dénué de caractère économique peut être de nature à déterminer la valeur de l'offre pour l'acheteur public, par exemple, pour les marchés dans lesquels la collectivité publique ne verse pas une somme donnée à son cocontractant. Tel est le cas, par exemple, des contrats de mobiliers urbains, pour lesquels le juge a admis l'utilisation d'un critère esthétique (CE, 5 avril 2006, *Commune de Toulouse*, précité).

Ce critère devra toujours être lié à l'objet du marché, expressément mentionné dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation, et respecter les principes posés par l'article 1er du code. Comme pour les autres critères, ce critère ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public, lors du choix de la meilleure offre.

La possibilité de présenter des variantes (art. 50) peut être un moyen efficace d'intégrer la protection de l'environnement au stade des spécifications techniques, sans que le pouvoir adjudicateur ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut préciser qu'il est disposé à accueillir des offres répondant à certaines variantes plus écologiques, par exemple sur la teneur en substances dangereuses.

- Concernant l'exécution du marché, l'article 14 permet aux acheteurs d'imposer dans le cahier des charges des conditions d'exécution environnementales. Ces conditions ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire. A titre d'exemple de conditions d'exécution envisageables, on citera : livraison/emballage en vrac plutôt qu'en petit conditionnement, récupération ou réutilisation des emballages, livraisons des marchandises dans des conteneurs réutilisables, collecte et recyclage des déchets produits, produits bio, solutions informatiques de bureau labellisées Energy Star ou équivalent, papier recyclé.

Ces outils permettent aux acheteurs publics de fixer eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale qu'ils souhaitent voir atteint dans l'exécution de leurs marchés. Ils couvrent l'ensemble du champ de l'achat public sans restriction de montant ou d'objet.

Une démarche d'achat respectueuse des aspects environnementaux du développement durable peut être obligatoire. Ainsi, la directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie oblige les acheteurs publics à tenir compte, au-dessus des seuils des procédures formalisées, de la performance énergétique des produits qu'ils acquièrent.

Pour de plus amples informations, il est possible de se reporter au guide publié par la Commission européenne, « Acheter vert : un manuel sur les marchés publics écologiques », ainsi qu'à sa communication interprétative relative à des marchés publics pour un environnement meilleur.

15.3.2. *Le cas particulier des véhicules à moteur*

L'article 75-1⁶⁰ du code prévoit que le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte des incidences énergétiques et environnementales déterminées lorsqu'il achète certaines catégories de véhicules (voitures particulières, véhicules utilitaires légers, poids lourds, autobus et autocars), dès lors que la valeur estimée du marché ou de l'accord-cadre est égale ou supérieure au seuil à partir duquel l'acheteur doit recourir aux procédures formalisées pour la passation de ses marchés de fournitures.

Sont, en revanche, exemptés de ces nouvelles obligations, les achats de :

- véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou dans les installations portuaires ou aéroportuaires ;
- véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre ;
- machines mobiles.

Les acheteurs pourront satisfaire à leurs nouvelles obligations par l'introduction de spécifications techniques relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ou par l'utilisation de critères d'attribution liés aux incidences énergétiques et environnementales du véhicule sur toute sa durée de vie. Ces incidences peuvent être traduites en valeur monétaire, aux fins de leur prise en compte dans la décision d'achat ou encore par la combinaison des de ces deux modalités.

L'acheteur reste libre de fixer le plancher de performance et la pondération des critères au niveau qu'il souhaite.

L'arrêté du 5 mai 2011 fixe les incidences environnementales et énergétiques qui doivent être prises en compte (la consommation d'énergie, les émissions de CO₂, les émissions de composés d'azote et d'oxygène (NO_x) de composés hydrocarbonés non méthaniques (HCNM) et de particules), ainsi que la méthodologie de calcul des coûts liés à l'utilisation d'un véhicule, pour toute sa durée de vie, pour chacune des catégories d'incidences, si l'acheteur décide de monétiser les incidences énergétiques et environnementales.

L'arrêté précise également les données nécessaires aux calculs, tels que la teneur énergétique des carburants, les coûts des émissions des différents polluants et, par catégorie de véhicules, le kilométrage total sur toute la durée de vie du véhicule.

⁶⁰ Introduit dans le code par le décret n° 2011-493 du 5 mai 2011 relatif à la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique.

15.3.3. *Les préoccupations en matière de développements des approvisionnements directs de produits de l'agriculture*

Lorsqu'il achète des produits de l'agriculture, l'acheteur public peut prendre en compte, parmi les critères de sélection des offres, les performances en matière de développement des approvisionnements directs. Ce critère permet d'inciter les commanditaires à privilégier les circuits courts, c'est-à-dire la vente de l'agriculteur au consommateur sans intermédiaire ou avec un seul intermédiaire. Outre ses effets favorables sur l'environnement, la prise en compte des performances en matière de développement des approvisionnements directs permet un approvisionnement en produits de l'agriculture de qualité.

15.3.4. *Les préoccupations sociales.*

En matière sociale, le pouvoir adjudicateur a intérêt à utiliser principalement la condition d'exécution de l'article 14, qui lui permet, par exemple, de faire effectuer la prestation en intégrant des heures de travail d'insertion ou toute autre considération sociale : recommandations fondamentales de l'Organisation internationale du travail, promotion de la diversité et de l'égalité des chances,...⁶¹

Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation, l'exigence d'une clause d'exécution, détaillée dans le cahier des charges.

L'intégration de clauses sociales, notamment celles destinées à promouvoir la diversité, peut répondre à l'un au moins des objectifs suivants :

- l'insertion des personnes éloignées de l'emploi notamment par l'affectation, dans une proportion raisonnable, d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics déterminés en situation de précarité ou d'exclusion (heures de travail d'insertion) : chômeurs notamment de longue durée, bénéficiaires de minima sociaux, jeunes ayant un faible niveau de qualification ou, travailleurs handicapés au-delà des exigences légales nationales ;
- la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics ;
- la promotion du commerce équitable.

Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut insérer dans son marché une clause prévoyant que l'attributaire s'astreint, pour les besoins du marché, à recruter au moyen de curriculum vitae anonymes, à recourir à la technique de mutualisation des stages ou à mener des actions de sensibilisation de leurs sous-traitants et de leurs fournisseurs.

Le pouvoir adjudicateur devrait s'assurer, d'une façon générale, de l'équilibre de la mesure : proportion de main d'œuvre dans le marché, disponibilité des structures de l'insertion par l'activité économique (SIAE) intervenant dans le secteur d'activité concerné et sur le territoire d'exécution de la prestation (travaux ou services) ou aide d'un « facilitateur ».

Le pouvoir adjudicateur peut utilement se faire assister par le « facilitateur », une personne appartenant ou lié au service public de l'emploi local (plan local d'insertion pour l'emploi (PLIE) ou maison de l'emploi). Il conseille l'acheteur dans l'élaboration et la rédaction de la clause, renseigne les entreprises soumissionnaires sur les réponses possibles localement (embauche directe, mise à disposition de personnel par des structures de l'insertion par l'activité économique, cotraitance ou

⁶¹ Voir à ce sujet le guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées », mis en ligne sur le site du ministère de l'économie : <http://www.economie.gouv.fr/daj/observ-eco-achat-public>.

sous-traitance avec des entreprises d'insertion), puis contrôle l'exécution de la clause et évalue son résultat.

