

Décrets, arrêtés, circulaires

Textes généraux

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

Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics

NOR: ECOM0620004C

Paris, le 3 août 2006.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre délégué au budget et à la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement, à Mesdames et Messieurs les ministres et ministres délégués

Avertissement

Le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics est publié au Journal officiel de ce jour. Il entre en vigueur le 1er septembre 2006.

Des mesures transitoires ont été prévues pour permettre d'éviter les conséquences d'un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation. Il ressort des dispositions de l'article 8 du décret précité que :

1. Les marchés notifiés avant le 1er septembre 2006 restent soumis pour leur passation comme pour leur exécution aux seules dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 31 août 2006 (c'est-à-dire le code du 7 janvier 2004 modifié), tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau code des marchés publics 2006.
2. Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé à compter du 1er septembre 2006 seront soumis aux seules dispositions du nouveau code des marchés publics tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc plus concernés par les dispositions du code des marchés publics 2004.
3. Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé avant le 1er septembre 2006, le marché étant notifié après cette date, seront, pour leur seule passation, aux dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 31 août 2006 et, pour leur seule exécution, aux dispositions du nouveau code des marchés publics. Les difficultés et litiges concernant leur passation, et notamment les règles de publicité, la production des attestations fiscales et sociales, le choix des candidats et des offres, ne seront concernés que par les dispositions du code en vigueur jusqu'au 31 août 2006, alors que les difficultés et litiges concernant l'exécution, et notamment les avenants, les conditions de résiliation, de paiement, ne seront concernés que par les dispositions du

nouveau code 2006.

*

**

La circulaire NOR : ECOZ0300024C du 7 janvier 2004 modifiée prise pour l'application du code des marchés publics est abrogée.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

Le champ d'application

LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC

SOU MIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

1. Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

1.1. Les personnes soumises au code des marchés publics.

1.2. Les organismes non soumis au code des marchés publics.

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

2.1. Un marché public est un contrat.

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux.

2.3. Un marché public peut être passé avec des personnes publiques ou privées.

2.4. Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux.

2.4.1. Les marchés publics se distinguent des subventions.

2.4.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public.

2.4.3. Les marchés publics se distinguent également des partenariats public-privé.

2.4.4. Les marchés publics se distinguent d'un ensemble d'autres instruments juridiques relevant de la commande publique et permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'associer des partenaires privés à la réalisation d'ouvrages.

2.5. Le cas particulier des contrats de mandat.

3. Quelles sont les exceptions

à l'application du code des marchés publics ?

- 3.1. Les prestations intégrées dites « in house » (art. 3 [1°]).
- 3.2. L'octroi d'un droit exclusif (art. 3 [2°]).
- 3.3. Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement (art. 3 [6°]).
- 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°]).
- 3.5. Les exclusions spécifiques (art. 3-15).

DEUXIÈME PARTIE

La préparation de la procédure

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

- 4.1. Pourquoi faut-il bien identifier les besoins ?
- 4.2. Les exceptions limitées à la définition précise des besoins.
- 4.3. De l'obligation de déterminer ses besoins par référence à des spécifications techniques.
- 4.4. De l'intérêt des variantes.
- 4.5. Qui définit les besoins ?

5. Acheter seul ou groupé ?

- 5.1. Dans le cadre d'un groupement de commandes ?
- 5.2. En ayant recours à une centrale d'achat ?
- 5.3. La coordination de commandes ?

6. Quelle forme de marché adopter ?

- 6.1. Le choix du mode de dévolution du marché.
 - 6.1.1. L'allotissement et marché unique.
 - 6.1.2. Les « petits lots ».

6.2. Les procédures de marchés « fractionnés » et de planification des marchés dans le temps.

6.2.1. Les marchés à bons de commande.

6.2.2. L'accord-cadre.

6.2.3. Le cas des achats d'énergie.

6.2.4. Les marchés à tranches conditionnelles.

6.3. Le système d'acquisition dynamique (SAD).

7. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

7.1. Pour les marchés de travaux : les notions d'ouvrage et d'opération.

7.1.1. La notion d'opération de travaux.

7.1.2. La notion d'ouvrage.

7.2. Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène.

TROISIÈME PARTIE

La mise en oeuvre de la procédure

8. Comment faire connaître ses besoins

aux candidats potentiels ?

8.1. Pourquoi faut-il faire de la publicité ?

8.2. Comment faire de la publicité ?

8.2.1. En dessous du seuil de 4 000 HT.

8.2.2. Entre les seuils de 4 000 HT et de 90 000 HT.

8.2.3. Entre le seuil de 90 000 HT et les seuils communautaires.

8.2.4. Au-dessus des seuils communautaires.

8.3. La publicité complémentaire.

8.4. Quelques exceptions très limitées : articles 28 (quatrième alinéa) et 35-II.

9. Comment procéder à la mise en concurrence ?

9.1. Pourquoi faut-il faire une mise en concurrence ?

9.2. Un principe fondamental.

9.3. Comment réaliser une mise en concurrence effective ?

9.3.1. En dessous des seuils de procédure formalisée.

9.3.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée.

9.3.2.1. Les marchés de fournitures et de services.

9.3.2.2. Les marchés de travaux.

9.4. Le cas particulier des accords-cadres et des marchés de services de l'article 30.

9.5. Quelques exceptions très limitées : les cas où le code n'impose pas de mise en concurrence (articles 28, quatrième alinéa, et 35-II).

10. Comment sélectionner les candidats ?

10.1. Que doit contenir un dossier de candidature ?

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

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

10.2.2. Quels sont les critères de sélection des candidatures ?

10.2.3. Comment favoriser l'accès des PME à la commande publique au niveau de la sélection des candidatures ?

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

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

10.5. Comment dématérialiser les marchés publics formalisés ?

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

10.5.2. Qu'est-ce qu'un certificat de signature électronique et comment en obtenir un ?

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

10.5.4. Qu'en est-il des marchés passés selon la procédure adaptée (MAPA) ?

10.5.5. La dématérialisation des marchés publics est-elle mesurée ?

10.5.6. Où trouver plus de renseignements sur la dématérialisation des marchés publics ?

11. Quand peut-on négocier ?

11.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

11.1.1. En dessous des seuils des marchés formalisés.

11.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés.

11.1.2.1. Les catégories de marchés négociés.

11.1.2.2. Quel est le rôle de la commission d'appel d'offres dans la procédure négociée ?

11.1.3. La procédure de dialogue compétitif.

11.2. Quels sont les avantages de la négociation ?

11.3. Quelles sont les contraintes de la négociation ?

12. Comment choisir l'offre économiquement

la plus avantageuse ?

12.1. Quels sont les critères sur lesquels va se baser l'acheteur public pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ?

12.2. Comment peut-on intégrer des préoccupations environnementales dans l'achat public ?

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

13. Comment informer les candidats du rejet

de leur candidature ou de leur offre ?

QUATRIÈME PARTIE

L'exécution des marchés

14. Comment contribuer à la bonne exécution

des marchés publics ?