Il est recommandé de formuler une telle clause en nombre d'heure de travail, dans le cas de l'insertion. Ces clauses qui doivent être pertinentes, socialement utiles et bien ciblées, doivent être rédigées en respectant les règles suivantes :

- offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ;
- ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause, mais offrir plusieurs possibilités. Ainsi, par exemple, si une invitation peut être faite aux candidats de sous-traiter un lot ou une partie du marché à des structures d'insertion agréées, en revanche, est illégale la clause imposant au titulaire du marché de sous-traiter à une entreprise d'insertion agréée par l'Etat certaines prestations ;
- ne pas être discriminatoire à l'égard des candidats potentiels et s'imposer, de manière égale, à toutes les entreprises concurrentes⁶² ;
- ne pas limiter la concurrence.

15.3.5. Peut-on s'adresser à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail ?

L'article 15 du code permet aux acheteurs publics de réserver certains marchés ou certains lots d'un même marché à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail. Dans ce cas, l'exécution de ces marchés ou de ces lots doit être effectuée majoritairement par des personnes handicapées. L'avis de publicité doit mentionner le recours à cette possibilité.

Cette disposition ne dispense pas les acheteurs d'organiser, entre ces seuls organismes, une procédure de passation des marchés, qui sera fonction des seuils fixés à l'article 26 et respectera les modalités de publicité prévues à l'article 40.

16. Comment achever la procédure ?

16.1. L'information des candidats⁶³.

L'information des candidats écartés à l'issue d'une procédure de marché public constitue une formalité essentielle d'achèvement de la procédure.

Les obligations qui s'imposent aux acheteurs publics en la matière ont été renforcées avec la transposition par le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, dite directive « Recours »

Le code des marchés publics (CMP) prévoit deux types d'information :

⁶² Voir le guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont sont éloignées », mis en ligne sur le site du ministère de l'économie : <http://www.economie.gouv.fr/daj/observ-eco-achat-public>.

⁶³ Voir la fiche « L'information des candidats évincés » à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

- l'information immédiate des candidats, dès que l'acheteur public a fait son choix sur une candidature ou une offre (article 80) ;
- l'information à la demande des entreprises ayant participé à la consultation (article 83).

16.1.1. L'information immédiate des candidats

16.1.1.1. L'information immédiate des candidats en procédure formalisée (article 80)

Pour les marchés ou accords-cadres passés selon une procédure formalisée, à l'exception des marchés passés selon une procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence en application du II de l'article 35, l'acheteur public doit procéder à l'information immédiate des entreprises écartées. Cette obligation s'impose aussi aux marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, en vertu de l'article 78-II-3° du code, ainsi qu'aux marchés fondés sur un accord-cadre passé selon une procédure formalisée.

- L'information des candidats écartés, au stade de l'examen des candidatures.

Dès la fin de l'examen des candidatures, sans attendre la fin de la procédure, l'acheteur public doit informer chaque candidat écarté du rejet de sa candidature et des motifs de ce rejet.

- L'information des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée.

Lorsque l'acheteur public a sélectionné le candidat auquel il envisage d'attribuer le marché, il notifie aux autres candidats admis à présenter une offre le rejet de celle-ci et les motifs de ce rejet. Toutefois, cette notification ayant pour effet de délier les entreprises de leur engagement, y compris lorsqu'elle a été envoyée par erreur⁶⁴, le code des marchés publics précise, pour chaque procédure formalisée, que cette information n'intervient qu'après que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché a produit les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 du code. Cette sécurité permet, en cas de défaut de production de ces documents par l'attributaire, de solliciter le candidat classé en deuxième position.

L'information des candidats s'impose également, dans les plus brefs délais, lorsque l'acheteur public décide de déclarer la procédure sans suite. Cette décision doit être motivée (article 80-II du code).

La notification de la décision d'attribution du marché ou de l'accord-cadre doit comporter les informations suivantes :

- la décision de rejet de l'offre et les motifs détaillés de ce rejet ;
- le nom du ou des attributaires et les motifs ayant conduit au choix de leur offre ;
- la durée du délai minimal que va respecter l'acheteur avant de signer le marché ou l'accord-cadre.

⁶⁴ CE, 31 mai 2010, *Société Cassan*, n° 315851.

Le III de l'article 80 interdit aux acheteurs publics de communiquer des renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou à l'intérêt public ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques⁶⁵.

16.1.1.2. L'information des candidats en procédure adaptée.

L'information des candidats n'est pas obligatoire pour les marchés passés selon une procédure adaptée (CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, n° 343435). L'acheteur public peut toujours se soumettre volontairement à cette formalité. Toutefois, le respect de cette formalité ne permet pas au candidat évincé d'obtenir l'annulation, dans le cadre d'un référé contractuel, en se fondant sur le fait que l'acheteur n'a ni publié une intention de conclure le contrat, ni respecter un délai de 11 jours entre l'attribution et la signature dudit contrat (CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, susmentionné).

16.1.1.3. Le cas des autres marchés.

Dans le cas, des marchés négociés sans publicité préalable et mise en concurrence, passés en application des dispositions de l'article 35-II du code, le pouvoir adjudicateur n'est tenu à aucune obligation d'information des candidats.

16.1.2. L'information à la demande des candidats (article 83).

L'acheteur public est tenu de communiquer à tout candidat qui en fait la demande par écrit, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Toutefois, si le pouvoir adjudicateur a notifié, de façon complète, aux candidats évincés les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions en application de l'article 80 – soit parce qu'il y était tenu, soit parce qu'il s'y est volontairement soumis –, il n'est pas tenu de communiquer à nouveau ces motifs.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment, avant comme après la signature du marché.

A l'instar de l'information immédiate, les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé⁶⁶.

L'acheteur public doit également communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

Depuis 2006, la communication du montant du marché n'est plus obligatoire. Cette information figure dans l'avis d'attribution, lorsqu'un tel avis est publié.

L'acheteur public ne peut communiquer des informations dont la divulgation porterait atteinte à un secret protégé par la loi, à l'intérêt public ou à la concurrence loyale entre les entreprises.

⁶⁵ Voir la fiche relative à la communication des documents administratifs dans le cadre des marchés publics à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

⁶⁶ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156.

16.2. Le délai de suspension de la procédure.

16.2.1. *Marchés ou accords cadres passés selon une procédure formalisée*

Après l'envoi de la décision d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, l'acheteur doit respecter un délai minimal, avant de signer le marché. Ce délai doit être précisé dans la notification de la décision, il est destiné à rendre possible l'exercice d'un recours précontractuel⁶⁷.

La notification des décisions de rejet et d'attribution peut être effectuée par voie postale ou par voie électronique. Les délais à respecter sont les suivants⁶⁸ :

- Lorsque la décision est envoyée par voie postale à au moins un candidat, le délai minimal est de seize jours entre la date d'envoi de la décision d'attribution et la signature du contrat.
- Lorsque la décision est envoyée par voie électronique, y compris par voie de télécopie⁶⁹, à tous les candidats, le délai minimal à respecter est réduit à au moins onze jours.

16.2.2. *Marchés passés sur le fondement d'un accord cadre ou d'un système d'acquisition dynamique.*

Le respect de ces délais n'est pas obligatoire pour les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique (article 80 I 2° b). Cependant, pour ces contrats, dès lors que l'acheteur a respecté les délais minimaux mentionnés ci-dessus, après avoir envoyé aux titulaires de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique une décision d'attribution dans les conditions définies au paragraphe précédent, les marchés subséquents ou spécifiques ne pourront pas être contestés par la voie du référé contractuel (article L. 511-15 alinéa 2 du code de justice administrative).

16.2.3. *Marchés passés en procédure adaptée et marchés exclus.*

Les marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés exclus du code ne sont pas soumis au respect du délai de suspension de la signature prévue au I de l'article 80.

Néanmoins, les acheteurs peuvent avoir intérêt à s'astreindre volontairement à certaines formalités, pour éviter les contestations du contrat après sa signature. Ils doivent alors :

- envoyer au *Journal officiel* de l'Union européenne un avis relatif à l'intention de conclure le contrat. Cet avis remplace alors la décision d'attribution. Il doit être établi conformément au modèle communautaire.
- respecter un délai de onze jours, entre la date de publication de cet avis et la signature du marché.

⁶⁷ Le défaut d'indication du délai de suspension a pour effet de priver les candidats évincés de leur droit à exercer utilement un recours en référé précontractuel (CE, 24 juin 2011, *OPH interdépartemental de l'Essonne*, n° 346665).

⁶⁸ Ces délais sont, comme tous les délais mentionnés dans le code des marchés publics, des délais calendaires. Le délai calendaire est un délai qui inclut les jours fériés. Les jours calendaires correspondent donc au calendrier, soit sept jours par semaine et non pas les cinq jours ouvrés par semaine. Par exemple, un délai calendaire de 10 jours correspond à une semaine, samedi et dimanche compris, et trois jours.

⁶⁹ TA Strasbourg 21 juillet 2010, *Société Energest*, n° 1003146

Si ces deux formalités sont respectées, les candidats évincés sont en mesure d'exercer un référé précontractuel. Le contrat ne pourra donc pas être contesté par la voie du référé contractuel prévu aux articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

16.3. La notification.

Un marché ou accord-cadre d'un montant supérieur à 20 000 € doit être notifié au titulaire du marché, avant tout commencement d'exécution⁷⁰ (article 81).

L'acheteur public veillera à procéder à la notification du marché, dès que le délai de suspension de la procédure sera épuisé. La pratique consistant à retarder cette notification, sans motif sérieux et sans aviser l'entreprise retenue du terme de ce retard, est à proscrire.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en l'envoi d'une copie du contrat, signé par l'autorité compétente. C'est à compter de la date de notification au titulaire, que le contrat commence à produire ses effets juridiques. L'acheteur a donc tout intérêt à connaître de manière certaine la date de réception de la notification par le titulaire du contrat, par exemple par envoi en recommandé avec accusé de réception, par remise directe au titulaire contre récépissé ou par envoi électronique via le profil d'acheteur si celui-ci permet d'obtenir la preuve de la réception. Le titulaire doit attendre d'avoir reçu la notification, avant de commencer à exécuter le contrat, faute de quoi les prestations exécutées n'auront aucune base juridique et leur paiement pourra être refusé.

Une étape supplémentaire s'intercale entre la signature et la notification, dans les cas où un contrôle de légalité du contrat est prévu. Sont concernés les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que les établissements publics sociaux et médico-sociaux⁷¹. Ce contrôle de légalité est régi par des textes législatifs particuliers : code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales (articles L. 2131-1 et suivants pour les communes, articles L. 3131-1 et suivants pour les départements, articles L. 4141-1 et suivants pour les régions) et article L. 315-14 du code de l'action sociale et des familles pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux

La transmission effectuée dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales doit concerner tant la délibération de l'assemblée délibérante autorisant l'autorité exécutive à signer le contrat, que le contrat signé⁷². Tous les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur ou égal à un seuil actuellement fixé à 193 000 € HT par l'article D. 2131-5-1 du code général des collectivités territoriales doivent être transmis au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité.

Aussi convient-il de procéder en plusieurs étapes successives :

- choix du titulaire du contrat ;
- information des autres candidats du rejet de leur offre ;
- délibération autorisant la signature du contrat ;
- transmission de cette délibération au contrôle de légalité ;
- conclusion (signature) du contrat ;
- transmission, s'il y a lieu, du contrat au contrôle de légalité ;

⁷⁰ La procédure de notification décrite ici ne doit pas être confondue avec la transmission au contrôle de légalité. Les seuils de référence, l'objet et les modalités diffèrent.

⁷¹ La loi n° 2009-879 du 21/07/2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a supprimé le contrôle de légalité pour les marchés publics des établissements publics de santé.

⁷² CE, avis du 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, n°s 176873, 176874 et 176875.

- notification du contrat au titulaire ;
- commencement d'exécution.

Lorsque le contrat est soumis au contrôle de légalité, la notification ne peut, en effet, intervenir qu'après la transmission des pièces nécessaires à ce contrôle aux services du représentant de l'État. La notification au titulaire est alors accompagnée de l'accusé de transmission de ces pièces.

16.4. L'avis d'attribution.

La publication d'un avis d'attribution est obligatoire pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur aux seuils communautaires (article 85 du code).

Le pouvoir adjudicateur doit faire publier l'avis d'attribution dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché⁷³, dans les mêmes conditions et en utilisant les mêmes moyens publicitaires que ceux utilisés lors de l'avis d'appel public à la concurrence. Pour les marchés de services de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 193 000 EUR HT⁷⁴, l'avis est envoyé à l'Office des publications officielles de l'Union européenne mais l'acheteur public ne peut pas autoriser la publication.

La publication de l'avis d'attribution au *Journal officiel de l'Union européenne* conformément aux formulaires établis par le règlement communautaire (CE) n° 1564-2005 de la Commission du 7 septembre 2005 déclenche le délai de recours de trente-et-un jours du référé contractuel (article R 551-7 du code de justice administrative)..

En l'absence d'avis d'attribution, ce délai de recours est porté à six mois courant à compter de la signature du contrat.

La publication d'un avis d'attribution est facultative pour les marchés passés selon une procédure adaptée. L'intérêt de cette publication pour les acheteurs est de réduire le délai de recours du référé contractuel de six mois à un mois (article 85-1 du code).

Outre le référé contractuel, un contrat pourrait être contesté par la voie du recours en contestation de validité créé de manière prétorienne par le juge administratif (CE, Ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 293229). Ce recours est ouvert dans un délai de deux mois courant à compter de mesures de publicité appropriée. La publication d'un tel avis d'attribution peut constituer une mesure de publicité appropriée permettant de faire courir ce délai de recours.

17. *Ne pas omettre les obligations de publicité a posteriori.*

Le code des marchés publics oblige les acheteurs à publier, chaque année, une liste des marchés conclus l'année précédente, ainsi que le nom de leurs attributaires.