14.1. Le paiement direct du sous-traitant.

14.2. Le versement d'avances aux titulaires de marchés publics.

- 14.3. Le versement d'acomptes aux titulaires de marchés publics.
- 14.4. L'encadrement des garanties financières exigées des titulaires de marchés publics.
- 14.5. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai global de paiement.
- 14.6. Les possibilités de refinancement au moyen de cessions ou de nantissements des créances issues de marchés publics.
- 14.7. Les possibilités de modifier le contrat initial par avenants et marchés complémentaires.
- 14.8. La possibilité d'exécuter au-delà du contrat initial par une décision de poursuivre.

15. Pourquoi des obligations de publicité a posteriori ?

- 15.1. L'avis d'attribution.
- 15.2. Les dispositions de l'article 133.

CINQUIÈME PARTIE

Les entités adjudicatrices

16. Quels sont les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices soumises à des règles particulières de passation des marchés ?

16.1. Quelles sont les activités d'opérateurs de réseaux ?

16.1.1. Les activités soumises au code en matière d'électricité, de gaz ou de chaleur.

16.1.2. Les activités soumises au code en matière d'eau.

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

16.1.4. 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.

16.1.5. Les activités soumises au code en matière de transport.

16.1.6. Les activités postales.

16.2. Quelles sont les exceptions à l'application du code des marchés publics ?

16.3. Quelles sont les principales différences de règles de procédure entre les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs ?

- 16.3.1. Les seuils applicables.
- 16.3.2. Le choix des procédures.
- 16.3.3. Le système de qualification des opérateurs économiques.
- 16.3.4. Les variantes.
- 16.3.5. Les offres contenant des produits originaires de pays tiers.
- 16.3.6. Les délais.
- 16.3.7. Nombre minimal de candidats admis.
- 16.3.8. Marchés de maîtrise d'oeuvre.
- 16.3.9. Accord-cadre et marché à bon de commande.
- 16.3.10. Modalités de publicité.
- 16.4. Quelles sont les modalités de sortie du champ d'application du code ?

A N N E X E S

Annexe I. - Les textes à connaître.

Annexe II. - Les coordonnées des services de conseil et les sites d'information sur les marchés publics.

PREMIÈRE PARTIE

Le champ d'application

LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC

SOU MIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

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

Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

Le contrat envisagé est-il un marché public ?

Quelles sont les exceptions prévues par le code ?

1. Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

1.1. Les personnes publiques soumises

au code des marchés publics

Le code des marchés publics se décompose en deux parties : une première partie regroupant les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs, et une deuxième partie regroupant les dispositions applicables aux entités adjudicatrices.

Les notions communautaires de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » sont désormais introduites dans le droit français.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au code sont : l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics locaux.

Les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateur de réseaux. Ces entités sont soumises à des règles spécifiques fixées par la deuxième partie du code des marchés publics (les règles particulières qui leur sont applicables font l'objet d'un développement particulier dans la cinquième partie du présent manuel).

Il convient de noter que les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, bien que soumis aux règles applicables aux collectivités territoriales en leur qualité d'établissements publics locaux, bénéficient d'un régime dérogatoire. En effet, le code prévoit de manière expresse un certain nombre de dispositions spécifiques ayant pour objet de les assujettir aux règles applicables à l'Etat. De même, les syndicats interhospitaliers sont soumis au même régime que les établissements de santé par le code de la santé publique.

1.2. Les organismes non soumis au code des marchés publics

Les personnes privées ne relèvent pas, en principe, du champ d'application du code des marchés publics. Toutefois, si une personne privée est mandataire d'une personne publique soumise au code, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code des marchés.

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

Par ailleurs, il existe des personnes publiques ou privées qui, bien que non assujetties au code des marchés publics, sont soumises à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire. 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'application (1).

Il convient de souligner que les marchés passés par tous 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, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche relèvent 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 non pas du code (cf. art. 30 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche).

(1) 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), entrée en vigueur le 1er 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.

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

Lorsque l'acheteur constate qu'il est soumis au code, il doit vérifier que le contrat qu'il souhaite conclure est bien un marché public.

L'article 1er du code donne une définition précise du marché public.

2.1. Un marché public est un contrat

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale.

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux

Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur. Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent. Néanmoins, en l'absence d'un tel versement, le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché.

Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter les panneaux publicitaires installés sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires y afférentes, ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage.

En revanche, les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent jamais être qualifiées de marchés publics.

2.3. Un marché public peut être passé

avec des personnes publiques ou privées

Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes dotées chacune de la personnalité juridique. Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une entité publique de 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. La

personne publique qui soumissionne devra 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 le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public (2).

(2) Cf. avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000, société Jean-Louis Bernard consultants.

2.4. Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux

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

2.4.1. Les marchés publics se distinguent des subventions.

Les contrats que l'administration signe fréquemment avec différents partenaires, notamment des associations, ne sont pas obligatoirement des marchés publics. C'est le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration qui permet de différencier les marchés publics des conventions qui accompagnent, par exemple, certaines décisions d'octroi de subventions.

Le marché public se différencie de la subvention, qui constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition.

2.4.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF » introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin » une définition de la délégation de service public : « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. ».

La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu. Pour un marché public, le paiement est intégral et immédiat et effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.

2.4.3. Les marchés publics se distinguent également des partenariats public-privé.

Les contrats de partenariats sont régis par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et ses textes d'application (3). De par sa durée, ses modalités de rémunération et les conditions de son exploitation, le contrat de partenariat n'est pas un marché public au sens du code des marchés publics.

Ce contrat se définit comme un contrat administratif par lequel un pouvoir adjudicateur « confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. ».

Le contrat de partenariat autorise une rémunération du cocontractant pendant toute la durée du contrat, qui n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. Les coûts d'investissement sont ainsi lissés au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

Aux termes du contrat, le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

(3) Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales.

2.4.4. Les marchés publics se distinguent d'un ensemble d'autres instruments juridiques relevant de la commande publique et permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'associer des partenaires privés à la réalisation d'ouvrages.

- Le bail emphytéotique administratif réservé aux seules collectivités territoriales et aux établissements publics de santé :

L'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales définit le bail emphytéotique administratif comme permettant à une collectivité territoriale propriétaire d'un bien immobilier de le louer à un tiers qui pourra construire un ouvrage sur le domaine public et ensuite le louer à la collectivité propriétaire du terrain. Cet instrument juridique peut être utilisé par une collectivité :

- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ;
- soit en vue de l'accomplissement, pour son propre compte, d'une mission de service public ;
- soit, jusqu'au 31 décembre 2007, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale, ou d'un établissement public de santé, ou encore d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (cf. art. L. 6148-3 du code de la santé publique) ;
- soit, jusqu'au 31 décembre 2010, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours.

L'article L. 6148-2 du code de la santé publique précise, quant à lui, que le bail

emphytéotique administratif permet à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, propriétaire d'un bien immobilier, de le louer :

- soit en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés ;
- soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ;
- soit en vue de la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'un autre établissement public de santé avec lequel ils conduisent une action de coopération.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

- Les conventions de bail réservées aux seuls services de l'Etat :

Les articles L. 2122-6 et L. 2122-9 du code de la propriété des personnes publiques définissent l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public comme un instrument juridique qui permet à l'Etat d'accorder à un tiers un droit réel sur son domaine afin que ce dernier construise un ouvrage qu'il exploite ou qu'il loue à l'Etat.

A l'issue du titre d'occupation, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'Etat.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

Loi d'orientation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002, codifiée à l'article L. 2122-15 du code de la propriété des personnes publiques (LOA/AOT) :

Cet instrument juridique permet à l'Etat de conclure avec le titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public un bail portant sur des bâtiments à construire par le cocontractant et comportant une option permettant à l'Etat d'acquérir, à terme, les ouvrages édifiés.

Ce dispositif est prévu pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie, des armées ou des services du ministère de la défense. Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.

- La vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) :

La vente en l'état futur d'achèvement est un contrat par lequel un tiers construit un ouvrage dont il revend une partie à l'administration au fur et à mesure de la construction de cet ouvrage (cf. art. 1601-3 du code civil). Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de

l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.

Le juge administratif a encadré le recours à la VEFA. Lorsque les quatre conditions suivantes sont remplies de manière cumulative, le pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à recourir à la VEFA :

- a) L'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble ;
- b) La construction est pour le compte du pouvoir adjudicateur ;
- c) L'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur ;
- d) L'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur.

Le juge considère, dans ces cas, que la personne publique reste maître de l'ouvrage au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite « loi MOP », et est tenue de passer un marché public.

- Les contrats globaux spéciaux pour les services de l'Etat et les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique :

Les contrats globaux spéciaux permettent à l'Etat ou aux établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique de confier à un même prestataire une mission globale qui va de la construction à l'entretien et la maintenance des ouvrages construits.

Ces contrats ne peuvent être qualifiés de « marché public » au sens du droit français car ils permettent un paiement différé et globalisé de l'ensemble des prestations par le pouvoir adjudicateur. Sont ainsi réhabilités, dans des domaines d'activité limités, les marchés d'entreprises de travaux publics interdits en 2001 par le code des marchés publics. Toutefois, dans la mesure où ces contrats ont pour objet un marché qui entre dans la définition des marchés publics au sens du droit communautaire, ils ont été volontairement assujettis aux règles prévues par le code des marchés publics.

Les contrats globaux spéciaux concernent les domaines suivants :

- a) Les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ;
- b) Les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ;
- c) Les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;
- d) Les immeubles affectés par l'Etat à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles (cf. art. 3 modifié de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure : LOPSI) ;
- e) Les établissements pénitentiaires (cf. art. 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice : LOPJI) ;

f) Les centres de rétention et les zones d'attente (cf. art. 52 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) ;

g) Les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions de l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (art. L. 6148-7 du code de la santé publique).

2.5. Le cas particulier des contrats de mandat

Les contrats de mandat conclus à titre gratuit ne sont pas, par définition, des marchés publics.

En revanche, un contrat de mandat rémunéré est bien un marché public ne bénéficiant pas d'un quelconque régime dérogatoire (4). Lorsqu'elles souhaitent conclure un contrat de mandat avec une tierce personne, les personnes publiques sont tenues de se conformer aux obligations de publicité et de mise en concurrence posées par le code des marchés publics. Elles doivent, au cas par cas, vérifier si le contrat de mandat porte sur une prestation soumise au code des marchés publics et analyser s'il s'agit d'une prestation de services, voire d'un marché de travaux, afin de connaître les obligations à respecter lors de sa passation.

(4) Le Conseil d'Etat, dans son arrêt n° 233372 « Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres » du 5 mars 2003, a annulé le 7° de l'article 3 du code du 7 mars 2001 relatif aux contrats de mandat, au motif que cette disposition de nature trop générale était incompatible avec les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables imposées par le droit communautaire, et avait donc pour effet d'exclure l'ensemble des contrats de mandat du champ d'application du code des marchés publics. Pour les contrats de mandat passés avant le 6 mars 2003, une disposition permettant de considérer que leur passation n'a pas méconnu les obligations de publicité et de concurrence prévues par ce code a été insérée dans la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 « urbanisme et habitat ».

3. Quelles sont les exceptions à l'application

du code des marchés publics ?

Un contrat qui remplit les conditions de définition d'un marché public peut toutefois entrer dans l'une des catégories d'exclusions prévues par l'article 3.

L'article 3 énumère un certain nombre d'hypothèses où le code ne s'applique pas.

Ces exclusions sont prévues par les directives et la jurisprudence européenne et la plupart se trouvent justifiées en raison de la spécificité des situations concernées.

Certaines d'entre elles méritent un commentaire.

3.1. Les prestations intégrées dites « in house » (art. 3 [1°])

Cette exclusion, qui concerne 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, est issue de la jurisprudence communautaire qui pose

deux conditions pour reconnaître l'existence d'une prestation intégrée :

- le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant est de même nature que celui qu'elle exerce sur ses services propres ; une simple relation de tutelle ne suffit pas ;
- le cocontractant travaille essentiellement pour la personne publique demanderesse ; la part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

Le cocontractant qui se trouve dans cette situation doit alors appliquer l'ensemble des règles du code des marchés publics pour répondre à ses propres besoins.

Il convient de noter que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. En conséquence, lorsqu'un acheteur public souhaite conclure un contrat à titre onéreux entrant dans le champ d'application du code il doit mettre en concurrence le cocontractant, notamment les SEM, dans le capital duquel il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées (5).

(5) CJUE, 11 janvier 2005, affaire C-26/03 Stadt Halle.

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

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 formalités de publicité et/ou de mise en concurrence, une prestation de services.

Ce droit résulte d'un texte législatif ou réglementaire qui, attribuant un tel droit exclusif, définit la mission d'intérêt général confiée au cocontractant et précise les obligations qui lui sont imposées.

Ce texte doit être antérieur au contrat.

Les conditions pour admettre la validité d'un droit exclusif (ou droits spéciaux lorsqu'en bénéficient plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005) sont les suivantes.

Le droit exclusif doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt économique 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 » (6) (ex. : services de réseaux de transports, d'énergie ou de communication) ;

- lorsque le droit exclusif peut être regardé comme justifié si, en son absence, son bénéficiaire n'est pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été impartie.

Dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles du traité CE de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à condition que les restrictions auxdites 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 86 du traité instituant la Communauté européenne, 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 ailleurs, s'il crée une position dominante sur le marché de services en cause au sens de l'article 82 du traité CE et de l'article L. 420-2 du code de commerce, il ne doit pas amener le bénéficiaire à en abuser. Enfin, le contenu, la durée et les limites de la prestation doivent être précisément définis.

(6) Livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêt général.

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

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services, et non les marchés de fournitures et de travaux.

Elle ne s'applique qu'à des programmes qui portent véritablement sur des projets de recherche et développement, sans prolongements industriels directs. 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 dès lors que le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme ou dès lors qu'il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme. Ces deux notions ne sont pas cumulatives pour entraîner l'exclusion du champ d'application du code.