Les modalités d'application de cet article sont définies par l'arrêté du XXX relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices

⁷³ Les délais mentionnés sont, comme tous les délais du code des marchés publics, des délais calendaires. Le délai calendaire est un délai qui inclut les jours fériés. Les jours calendaires correspondent donc au calendrier, soit sept jours par semaine et non pas les cinq jours ouvrés par semaine. Par exemple, un délai calendaire de 10 jours correspond à une semaine, samedi et dimanche compris, et trois jours ;

⁷⁴ Ce seuil résulte du décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 modifiant les seuils applicables aux marchés passés en application du code des marchés publics et 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 et aux contrats de partenariat. Révisé tous les deux ans, il sera modifié le 1^{er} janvier 2012.

- l'arrêté laisse aux administrations le choix du support pour communiquer la liste des marchés conclus l'année précédente : publication sur le profil d'acheteur ou le site internet des collectivités, publication dans la presse, etc.
- les marchés inférieurs à 20 000 € sont placés hors du champ de ce recensement
- les marchés doivent être présentés en distinguant selon le type d'achat : travaux, fournitures et services. Puis, au sein de chaque catégorie, les marchés doivent être regroupés, en fonction de leur montant, dans différentes tranches, dont les montants sont précisés par l'arrêté du XXX. Doivent également figurer sur la liste l'objet et la date du marché, ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France.

QUATRIÈME PARTIE

L'exécution des marchés

18. *Comment contribuer à la bonne exécution des marchés publics ?*

Seul le comptable public du pouvoir adjudicateur est compétent pour payer les prestations d'un marché public (cf. art. 12 du code).

La quatrième partie du code énumère différentes mesures facilitant le financement des opérateurs économiques, tout en assurant la protection des intérêts financiers des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire des deniers publics (art. 92 à 100, par exemple).

18.1. Le paiement direct du sous-traitant

Le recours par l'entrepreneur à d'autres entreprises pour exécuter certaines prestations, qu'il ne peut ou qu'il ne veut assurer lui-même, favorise l'accès à la commande publique des entreprises spécialisées et des petites et moyennes entreprises.

Les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement, ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations sont issus de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance et détaillés aux articles 112 à 117 du code.

Il importe de rappeler que :

- la sous-traitance ne peut être utilisée que pour les marchés de travaux, les marchés de services et les marchés industriels (art. 112) ;
- le choix de sous-traiter peut être opéré par le titulaire au moment de l'offre, de la proposition ou après la conclusion du marché (art. 112) ;
- la sous-traitance ne peut être totale (art. 112 et 113) ;
- l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être prononcés, avant l'exécution des travaux rémunérés par le paiement (art. 114) ;
- il n'y a pas de relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Seul le titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle : il est responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par les sous-traitants (art. 113). Il en résulte que les actes spéciaux de sous-traitance ne comportent pas nécessairement toutes les mentions du contrat de sous-traitance (ou sous-traité), qui relèvent de la relation de droit privé entre le titulaire du marché et son sous-traitant.
- le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct, si les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites et que le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC (art.

115 à 117). Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite. Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la loi (articles 7 et 15 de la loi n° 75-1334 précitée).

Les sous-traitants peuvent être réglés rapidement grâce à la simplification de la procédure de paiement. Le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement au titulaire du marché, ainsi qu'au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché.

Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours, pour donner son accord ou notifier son refus au sous-traitant, ainsi qu'au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché. Le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant, dans le délai prévu à l'article 98.

Ce délai court à compter de la réception de l'accord du titulaire ou de l'expiration du délai de 15 jours précédemment mentionné, si le titulaire n'a notifié aucun accord ou refus au pouvoir adjudicateur.

18.2. Le versement d'avances aux titulaires de marchés publics.⁷⁵

L'octroi des avances a pour objet de faciliter l'exécution des marchés et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises, entre celles disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas.

Tel est le cas, notamment, des petites et moyennes entreprises et de la majorité des associations qui œuvrent dans des secteurs économiques.

Le montant à partir duquel cette avance est obligatoirement accordée au titulaire ou au sous-traitant d'un marché est de 50 000 EUR HT (art. 87 du CMP). Toutefois, cette obligation ne s'impose que si le délai d'exécution du marché est supérieur à deux mois. Le montant minimum de l'avance est fixé à 5 %.

Le calcul du montant de l'avance se fait sur la base du montant des prestations exécutées en propre par le titulaire. **L'assiette de l'avance ne comprend donc pas le montant des prestations sous-traitées qui font l'objet d'un paiement direct. En revanche, le montant des prestations sous-traitées qui ne font pas l'objet d'un paiement direct au sous-traitant est inclus pour le calcul de l'avance versée au titulaire.**

Si la durée d'exécution est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est de 5% du montant TTC (hors sous-traitance) du marché ou de la tranche affermie, ou du montant minimum du bon de commande ou, à défaut, du bon de commande.

Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme égale à douze fois le montant TTC (hors sous-traitance) du marché ou de la tranche affermie ou du montant minimum du bon de commande ou, à défaut, du bon de commande, divisé par cette durée exprimée en mois.

Pour les marchés à bons de commandes, le calcul est différent, selon si le marché comporte ou non un montant minimum.

Dans le cas où le marché prévoit un montant minimum :

- si la durée du marché est inférieure à 12 mois, le montant de l'avance est fixé à 5% du montant minimum, toutes taxes comprises, du marché ;

⁷⁵ Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics a mis en place un dispositif transitoire présenté dans la circulaire du Premier ministre du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française.

- si la durée du marché est supérieure à 12 mois, le montant de l'avance est fixé 5 % d'une somme égale à 12 fois le montant minimum du marché, divisé par la durée du marché exprimée en mois.

Dans le cas où le marché ne prévoit pas de minimum, ni de maximum ou comporte un minimum et un maximum fixés en quantité :

- si la durée du bon de commande est inférieure à 12 mois, le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant, toutes taxes comprises, du bon de commande ;
- si la durée du bon de commande est supérieure à 12 mois, le montant de l'avance est fixé à 5 % d'une somme égale à 12 fois le montant du bon de commande, divisé par la durée du bon de commande exprimée en mois.

Lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 %, les collectivités territoriales ont la possibilité de conditionner le versement de la constitution d'une garantie à première demande.

Le marché peut prévoir que l'avance versée dépasse 5 %, sans pour autant excéder 30 % de ces montants. Cependant, l'avance peut être portée à un maximum de 60 % si l'entreprise qui en bénéficie (titulaire ou sous-traitant) constitue une garantie à première demande.

Lorsque le titulaire est un groupement d'entreprises, le droit à l'avance s'apprécie par rapport au montant total du marché, de la tranche ou du bon de commande et non par rapport au montant de la part des prestations devant être exécutées par chacun de ses membres. De même, en cas de sous-traitance, l'assiette de l'avance est le montant de la part sous-traitée. **Dès lors que le titulaire bénéficie de l'avance, le sous-traitant bénéficiant du paiement direct peut en bénéficier également.**

Les modalités et le rythme de remboursement de l'avance sont prévus au marché. Le remboursement de l'avance doit être terminé, lorsque le montant des prestations exécutées par l'entreprise qui en a bénéficié atteint 80 % du montant TTC des prestations qui lui sont confiées (art. 88 à 90).

Les avances sont un moyen de financement de l'économie. L'avance constitue un droit pour les entreprises, qui peuvent toutefois y renoncer. Ce renoncement ne doit cependant pas résulter de pressions que le pouvoir adjudicateur exercerait sur ses fournisseurs. Un tel comportement serait inadmissible de la part d'acheteurs publics.

Les montants fixés par le code sont des minima. L'acheteur public peut toujours décider le versement d'avances d'un montant plus élevé. Cette pratique peut être utile, notamment en période de difficultés économiques, pour aider les entreprises à exécuter le marché dans de bonnes conditions.

18.3. Le versement d'acomptes aux titulaires de marchés publics.

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations effectuées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait. L'acheteur doit vérifier que la prestation a été effectuée. Cette vérification est constatée par un document écrit qu'il établit lui-même ou vérifie et déclare accepter. La périodicité de versement des acomptes est 3 mois maximum ; dans les cas prévus à l'article 91, elle peut être ramenée à 1 mois.

Le dernier acompte ne doit pas être confondu avec le solde, qui, pour les marchés de travaux, ne peut être déterminé que lors de l'établissement du décompte général

18.4. L'encadrement des garanties financières exigées des titulaires de marchés publics.

Les marchés publics peuvent prévoir s'il y a lieu, à la charge du titulaire, une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des avenants (art. 101). La retenue de garantie est prélevée par fractions sur chacun des versements, hormis lorsque ces versements présentent le caractère d'une avance, dont la base de calcul est différente. Cette retenue de garantie est destinée à couvrir les réserves à la réception des prestations.

A défaut de la formulation de telles réserves dans le délai de garantie, cette retenue de garantie doit être remboursée un mois, au plus tard, après l'expiration du délai de garantie. Il serait, en effet, inadmissible de retarder le paiement du titulaire du marché sans justification. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par le décret mentionné à l'article 98 du code des marchés publics.⁷⁶

Le titulaire peut, pendant toute la durée du marché, substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Cette possibilité doit permettre aux entreprises une plus grande marge de manœuvre pour gérer leur marché. Ainsi, un titulaire de marché peut, par exemple, à la réception des travaux, fournir une caution « papier », valable jusqu'à la fin du délai de garantie et récupérer la retenue de garantie.

La garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire, ainsi que la retenue de garantie, est calculée sur le montant total du marché, y compris les avenants. Le montant de cette garantie à première demande ou de cette caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur au montant de la retenue de garantie, si celle-ci était appliquée. En cas de remplacement de la retenue de garantie par une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire en cours de marché, les montants déjà prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Lorsque les conditions prévues par le code sont réunies, la libération des garanties, quel que soit le régime de garantie retenu, procède de la décision du seul acheteur public et non du comptable public.

18.5. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai global de paiement.

L'article 98 précise les délais dans lesquels les paiements des prestations d'un marché public doivent s'effectuer. Le délai maximum de paiement de l'Etat, de ses établissements publics administratifs, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics est de 30 jours.

Les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées bénéficient d'un délai de 50 jours. Les établissements sociaux et médico-sociaux ne bénéficient pas de ce délai spécifique, le délai de 30 jours leur est donc applicable.

Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Les modalités de mise en œuvre du délai global de paiement des marchés publics et de calcul des intérêts moratoires sont détaillées par le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics-

⁷⁶ Décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics modifié .

Le dispositif concernant le taux des intérêts moratoires à appliquer en cas de dépassement du délai maximum de paiement est le suivant :

- pour les marchés passés par les établissements de santé des armées et les établissements publics de santé, le taux des intérêts moratoires est celui de l'intérêt légal majoré de deux points, sauf pour les marchés formalisés si le taux des intérêts moratoires n'est pas référencé dans le marché : il est, dans ce cas, fait application du taux mentionné au paragraphe suivant ;

- pour les autres marchés, il est fait application du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points. Ce taux est mis à jour le 1^{er} janvier et le 1^{er} juillet de chaque année civile.

Dans tous les cas, pour la liquidation des intérêts moratoires, le taux à prendre en compte est le taux en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir. **Durant l'exécution d'un marché public, plusieurs incidents de paiement peuvent survenir. Conformément à l'article 5 du décret du 21 février 2002, il convient d'appliquer le taux en vigueur au moment de l'incident pour la liquidation des sommes dues au titre des intérêts moratoires. Il est, en conséquence, possible que plusieurs taux soient applicables au cours de l'exécution d'un même marché, en particulier si celui-ci est prévu pour une longue durée.**

La formule de calcul des intérêts moratoires est la suivante :

$$\text{montant payé tard TTC} \times \frac{\text{nb jours dépassement}}{365} \times \text{taux}$$

Des intérêts moratoires complémentaires sont dus, lorsque le mandatement des intérêts moratoires n'est pas intervenu au plus tard le 30^{ème} jour suivant la date de paiement du principal. Leur formule de calcul est :

$$\text{montant des IM initiaux} \times \frac{\text{nb de jours de retard sur IM}}{365} \times \text{taux}$$

Le paiement des intérêts moratoires est de droit, ils sont dus par les collectivités publiques dès lors que le délai maximum de paiement est dépassé. Il n'est pas admissible de chercher à échapper au paiement d'intérêts moratoires dus, au motif que les entreprises n'osent pas demander leur paiement.

L'acheteur public veillera à payer promptement ce qu'il doit. Tarder à régler à une entreprise ce qui lui est dû met en danger celle-ci, notamment s'il s'agit d'une petite ou moyenne entreprise.

Ce retard est aussi extrêmement coûteux pour l'acheteur public, en raison du montant très élevé des intérêts moratoires⁷⁷.

Des délais spécifiques s'appliquent dans le cadre d'un dispositif particulier, prévu par l'article L. 443-1 du code de commerce, indépendant de celui prévu par le décret du 21 février 2002. Les délais prévus par cet article s'appliquent, depuis la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises, à tout « producteur, revendeur ou prestataire de services », ce qui est susceptible de concerner les personnes publiques, lorsqu'elles se livrent à des activités commerciales au sens du code de commerce

⁷⁷ Ou de l'augmentation des prix opérée par les entreprises, pour anticiper des retards de paiement supposés.

18.6. Le versement de primes de réalisation anticipée.

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés, aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations ou de réduire les coûts de production (article 17 du code).

L'article 20.2 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009 mentionne que « Si les documents particuliers du marché prévoient des primes d'avance, leur attribution est faite sans que le titulaire soit tenu de les demander, qu'il s'agisse de primes relatives à l'exécution de l'ensemble des travaux ou de primes concernant certains ouvrages, parties d'ouvrages ou ensembles de prestations faisant l'objet de délais particuliers ou de dates limites fixés dans le marché». Des dispositions équivalentes figurent dans tous les CCAG.

Il est recommandé aux acheteurs publics de mettre en place de telles primes, souvent plus efficaces que des pénalités de retard.