Ainsi, seul le cas du contrat dans lequel le pouvoir adjudicateur est amené à acquérir l'intégralité de la propriété des résultats du programme de recherche et à assurer l'intégralité de son financement est considéré comme un marché public soumis au code.

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'article 3 contient une dérogation concernant 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. Cette disposition permet de passer sans publicité ni mise en concurrence des marchés qui sont déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité. Tel est notamment le cas de certaines prestations acquises en vue de prévenir des actions terroristes ou bio-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 et de son potentiel scientifique et économique.

Dans le domaine de la défense nationale, ces contrats peuvent notamment concerner, sur justifications précises :

- 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 et le respect des engagements internationaux ;
- les contrats passés au profit des forces armées, lorsque celles-ci ont reçu une mission ponctuelle d'intérêt national de la part du Gouvernement, 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 ;
- les contrats passés pour mettre en oeuvre une aide humanitaire urgente.

3.5. Les exclusions spécifiques (art. 3-15)

L'exclusion prévue au point 15 de l'article 3 est relative au mécanisme de sortie de la directive secteurs et concerne des activités d'opérateur de réseaux qui cessent d'être soumises aux règles du code des marchés publics parce qu'elles entrent dans un champ concurrentiel (ex : télécommunications).

Cet article est directement issu du droit communautaire et est explicité par le considérant 40 de la directive 2004/17 : « La présente directive ne devrait pas s'appliquer aux marchés destinés à permettre l'exercice d'une activité (...) si, dans l'Etat membre dans lequel cette activité est exercée, elle est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. Il convient donc d'introduire une procédure applicable à tous les secteurs visés par la présente directive permettant de prendre en considération les effets d'une ouverture à la concurrence, actuelle ou future. »

Le code se limite à reprendre le principe de cette procédure. En effet, son déroulement est du ressort de la Commission européenne, qui a adopté une décision relative à ses modalités d'application (décision de la Commission du 7 janvier 2005 relative aux modalités d'application de la procédure prévue à l'article 30 de la directive 2004/17/CE, publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 11 janvier 2005). Seul l'Etat français peut présenter une telle demande.

DEUXIÈME PARTIE

La préparation de la procédure

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

4.1. Pourquoi faut-il bien identifier les besoins ?

Le choix de la procédure à mettre en oeuvre se détermine 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, d'une part, le choix de la procédure et, d'autre part, la réussite ultérieure du marché.

Une bonne évaluation des besoins n'est pas simplement une exigence juridique mais est d'abord une condition impérative pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques.

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 tout le champ des besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés de transports scolaires).

Pour être efficace, l'expression des besoins fait appel à quatre considérations principales :

- 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, participation à des salons professionnels, 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 qui seront associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté. A ce titre, le pouvoir adjudicateur peut prendre en compte des préoccupations de développement durable.

Il peut arriver que l'acheteur ait des difficultés à déterminer son besoin. Lorsque l'incertitude porte à la fois sur les objectifs à atteindre et sur les moyens d'y parvenir, l'acheteur peut recourir soit à la procédure des marchés de définition, soit à la procédure de dialogue compétitif.

Lorsque l'incertitude porte sur la quantité ou l'étendue des besoins à satisfaire, mais aussi afin de planifier dans le temps les besoins à satisfaire ou d'étaler l'achat dans le temps, l'acheteur peut faire usage du marché à bons de commande, du marché à tranches ou des accords-cadres.

4.2. Les exceptions limitées à la définition précise des besoins

La définition des besoins peut être plus ou moins précise en fonction de la lisibilité de l'acheteur. Il peut en effet arriver qu'un pouvoir adjudicateur se trouve dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins. Lorsque, pour ces raisons, il recourt à la procédure de dialogue compétitif, il n'est pas tenu de rédiger un cahier des charges. C'est pour répondre à la spécificité de cette procédure que l'article 11 du code des marchés publics indique 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.

» En revanche, dans les autres procédures, la rédaction en amont d'un cahier des charges constitue une obligation.

4.3. De l'obligation de déterminer ses besoins

par référence à des spécifications techniques

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

Elles permettent au pouvoir adjudicateur de définir les exigences qu'il estime indispensables, notamment en termes de performances à atteindre.

Le pouvoir adjudicateur a le choix entre deux possibilités :

- dans le premier cas, le pouvoir adjudicateur se réfère 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 (la définition de ces termes est apportée par l'arrêté d'application de l'article 6 du code des marchés publics) ;

- dans le second cas, le pouvoir adjudicateur exprime 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, un poids minimal.

Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de mixer 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 pour d'autres caractéristiques.

Le pouvoir adjudicateur peut également déterminer des spécifications techniques prenant en compte des caractéristiques environnementales, notamment en se référant à des écolabels.

Les spécifications techniques ne doivent en aucun cas porter atteinte au principe d'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 finalité de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions.

4.4. De l'intérêt des variantes

Une bonne définition des besoins n'exclut pas de laisser une part d'initiative aux candidats. A cette fin, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes. Les documents de la consultation doivent mentionner les exigences minimales que les variantes respectent ainsi que les modalités de leur présentation.

Dans le cas où le pouvoir adjudicateur n'indiquerait rien, les candidats ne sont pas autorisés à présenter de variantes.

Même si elles ne sont pas explicitement prévues par le code des marchés publics, il est également possible pour un pouvoir adjudicateur de demander des options. Les options sont des prestations complémentaires qui doivent être limitées de façon à ne pas fausser le jeu de la concurrence.

La distinction existant entre la variante et l'option ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une option si c'est une demande du pouvoir adjudicateur et d'une variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat.

4.5. Qui définit les besoins ?

Contrairement au code du 7 janvier 2004, qui avait maintenu la notion de personne responsable du marché, le nouveau code des marchés publics ne souhaite pas interférer avec les règles d'organisation et de fonctionnement propres à chaque pouvoir adjudicateur. En effet, aucune des règles fixées par les directives ne traite des questions tenant aux modalités d'attribution de compétences entre les différents organes chargés de la passation des marchés publics.

Il s'ensuit que les modalités de la désignation des personnes chargées de mettre en oeuvre 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.

En tout état de cause, il appartient à chaque pouvoir adjudicateur d'indiquer, au regard de sa politique d'achat, à quel niveau les différents besoins qui sont les siens doivent être appréciés. Cette appréciation doit impérativement se faire dans le strict respect des objectifs et des règles de mise en concurrence édictés par le code.

En particulier, est expressément proscrit tout découpage excessif qui aurait pour effet de soustraire les marchés aux obligations de mise en concurrence.

Une fois ce travail préliminaire accompli, le pouvoir adjudicateur désigne, le cas échéant, des personnes chargées de mettre en oeuvre les procédures de marché.

Ces personnes ont alors un rôle exclusivement administratif et fonctionnel, l'appréciation du niveau des besoins ayant été effectuée préalablement et en dehors d'elles par le pouvoir adjudicateur. Leur rôle est de choisir la procédure d'achat appropriée au regard des seuils de passation des marchés et de mener à bien la procédure choisie sous leur responsabilité.

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 responsables des marchés pourront ensuite être désignées pour la mise en oeuvre des procédures destinées à satisfaire ces besoins.

De même pour les services centraux de l'Etat, le décret du 27 juillet 2005 constitue le titre de compétence du ministre, chargé de définir précisément le niveau auquel les besoins de son

ministère doivent être pris en compte et de déléguer sa signature aux agents de son administration. Le régime de la délégation institué par ce décret s'appliquera automatiquement, se substituant aux dispositions de l'article 20 du code de 2004 sans qu'il soit nécessaire pour ce faire de produire un acte formel (un arrêté) portant délégation.

Cette redéfinition des conditions d'évaluation des besoins et des règles de désignation des personnes chargées de mettre en oeuvre les procédures de marché présente l'avantage de permettre aux pouvoirs adjudicateurs, encadrés par la réglementation en vigueur en matière de délégation de signature ou de compétence, d'agir dans un cadre juridique simplifié et sécurisé.

5. Acheter seul ou groupé ?

Les acheteurs publics peuvent, en fonction de leurs attentes notamment économiques, faire le choix soit d'acheter seuls, soit de se grouper ou encore de recourir à une centrale d'achat. Ce choix doit être guidé par le souci permanent d'abaisser les prix et les coûts de gestion.

5.1. Dans le cadre d'un groupement de commandes ?

Les groupements, dépourvus de personnalité morale, permettent aux acheteurs publics de coordonner et de regrouper leurs achats pour, par exemple, 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 mais sont particulièrement adaptés au domaine des fournitures courantes.

Il convient de souligner que l'Etat étant un seul pouvoir adjudicateur, ses services peuvent, sans avoir besoin de recourir au mécanisme des groupements de commandes, coordonner leurs achats, tel qu'il est décrit au point 5.3. Toutefois, ils peuvent toujours s'inspirer des mécanismes de groupement afin d'organiser leur coordination.

Le code prévoit plusieurs degrés, plus ou moins larges, de participation des membres à un groupement de commandes.

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 également uniquement signer et notifier le marché, et laisser les membres du groupement exécuter le marché, chacun pour ce qui le concerne. Cette dernière disposition est particulièrement adaptée aux groupements comprenant un très grand nombre d'adhérents.

Pour qu'un groupement soit efficace, il faut qu'avant de passer le marché ses membres s'engagent à respecter un certain nombre d'engagements, et notamment un volume minimal d'achat.

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 oeuvre, il convient de se référer aux seuils applicables aux marchés de l'Etat, c'est-à-dire les seuils les plus contraignants.

5.2. En ayant recours à une centrale d'achat ?

L'acheteur peut aussi 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, en effet, autorisé par le code à la condition toutefois 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 du 6 juin 2005.

Celle-ci pourra se voir confier plusieurs types de missions, 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 soumis pour la totalité de ses achats aux règles du code des marchés publics, à condition qu'il le précise dans son marché ou dans les termes de l'accord-cadre, peut décider de se constituer en centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres organismes publics.

5.3. La coordination de commandes ?

Le mécanisme de coordination de commandes permet à un pouvoir adjudicateur de coordonner les achats de ses services. La coordination est possible aussi bien pour la conclusion d'un marché public que la conclusion d'un accord-cadre.

Les modalités de mise en oeuvre de ce mécanisme de coordination sont laissées à la libre appréciation des pouvoirs adjudicateurs. Un service centralisateur peut, par exemple, être désigné pour conclure le marché dans le cadre duquel chaque service pourra soit conclure son propre marché, soit émettre des bons de commande dans les termes fixés par le marché passé par le service centralisateur.

Comme dans la formule des groupements de commande, il convient de bien anticiper l'évaluation des besoins et notamment 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.

6. Quelle forme de marché adopter ?

6.1. Le choix du mode de dévolution du marché

L'article 10 du code fixe comme principe que tous les marchés seront passés en lots séparés, s'ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, sauf si l'allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier.

Les pouvoirs adjudicateurs sont donc fortement incités à recourir à l'allotissement pour l'ensemble de leurs marchés. La dévolution sous forme de marché global devient désormais l'exception.

La philosophie qui sous-tend cette mesure vise à permettre au plus grand nombre d'entreprises, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique.

6.1.1. L'allotissement et le marché unique.

L'allotissement est désormais érigé en principe pour susciter une réelle concurrence entre les entreprises, quelle que soit leur taille.

Ainsi, le champ de la concurrence est étendu à des entreprises compétitives mais qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité d'un marché, tout particulièrement des petites et moyennes entreprises (PME).

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, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes. Il en est de même dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires qui grèvent d'autant le coût de la prestation, ou encore pour assurer la sécurité des approvisionnements.

Le choix entre un marché unique et un marché passé en lots séparés doit se faire, au cas par cas, en fonction des intérêts économiques, financiers ou de la capacité technique de chaque pouvoir adjudicateur.

Quoi qu'il arrive, le pouvoir adjudicateur reste libre de fixer le nombre de lots de son marché public.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut s'affranchir du principe d'allotissement quand sa mise en oeuvre présente un certain nombre d'inconvénients.

Le pouvoir adjudicateur peut recourir au marché global lorsque :

- l'allotissement présente un inconvénient technique lié à la cohérence de la prestation en cause. A titre d'exemple, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Une commune qui n'a pas les moyens humains ou techniques pour assurer la coordination des travaux pourra avoir recours à un marché global ;

- l'allotissement présente un inconvénient économique ou financier. A titre d'exemple, le coût global d'une prestation peut se révéler plus élevé en ayant recours à un marché alloti, si les frais de livraison sont compris dans le prix de la prestation passée en marché unique, ou si le fait d'allotir conduit l'acheteur à faire appel à un coordonnateur de travaux.

La dévolution sous forme de marché global n'interdit pas le pouvoir adjudicateur d'identifier les prestations de manière distincte (sous forme de lots techniques).

Les modalités de recours à l'allotissement sont facilitées grâce à 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.

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.

6.1.2. Les « petits lots ».

Une souplesse supplémentaire est offerte par le III de l'article 27 qui permet de passer des marchés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 EUR HT, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché. Pour les marchés de travaux supérieurs au seuil de 5 270 000 EUR HT, la valeur de ces « petits lots » est portée à 1 000 000 EUR HT avec le maintien de la condition de ne pas excéder 20 % du total du marché.

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.

6.2. Les procédures de marchés « fractionnés »

et de planification des marchés dans le temps

Si l'acheteur public n'est pas en mesure, au stade de la passation, de définir avec exactitude toutes les modalités de ses besoins (quantité, fréquence, nature), il peut avoir recours à des procédures spécifiques en deux temps, distinguant une phase de présélection des fournisseurs de la phase d'attribution des marchés ou commandes.

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

Dans cette catégorie, il faut distinguer les marchés à bons de commande, les accords-cadres, ou encore les marchés à tranches.

6.2.1. Les marchés à bons de commande.

Si l'acheteur public n'est pas en mesure de connaître précisément à l'avance les quantités à commander ou s'il a des raisons de douter de la possibilité de réaliser en une seule fois l'ensemble d'un programme, il peut avoir recours à un marché à bons de commande.