18.7. Les possibilités de refinancement au moyen de cessions ou de nantissement des créances issues de marchés publics.

Le titulaire et tout sous-traitant payé directement peuvent céder ou nantir à des établissements de crédit, par exemple, leur créance, dans les conditions prévues aux articles 106 à 110 du code des marchés publics.

A cette fin, le pouvoir adjudicateur remet au titulaire et à tout sous-traitant payé directement, à sa demande, soit une copie de l'original du marché, de l'avenant ou de l'acte spécial de sous-traitance indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire, soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle défini par l'arrêté du 28 août 2006 relatif au certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics.

Le titulaire du marché, s'il décide de céder sa créance à une banque ou à une autre entreprise ou de la nantir, remet cet exemplaire unique ou ce certificat de cessibilité à son cessionnaire (ou au bénéficiaire du nantissement). Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant et lui fait parvenir l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité.

La notification d'une cession consentie à une banque, issue de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 modifiée, dite « loi Dailly », dont les dispositions sont reprises dans le code monétaire et financier, doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen permettant de donner date certaine.

En revanche, la notification d'une cession de droit commun donne lieu à signification par acte d'huissier.

La notification ou la signification doit impérativement être faite auprès du comptable public assignataire des paiements, seul habilité à la recevoir. Il est utile que les services ordonnateurs indiquent au cessionnaire la nécessité d'établir sa notification entre les mains du comptable, en vue du paiement au bon bénéficiaire.

Le dispositif de l'exemplaire unique (certificat de cessibilité) évite que la même créance soit cédée plusieurs fois ou qu'une entreprise cède la créance d'une autre. Il importe donc tout particulièrement, pour que ce dispositif fonctionne bien, que le pouvoir adjudicateur opère un suivi de chaque exemplaire unique ou certificat de cessibilité délivré au titre du marché, lorsque la part respective des entreprises (titulaire, sous-traitants) est modifiée en cours de contrat. Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise les conditions dans lesquelles ce certificat de cessibilité peut être dématérialisé.

Si le marché est exécuté par un groupement d'entreprises, la délivrance de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité obéit à des règles différentes selon le type de groupement.

Dans le cas d'un groupement conjoint, il convient de délivrer à chacune des entreprises concernées un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le cas d'un groupement solidaire, si les prestations effectuées par les entreprises composant le groupement ne sont pas individualisées, il convient de délivrer l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité au nom du groupement. Si, en revanche, les prestations sont individualisées, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité est délivré à chaque entreprise pour la part des prestations qu'elle exécute.

Dans le cas d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches, il est délivré, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

18.8. Les possibilités de modifier le contrat initial par avenants et décisions de poursuivre.

Lorsque l'économie et l'objet d'un marché ne sont pas remis en cause, il est possible, si besoin, de poursuivre l'exécution des prestations au-delà du montant prévu par le marché. Toutefois, cette situation requiert la conclusion d'un avenant ou la prise d'une décision de poursuivre, que les prix du marché soient forfaitaires ou unitaires. En effet, le montant évaluatif d'un marché à prix unitaires engage les parties, au même titre que le montant d'un marché à prix forfaitaires : l'avenant ou la décision de poursuivre est alors indispensable même si, seules, les quantités sont affectées et non les prix unitaires eux-mêmes.

18.8.1. L'avenant

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses (art. 118). Cette modification ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même.

Dans un arrêt du 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH* (Aff. C-454/06), la Cour de Justice des Communautés Européennes a précisé que la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle et ne peut donc être effectuée par avenant :

- lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (point 35 de l'arrêt précité) ;
- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus (point 36) ;
- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial (point 37).

La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles. Un avenant peut alors être conclu pour y faire face, sans limite de montant. Cette exception est applicable à toutes les catégories de marchés : travaux, fournitures et services.

Sous les réserves précédentes, la modification résultant d'un avenant peut porter sur tous les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché.

L'avenant a également vocation à régir les changements qui peuvent affecter la personne publique contractante (exemples : cession volontaire du marché, fusion de communes ou d'établissements publics).

De même, les modifications affectant la personne du titulaire du marché doivent donner lieu, dans certains cas, à la passation d'un avenant. A titre d'exemples, on peut citer : le décès du cocontractant, l'apport du marché par son titulaire à une société ou à un GIE, la disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle, la cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers.

Dans ces hypothèses, la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique (cf. l'avis de la section des finances du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000 sur les cessions de contrats de marchés publics ou de délégation de service public, n° 364803). Aussi, après appréciation des garanties professionnelles et financières que peut apporter le cessionnaire reprenant le contrat, pour assurer la bonne fin du contrat, la personne publique cocontractante ne peut refuser la cession que pour un motif tiré des garanties en capacités insuffisantes du repreneur. Si la cession lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie du contrat, la collectivité publique est tenue de refuser son autorisation de cession.

En revanche, un avenant n'est pas nécessaire dans les cas suivants : reprise du contrat par l'administrateur judiciaire lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, changement n'affectant pas la forme juridique de l'entreprise mais sa raison sociale ou sa domiciliation, changement de la structure de l'entreprise n'entraînant pas la création d'une nouvelle personne morale (par exemple : transformation d'une SARL en SA).

Tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local autre qu'un établissement public de santé et un établissement public social et médico-social entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsque le marché initial avait été lui-même soumis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis.

L'avenant doit être distingué des marchés complémentaires négociés sans publicité préalable et mise en concurrence (art. 35-II [4° et 5°] du code). Ces marchés complémentaires sont des nouveaux marchés dont le montant cumulé, pour les marchés complémentaires de services et de travaux, ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial.

18.8.2. La décision de poursuivre.

La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui a pour objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe (art. 118). Elle ne doit, en aucun cas, bouleverser l'économie du marché, ni en affecter l'objet.

A la différence de l'avenant, acte contractuel, la décision de poursuivre est signée par la seule personne publique.

Les conditions dans lesquelles l'acheteur peut utiliser la décision de poursuivre doivent être prévues dans le marché. Il en est ainsi, lorsque celui-ci vise le CCAG applicable aux marchés de travaux. Elle permet d'engager les travaux imprévus nécessaires à la réalisation de l'ouvrage dans des délais courts et, dans certains cas, avant même qu'il y ait accord sur les prix. En effet, la décision de poursuivre peut être prise sur la base des prix provisoires notifiés à l'entrepreneur par les ordres de service lui prescrivant d'exécuter les travaux supplémentaires

19. Comment prévenir et régler à l'amiable un différend portant sur l'exécution des marchés publics ?

19.1. Prévenir les litiges : le recours à « l'interlocuteur unique »

A l'instar de ce que prévoit le CCAG-travaux (article 3.3), il est possible de prévoir, pour toutes les catégories de marchés, une clause stipulant que le pouvoir adjudicateur désigne, dès notification du marché, une personne physique, de préférence sans lien hiérarchique avec les personnes chargées du suivi du dossier, qui sera habilitée à le représenter auprès du titulaire du marché.

Ce représentant du pouvoir adjudicateur, qui constitue l'interlocuteur unique du titulaire du marché, peut avoir un rôle de médiation, afin de résoudre les difficultés qui pourraient apparaître lors de l'exécution du marché.