Un marché à bons de commande est un marché à exécution successive conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Il peut désormais être conclu sans maximum ni minimum, ce qui donne plus de liberté à l'acheteur public qui n'est plus tenu de garantir dès le départ 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.

Les bons de commande, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques, sont ensuite émis sans négociation ni remise en concurrence des titulaires. Ils sont répartis entre ces titulaires selon des modalités fixées par le marché. Les bons de commande déterminent la quantité des prestations ou des produits demandés. Ils peuvent préciser les caractéristiques de ces prestations à condition de ne pas modifier de manière substantielle les dispositions initiales du marché.

Toutefois, lorsque le pouvoir adjudicateur a une visibilité sur les quantités souhaitées, il a

intérêt à conclure des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum, permettant d'obtenir des offres économiquement plus avantageuses.

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

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 (émission des bons de commande).

6.2.2. L'accord-cadre.

L'accord-cadre a pour caractéristique essentielle de séparer la procédure proprement dite de choix du ou des fournisseurs de l'attribution des commandes ou des marchés effectifs. Il s'agit plus d'un instrument de planification et d'optimisation de l'achat que d'une façon de différer les commandes.

L'accord-cadre est un dispositif qui permet de sélectionner un certain nombre de prestataires qui seront ultérieurement remis en concurrence lors de la survenance du besoin.

Un accord-cadre est un contrat conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Ce contrat pose les bases essentielles de la passation de marchés ultérieurs pris sur son fondement et accorde en conséquence une exclusivité unique ou partagée aux prestataires ainsi retenus pour une durée déterminée. Les marchés subséquents passés sur le fondement de cet accord peuvent compléter ses dispositions sans le modifier substantiellement.

L'accord-cadre dont le montant est inférieur aux seuils des procédures formalisées peut être passé selon une procédure adaptée. Pour les accords-cadres passés selon cette procédure, le pouvoir adjudicateur est libre de fixer le délai de réception des offres en fonction des caractéristiques de son contrat.

Au-dessus des seuils des procédures formalisées, l'accord-cadre peut être passé après appel d'offres ou, si les conditions prévues par le code sont satisfaites, au terme d'une procédure négociée ou d'un dialogue compétitif.

En règle générale, un accord-cadre est conclu par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs avec plusieurs opérateurs économiques.

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 précisés ou affinés lors de la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre.

Un accord-cadre peut aussi être conclu par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs avec un seul opérateur économique.

Les marchés successifs attribués à l'opérateur économique titulaire de l'accord-cadre peuvent alors être conclus soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité particulière

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 pré-établi). Le montant à payer effectivement est alors défini, après remise en concurrence, dans chaque marché attribué sur la base de l'accord-cadre.

En cas de division en lots portant sur des produits ou des services différents, et si elle est effectuée lors de la survenance du besoin, cette remise en concurrence ne concerne que les titulaires des lots pour lesquels un besoin est constaté. Si elle est effectuée selon une périodicité définie, la remise en concurrence des titulaires des lots porte sur tous les lots.

Outre la planification, les accords-cadres présentent de multiples avantages :

- un acheteur peut effectuer des achats à caractère répétitif en organisant une seule procédure complète de mise en concurrence des fournisseurs potentiels ;

- des acheteurs multiples ayant des besoins similaires peuvent se grouper pour désigner au terme d'une procédure unique un ou plusieurs fournisseurs tout en conservant leur autonomie lors de l'attribution et du suivi de l'exécution des marchés proprement dits. Les acheteurs peuvent ainsi réduire fortement le coût de leurs procédures d'achat, obtenir des prix plus intéressants grâce à l'effet-volume tout en laissant aux services utilisateurs une marge de liberté significative dans la gestion des approvisionnements ;

- la conclusion d'un accord-cadre sans minimum permet aussi par sa souplesse une forte réactivité. Un pouvoir adjudicateur peut notamment conclure un marché ou un bon de commande dans un délai très court lorsque des besoins ont un caractère aléatoire mais que leur nature est connue (réparations, matériels pour faire face à des catastrophes naturelles...) ;

- il n'exige pas nécessairement la fixation d'un maximum et minimum, ce qui peut permettre de présélectionner un nombre de fournisseurs suffisant pour répondre de façon optimale aux différentes demandes ;

- il permet de mieux prendre en compte les évolutions technologiques affectant les produits ou les services concernés ;

- il induit un comportement économique sain dans la mesure où il repose sur une remise en concurrence à chaque apparition du besoin.

Pour les collectivités territoriales, l'attribution des marchés subséquents à l'accord-cadre, dont le montant est égal ou supérieur à celui des procédures formalisées, relève de la compétence de l'assemblée territoriale.

6.2.3. Le cas des achats d'énergie.

Le code prévoit un dispositif particulier pour la réalisation des achats d'énergies non stockables.

Ces achats 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 alors constatée à l'issue du marché ou de l'accord-cadre.

6.2.4. Les marchés à tranches conditionnelles.

Dans un marché à tranches conditionnelles, l'acheteur public n'est engagé que sur la tranche ferme, et non pas sur les tranches conditionnelles. Mais l'évaluation doit être faite, pour l'appréciation des seuils de procédure et de publicité, en additionnant les montants estimés de l'ensemble des tranches.

6.3. Le système d'acquisition dynamique (SAD)

Le système d'acquisition dynamique est un processus d'acquisition entièrement électronique destiné à l'achat de fournitures courantes. Il est limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée aux opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté des offres indicatives conformes aux documents de la consultation.

La spécificité du système d'acquisition dynamique réside dans la faculté offerte à tout opérateur économique qui, d'une part, satisfait aux critères de sélection et, d'autre part, présente une offre indicative conforme aux documents de la consultation, d'être admis dans le système durant toute la durée de son existence.

La définition des besoins doit être précise et préalable.

Il est important de noter que le pouvoir adjudicateur doit publier un avis de marché simplifié au Journal officiel de l'Union européenne et attendre impérativement 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, selon l'expression de ses besoins, invite ensuite les opérateurs admis dans le système à présenter leurs offres définitives.

7. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

Il existe deux types de seuils :

- des seuils, exclusivement nationaux, au-delà desquels s'imposent des modalités, notamment de publicité, applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée ;
- des seuils, calés sur les seuils communautaires, qui déclenchent l'application des procédures formalisées.

Les seuils sont fixés à l'article 26 du code.

Le montant des seuils des procédures formalisées est modifié tous les deux ans par décret. En effet, 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 (décision 94/800/CE du 22 décembre 1994, JOCE n° L 336/1 du 23 décembre 1994).

Cet accord prévoit des seuils exprimés en droits de tirage spéciaux (DTS). Le DTS étant 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.

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.

Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur doit adopter, pour la satisfaction de ses besoins ainsi évalués, une procédure formalisée, il a 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 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 :

7.1. Pour les marchés de travaux :

les notions d'ouvrage et d'opération

Le marché de travaux, qui est défini à l'article 1er 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, il convient de prendre en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, opération qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages.