19.2. Régler à l'amiable les litiges

Trois moyens sont à la disposition des acheteurs publics.

19.2.1. La conciliation.

Les parties peuvent convenir de recourir à un tiers conciliateur. La conciliation est organisée librement. Elle peut être confiée à un magistrat administratif (art. L. 211-4 du code de justice administrative).

Pour conclure une conciliation ou formaliser un avis d'un CCRA, une transaction peut être conclue dans les conditions rappelées par les circulaires du 7 septembre 2009⁷⁸ et du 6 avril 2011⁷⁹.

19.2.2. Les comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics⁸⁰.

Ce sont des organismes consultatifs de conciliation, qui peuvent être saisis de tout différent ou litige survenu au cours de l'exécution d'un marché public ou d'un accord-cadre.

⁷⁸ Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

⁷⁹ Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour amiablement les conflits.

⁸⁰ <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

Composés de façon paritaire et présidés par un magistrat administratif, le comité national et les sept comités locaux (Paris, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lyon, Nancy et Marseille) ne constituent ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage. Ils recherchent, à la demande du titulaire du marché ou de l'acheteur public, les éléments de fait et de droit en vue d'une solution amiable et équitable (CMP, art. 127). L'originalité du rôle des comités est qu'ils ne statuent pas seulement en droit. Ils peuvent prendre en compte l'équité pour proposer la solution la plus appropriée aux parties. Les avis rendus par les comités ne s'imposent pas aux parties : celles-ci demeurent libres de le suivre ou non.

La saisine d'un comité interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend les délais de recours contentieux.

Les règles relatives à la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics sont fixées par le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010.

19.2.2. *L'arbitrage.*

L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées par l'article 128 du code des marchés publics.

La sentence arbitrale a un caractère juridictionnel⁸¹.

⁸¹ Art. 1484 du code de procédure civile : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. ». En application de l'article 128 du code des marchés publics, le livre IV du code de procédure civile est applicable.

CINQUIÈME PARTIE

Les dispositions applicables aux entités adjudicatrices

Les entités adjudicatrices appliquent les mêmes règles que les pouvoirs adjudicateurs, à l'exception des dérogations expressément mentionnées dans la deuxième partie du code.

20. Quels sont les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices et quelles règles particulières de passation des marchés leur sont-elles applicables ?

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics sont qualifiés d'entités adjudicatrices, lorsqu'ils passent des marchés en tant qu'opérateurs de réseaux dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ils sont alors soumis à des règles sensiblement différentes, plus souples, qui transposent la directive « secteurs » n° 2004/17/CE du 31 mars 2004. Une même personne publique sera donc qualifiée de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice, selon la nature de l'activité au titre de laquelle elle passe un marché public.

20.1. Quelles sont les activités d'opérateurs de réseaux ?

20.1.1. Les activités soumises au code en matière d'électricité, de gaz ou de chaleur.

- a) 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 ;
- b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ;
- c) L'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur.

Le pouvoir adjudicateur soumis au code doit respecter les règles définies dans la deuxième partie, relative aux entités adjudicatrices lorsque :

- soit il exploite lui-même le réseau ;
- soit il effectue des achats permettant de construire, d'organiser et de mettre le réseau à la disposition d'un tiers auquel sera attribuée la gestion du réseau conformément aux différents modes de dévolution autorisés. Il peut également s'agir du cas où la réfection du réseau ou son extension reste, malgré le contrat d'exploitation, à la charge de l'entité adjudicatrice propriétaire du réseau ;
- soit il alimente le réseau.

20.1.2. Les activités soumises au code en matière d'eau.

- a) 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 ;
- b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ;
- c) L'alimentation de ces réseaux en eau potable ;
- d) Les marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées aux trois alinéas précédents, lorsque ces marchés sont liés soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées, 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 représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets.

20.1.3. Les activités soumises au code en matière de transport.

- a) L'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique ;
- b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

20.1.4. Les activités postales.

La Poste n'entre pas dans le champ d'application du code. Il s'agit ici des activités postales exercées par certains ministères, comme celui de la défense (service de la poste interarmées).

20.1.5. Les autres activités.

- a) 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.
- b) Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux de transport (exemple : les activités relatives à l'exploitation de l'espace aérien ou maritime).

20.1.6. Les facteurs communs.

Le contrat, par lequel l'entité adjudicatrice confie à un tiers la gestion et l'exploitation du réseau, ne constitue pas une activité d'opérateur de réseau (CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP*, n° 297711). En effet, par cet acte, la personne publique se dessaisit du réseau et perd sa qualité d'entité adjudicatrice pour reprendre sa qualité de pouvoir adjudicateur. En revanche, la mise à disposition du réseau constitue une « activité » d'opérateur de réseau, au sens de l'article 135.

20.2. Quelles sont les exceptions à l'application du code des marchés publics ?

Les articles 136 à 140 énumèrent les cas dans lesquels les marchés passés par les entités adjudicatrices ne sont pas soumis aux règles de procédure et de publicité du code des marchés publics.

Ces dispositions visent :

- a) Les cas pour lesquels l'application des règles du code est exclue en raison des circonstances de l'achat. Sont ici visées les exclusions de l'article 3 du code applicables aux pouvoirs adjudicateurs (art. 136).
- b) Les cas de certains marchés passés par l'entité adjudicatrice ou le groupement d'entités adjudicatrices avec des organismes particuliers. La justification de l'exclusion tient à la nature de l'organisme cocontractant. Il s'agit ici d'exclure du champ du code les contrats passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise qui lui est liée lorsqu'on peut considérer qu'il s'agit de prestations effectuées en interne. Il s'agit d'un cas particulier de prestations intégrées plus large que les prestations de quasi-régies pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 138 et 139, cf. 3.1 du présent guide).
- c) Les cas pour lesquels l'application des règles du code ne se justifie plus dans la mesure où la Commission européenne a établi que l'activité d'opérateurs était exercée dans un cadre pleinement concurrentiel (art. 140).

20.3. Quelles sont les principales différences de règles de procédure entre les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs ?

Le régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, se caractérise par une plus grande souplesse

20.3.1. Les seuils applicables.

Le seuil particulier applicable aux marchés de fournitures et de services passés par les entités adjudicatrices est fixé à l'article 144 du code des marchés publics⁸². Le seuil de dispense de publicité n'est pas de 4000 €HT, seuil uniquement applicable aux pouvoirs adjudicateurs, mais de 20 000 €HT.

Le seuil applicable aux marchés de travaux est le même, mais ne s'évalue pas de la même manière. Il convient, en effet, de prendre en compte non seulement la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération et pouvant porter sur un ou plusieurs ouvrages, à laquelle on ajoute la valeur des fournitures, mais aussi les services (à l'exception des services de maîtrise d'œuvre) nécessaires à leur réalisation que l'entité adjudicatrice met à la disposition des opérateurs. Les pouvoirs adjudicateurs n'ont à prendre en compte que la valeur des fournitures. Les entités adjudicatrices disposent, en effet, souvent de bureaux d'étude intervenus en amont de la procédure et susceptibles d'apporter leur expertise à l'entreprise titulaire du marché.

20.3.2. Le choix des procédures.

A la différence des pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices peuvent recourir librement à la procédure négociée, avec mise en concurrence.

⁸² 412 000 euros HT, 387 000 euros HT depuis le 1^{er}/01/2010.

Seule la procédure négociée sans mise en concurrence est restrictivement encadrée ; on retrouve à peu de choses près les mêmes cas que ceux de la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence prévus pour les pouvoirs adjudicateurs.

La procédure de dialogue compétitif n'est pas prévue pour les entités adjudicatrices. Cette situation est justifiée par le fait que, dans tous les cas, les entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée avec mise en concurrence d'usage plus aisé. Cependant, elles peuvent s'inspirer de la procédure du dialogue pour mener leurs négociations.

20.3.3. Le système de qualification des opérateurs économiques.

Le système de qualification des opérateurs économiques est un système de présélection d'opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations. Il permet de constituer un vivier, dans lequel l'entité adjudicatrice peut choisir les futurs titulaires de ses marchés. L'entité adjudicatrice peut même recourir à un système de qualification mis en place par un tiers. Il s'agit d'un système de présélection de candidats potentiels et non de la phase de sélection des candidatures pour un marché donné (art. 152 à 155). L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de mettre en concurrence tous les opérateurs économiques ainsi présélectionnés, mais peut, dans le respect des prescriptions du code, lancer une procédure en ne consultant que certains d'entre eux.

20.3.4. Les variantes.

A l'inverse de la règle en vigueur pour les marchés passés selon une procédure formalisée des pouvoirs adjudicateurs, les variantes sont admises par principe, sauf indications contraires dans les documents de la consultation. Les entités n'ont donc pas besoin de les autoriser expressément (art. 157).

20.3.5. Les offres contenant des produits originaires de pays tiers.

Une disposition applicable uniquement aux marchés de fournitures autorise les entités adjudicatrices soit à rejeter des offres au motif qu'elles contiennent un certain pourcentage de produits originaires des pays tiers avec lequel la Communauté européenne n'a conclu aucun accord commercial, soit à accorder un droit de préférence à équivalence d'offres (art. 159).

20.3.6. Les délais.

Du fait de l'importance et de la complexité des marchés passés par les entités adjudicatrices, les délais de réception des offres en procédure d'appel d'offres ouvert sont plus importants, les délais de réductions qui y sont associées sont aussi sensiblement différents (art. 160).

Dans les cas particuliers de l'appel d'offres restreint et de la procédure négociée, la date limite de réception des offres est déterminée d'un commun accord entre l'entité et les candidats sélectionnés (art. 163 et 166).

20.3.7. Nombre minimal de candidats admis.

En appel d'offres restreint et en procédure négociée avec mise en concurrence, les entités adjudicatrices ne sont pas tenues de fixer un nombre minimal de candidats admis à déposer une offre à 5 ou 3 (art. 162 et 165).

20.3.8. Marchés de maîtrise d'œuvre.

Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues de recourir au concours pour les marchés de maîtrise d'œuvre (art. 168), contrairement aux pouvoirs adjudicateurs pour lesquels le concours est une procédure imposée, sauf lorsqu'ils se trouvent dans l'un des quatre cas dérogatoires fixés à l'article 74 du code.

20.3.9. Accord-cadre et marché à bon de commande.

Les modalités de passation des accords-cadres et des marchés à bons de commandes sont plus souples et moins encadrées que celles applicables aux pouvoirs adjudicateurs, notamment s'agissant de la durée de ces contrats, de l'absence d'un nombre minimum de candidats, ou encore de la possibilité de conclure les marchés passés sur la base d'un accord-cadre selon la procédure négociée sans mise en concurrence préalable (art. 169).

20.3.10. Modalités de publicité.

L'avis de préinformation prend le nom d'avis périodique indicatif (art. 149) et assure une double fonction :

- la même fonction que l'avis de préinformation des pouvoirs adjudicateurs ;
- tenir lieu d'avis d'appel public à la concurrence, lorsqu'il comporte les mentions complémentaires suivantes (art. 151) :
 - la référence des prestations, objet du marché ;
 - la mention que l'avis ne sera suivi d'aucun avis d'appel public à la concurrence ;
 - une invitation à se faire connaître, adressée aux opérateurs économiques intéressés.

L'entité adjudicatrice doit ensuite adresser à ces opérateurs économiques une lettre complétant l'avis et les invitant à remettre une offre. Cette lettre doit toutefois avoir été adressée dans le délai de douze mois suivant la publication de l'avis, sans quoi celui-ci devient caduc.

En outre, les entités adjudicatrices ont trois types de formulaires concernant l'avis d'appel public à la concurrence. En effet, à la différence des pouvoirs adjudicateurs, elles peuvent utiliser le modèle d'avis périodique indicatif ou celui de l'avis sur l'existence d'un système de qualification en plus du modèle classique d'avis de marché. Cette possibilité doit leur permettre de raccourcir les délais de procédures (art. 150).

Enfin, le délai de transmission pour publication des avis d'attribution est fixé à 2 mois, alors qu'il est fixé à 48 jours pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 172).

Conclusion : maîtriser l'achat public

1. Les responsabilités croissantes données aux acheteurs publics, en particulier par les réformes opérées depuis 2006, doivent les amener à être particulièrement attentifs à l'organisation de leurs services d'achat et à la formation des personnels qui en ont la charge. L'achat public requiert une formation particulière, notamment pour l'optimisation de la technique de la négociation. En effet, le respect des règles de procédure ne suffit pas à garantir la qualité d'un achat et la meilleure gestion des deniers publics.

2. En outre, le strict respect des règles juridiques est indispensable. Il est, le cas échéant, sévèrement sanctionné par le juge, juge du référé précontractuel, juge du référé contractuel, juge des comptes, voire, s'il y a lieu, par le juge pénal⁸³. **A cette fin, les acheteurs publics sont invités à suivre les recommandations du Conseil de l'OCDE sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics⁸⁴.**

Pour guider les acheteurs dans l'exercice de leurs responsabilités et pouvoir, à tout moment de la procédure, justifier des choix opérés, il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'adopter un guide de déontologie, qui devra régir tant le comportement de leurs services d'achats, que celui des décideurs finaux. Ce guide pourra utilement contenir des règles relatives à l'interdiction des cadeaux et des invitations, à la déclaration de liens éventuels de toute nature des agents publics avec un fournisseur particulier, à l'obligation des responsables des services d'achat de prendre des congés d'une durée suffisante, à l'accès, à la sécurisation et à l'archivage des documents de toute nature retraçant les échanges avec les fournisseurs, etc.⁸⁵ L'attention des acheteurs est attirée sur le fait que nombre des documents relatifs à la passation d'un contrat constitue des documents administratifs communicables⁸⁶.

⁸³ « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public » (article 432-14 du code pénal).

⁸⁴ http://www.oecd.org/document/32/0,3343,fr_2649_34135_2516064_1_1_1_1,00.html

⁸⁵ Les décideurs publics trouveront un utile guide de contrôle interne dans les rapports du service central de prévention de la corruption disponibles sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/114000391/>

⁸⁶ Voir sur le sujet la fiche technique consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.