7.1.1. La notion d'opération de travaux.

L'opération de travaux, au sens du code, est un ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement ne peuvent être dissociés et que le maître d'ouvrage a décidé d'exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Une opération peut concerner plusieurs ouvrages, par exemple la réfection des toitures des écoles d'une même commune ou la réalisation de trottoirs dans différents quartiers de la ville.

Une opération peut aussi concerner certains travaux réalisés sur un même ouvrage de nature différente programmés au même moment, par exemple, en matière de réhabilitation.

7.1.2. La notion d'ouvrage.

Le terme « ouvrage » est défini par les directives « marchés publics » comme le « résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

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 telle qu'un collecteur des eaux pluviales ou un réseau d'électricité.

7.2. Pour les marchés de fournitures et de services :

le caractère homogène

Afin d'estimer de manière sincère et raisonnable la valeur totale des fournitures ou des services considérés comme homogènes, soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle, l'article 27 du code permet de comparer le montant des besoins aux seuils de procédure des marchés.

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 lorsqu'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 peut tout aussi bien s'apparenter pour une administration centrale à des fournitures de bureau, qu'à 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 aux procédures adaptées.

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 fictif du marché.

TROISIÈME PARTIE

La mise en oeuvre de la procédure

8. Comment faire connaître ses besoins aux candidats potentiels ?

8.1. Pourquoi faut-il faire de la publicité ?

La publicité est un principe fondamental de la commande publique. La publicité a une double utilité. Elle doit permettre le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés ; elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence.

On doit considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes au regard de l'exigence de transparence si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et ont abouti à une diversité d'offres suffisante pour garantir une vraie mise en concurrence.

Il appartient donc à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité les plus pertinentes au regard de l'objet et du montant du marché en cause. Toutefois, il est précisé que la publicité ne signifie pas systématiquement publication, notamment pour les plus petits marchés.

En la matière, le code laisse une grande marge de manoeuvre aux acheteurs ; c'est à ce stade que leur professionnalisme et leur responsabilisation prennent tout leur sens.

Toutefois, à partir d'un seuil fixé à 90 000 EUR HT, la publication d'un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire sous réserve des exceptions mentionnées au point 8.4. En outre, et s'agissant des supports de publicité, l'ensemble des moyens complémentaires listés au point 8.3 ci-après peut être utilisé.

8.2. Comment faire de la publicité ?

L'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché, les modalités de publicité devront être choisies en conséquence. C'est pourquoi une attention toute particulière doit être portée au choix des supports utilisés.

Les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 ; il convient donc de s'y conformer strictement.

Les avis émis par voie de presse ne peuvent, d'une part, contenir plus de renseignements que ceux contenus dans les avis adressés à l'office des publications officielles de l'Union européenne, ni, d'autre part, intervenir avant l'envoi à cet office.

8.2.1. En dessous du seuil de 4 000 EUR HT.

En dessous du seuil de 4 000 EUR HT, les marchés peuvent être passés sans publicité. En effet, s'agissant d'achats d'un très faible montant, une publicité peut devenir un élément d'alourdissement et de dépense inutile.

8.2.2. Entre les seuils de 4 000 EUR HT et de 90 000 EUR HT.

La question du bon niveau de publicité se pose essentiellement pour les achats compris entre 4 000 EUR HT et 90 000 EUR HT puisque, en dessous de 4 000 EUR HT, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code, et qu'au-dessus de 90 000 EUR HT, le code impose des modalités de publicité précisément définies.

Entre 4 000 EUR HT et 90 000 EUR HT, il convient surtout de garder à l'esprit l'idée de proportionnalité des mesures de publicité à mettre en oeuvre. Il est évident que plus les montants augmentent, plus il faudra que les mesures de publicité soient conséquentes. Tout dépend des situations.

Le mode de publicité retenu ne sera pas seulement fonction du montant du marché mais il devra 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.

En outre, pour les achats de faible montant, la publicité ne se traduit pas nécessairement par une publication. L'essentiel est d'assurer une mise en concurrence suffisante entre les prestataires potentiels.

L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de frontière, d'être informés de l'intention d'acheter, manifestée par les collectivités publiques, et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

Le choix de la bonne publicité doit également être guidé par l'équilibre économique général de l'opération et être en rapport avec l'objet et le montant estimé du marché. Il ne faut pas que l'investissement consacré à la publicité constitue un élément significatif de surcoût. Ainsi, lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse écrite apparaîtra trop coûteuse au regard du montant de l'achat, il conviendra de trouver d'autres solutions, telles une publicité par voie d'affichage, sur un support internet, ou encore la consultation de plusieurs fournisseurs.

Concernant l'affichage, s'il n'est pas toujours adapté à l'organisation d'une mise en concurrence efficace, il est possible pour les collectivités d'habituer les fournisseurs au recours à ce support, en les informant dans un premier temps de son utilisation par le biais d'une publication préalable d'annonces, notamment dans l'organe d'information de la collectivité et/ou dans la presse écrite locale.

S'agissant du recours à internet, les acheteurs peuvent utiliser des profils d'acheteurs : le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur est le site dématérialisé auquel il a recours pour ses achats. Dans la mesure où un profil d'acheteur a une forte audience, on peut considérer ce moyen de publicité comme un moyen unique suffisant dans la mesure où la collectivité publique a procédé préalablement à une information générale des candidats potentiels sur son intention de publier ses avis par ce moyen.

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, même succincte, mais qui renverrait pour les détails à

l'annonce mise en ligne.

Pour prouver, si nécessaire, qu'il a pris toute mesure pour susciter une réelle mise en concurrence, l'acheteur pourra produire divers justificatifs : envoi des publicités, documents d'affichage, justificatifs de mise en ligne ou demandes de présentation de devis.

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 » (7). L'accent est donc mis sur la responsabilité individuelle qui incombe à chaque pouvoir adjudicateur.

(7) Conseil d'Etat, 7e et 2e sous-sections réunies, 7 octobre 2005, « Région Nord - Pas-de-Calais » n° 278732.

8.2.3. Entre le seuil de 90 000 EUR HT et les seuils communautaires.

Les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 ; il convient donc de s'y conformer strictement.

Pour les besoins de fournitures ou de services d'un montant compris entre 90 000 EUR HT et 135 000 EUR HT pour l'Etat ou 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux compris entre 90 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT, le code impose l'obligation de procéder à une publicité dans les conditions suivantes.

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). Le code invite, en outre, l'acheteur à compléter, si nécessaire, sa publicité obligatoire 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.

Les avis adressés au BOAMP sont obligatoirement transmis par téléprocédure. Pour toutes les catégories de marchés, les acheteurs devront pour la publication de leurs avis, tant au BOAMP, dans un journal d'annonces légales que dans la presse spécialisée, utiliser les formulaires obligatoires fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie.

8.2.4. Au-dessus des seuils communautaires.

Au-dessus des seuils de 135 000 EUR HT pour l'Etat ou 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales pour les marchés de fournitures ou services, et de 5 270 000 EUR HT pour les marchés de travaux, les avis d'appel public à la concurrence sont publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Les avis adressés 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 standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.

Les avis adressés au BOAMP le sont conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et par téléprocédure.

Les avis de publicité nationale ne peuvent contenir plus de renseignements que ceux adressés au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). L'attention des acheteurs est appelée sur le fait qu'en cas de transmission 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 pourra en refuser la publication.

Il est rappelé que, lorsque le pouvoir adjudicateur établit un avis d'appel public à la concurrence communautaire, il 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 (8). 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.

(8) Depuis le 7 janvier 2004, date d'entrée en vigueur du règlement n° 2151/03/CE modifiant le règlement n° 2195/02/CE, la référence au CPV est obligatoire pour les marchés d'ampleur européenne. Les nomenclatures antérieures (« CPA » pour les fournitures, « NACE Rév. 1 » pour les travaux et « CPC provisoire » pour les services) ne sont plus applicables qu'en cas de divergence d'interprétation avec le CPV. Les nomenclatures sont disponibles sur le site internet : <http://www.simap.eu.int>

8.3. La publicité complémentaire

Dans tous les cas, pour satisfaire à l'obligation d'une publicité efficace, le pouvoir adjudicateur peut utiliser, si cela lui apparaît nécessaire, pour l'ensemble de ses marchés, des supports de publicité supplémentaires tels qu'une publication dans la presse spécialisée, l'affichage ou l'internet.

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

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, en complément des publicités obligatoires, un support très utile pour toucher un lectorat plus ciblé.

L'affichage :

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

L'internet :

Dans le même esprit, les informations publiées peuvent être reprises sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur (le site internet de l'acheteur public ou tout autre portail adapté). Ce type de support est appelé, compte tenu du développement des nouvelles technologies de l'information, à être de plus en plus consulté par les candidats à l'achat public.

8.4. Quelques exceptions très limitées :

articles 28 (quatrième alinéa) et 35-II

Le titre Ier du code des marchés publics pose les principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures qui s'appliquent à tous les marchés. Ces principes trouvent leur application dans les obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par le code.

Dans certains cas expressément définis, le code ne prévoit pas d'obligation de publier un avis d'appel public à la concurrence ni de procéder à une mise en concurrence. C'est alors la nature du marché qui est prise en compte et non pas son seuil. C'est le cas des marchés pouvant être négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence énumérés à l'article 35-II et des marchés dont le montant est inférieur à 4 000 EUR HT.

Dans un souci de préservation des deniers publics, il est toutefois recommandé aux acheteurs publics, lorsque l'environnement économique et concurrentiel le permet, de procéder à une publicité pour permettre une mise en concurrence efficace.

9. Comment procéder à la mise en concurrence ?

9.1. Pourquoi faut-il faire une mise en concurrence ?

Le fait de procéder à une mise en concurrence est nécessaire en ce qu'il permet de respecter les principes fondamentaux définis à l'article 1er que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. De surcroît, faire jouer la concurrence dans l'acte d'achat public répond d'abord à un objectif d'efficacité économique. En effet, la mise en concurrence est nécessaire avant tout pour susciter une 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.

9.2. Un principe fondamental

Au-dessus des seuils de procédure formalisée, l'acheteur public est tenu de mettre en oeuvre, outre les règles de publicité, le principe de mise en concurrence prévu par le code.

Ces seuils sont fixés à l'article 26 :

- pour les marchés de fournitures et de services, à 135 000 HT pour l'Etat et 210 000 HT pour les collectivités territoriales ;

- pour les marchés de travaux, à 210 000 HT, que ce soit pour l'Etat ou pour les collectivités territoriales.

Le code désigne les marchés conclus en dessous de ces seuils comme des marchés passés selon une procédure adaptée. Ces marchés sont les marchés sans formalités préalables mentionnés dans le code général des collectivités territoriales. Ils ne sont donc pas soumis à l'obligation de transmission au préfet pour contrôle de légalité, compte tenu de leur qualification de marchés passés sans formalités préalables.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les pouvoirs adjudicateurs doivent définir eux-mêmes des règles de mise en concurrence proportionnées à l'objet et au montant du marché.

9.3. Comment réaliser une mise en concurrence effective ?

Le code impose de procéder à une mise en concurrence pour tous les marchés, sous réserve des exceptions exposées ci-après.

Entre le seuil de 4 000 HT et les seuils de procédure formalisée, elle relève de la responsabilité de l'acheteur et doit être adaptée en fonction du marché envisagé. Sous le seuil de 4 000 HT, le code dispense les acheteurs de mise en concurrence, ce qui signifie qu'aucune procédure formalisée de comparaison des offres n'est nécessaire. Ces petits achats doivent néanmoins respecter les principes fondamentaux d'égalité et de transparence qui régissent la commande publique. Le respect de ces principes s'apprécie à travers le comportement de l'acheteur public.

Au-dessus des seuils de procédure définis à l'article 26, cette mise en concurrence est formalisée et précisée par le code.

Il convient d'insister sur la nécessité de respecter l'ensemble des délais de procédure prescrits par le code. Pour tous les marchés, ces délais sont toujours des délais minima que l'acheteur a la faculté d'augmenter, d'une part, pour une plus grande sécurité juridique et, d'autre part, pour permettre aux candidats potentiels de présenter une offre. 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. Pour mémoire, 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.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée pour lesquels le code n'impose rien, l'acheteur veillera à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer. 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.

Les acheteurs peuvent bénéficier d'une réduction des délais soit en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique, soit en cas de publication d'un avis de préinformation.

La méconnaissance de ces règles est susceptible d'entraîner la nullité du marché public.

9.3.1. En dessous des seuils de procédure formalisée.

Lorsque les seuils fixés à l'article 26 du code ne sont pas atteints, les marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée.

A l'exception des marchés inférieurs à 4 000 HT pour lesquels aucune mise en concurrence n'est obligatoire, le fait que certains marchés puissent être passés selon une procédure adaptée veut dire qu'ils ne sont soumis à aucune des procédures formalisées définies par le code mais ne signifie pas pour autant qu'ils sont passés de gré à gré.

L'acheteur est tenu au respect des principes fixés à l'article 1er que sont la liberté d'accès à la commande, l'égalité de traitement, la transparence pour déterminer la procédure à mettre en oeuvre. Il lui appartient de fixer lui-même un contenu de procédure permettant de constater que l'achat a été réalisé dans des conditions satisfaisantes de transparence, compte tenu de son montant et de la nature des prestations en cause.

Le premier principe à garder à l'esprit est que la liberté de définir la procédure de son choix ne signifie pas que l'on ne risque pas à un moment ou à un autre, notamment devant le juge, de devoir justifier les raisons des choix qui ont été faits. La spécificité de la procédure adaptée tient justement 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 le choix en cas de contestation ?

Le deuxième principe découle du premier : pour pouvoir justifier des choix, il convient de conserver tout document permettant de démontrer que les choix faits correspondent à ce qui paraît le plus rationnel. 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.

Bien évidemment la justification des choix opérés sera d'autant plus aisée qu'aura été respecté tout au long de la procédure un strict principe d'égalité de traitement entre les candidats, aussi bien dans les délais, dans l'information communiquée, dans l'expression des besoins, dans la communication des modifications éventuelles des besoins, dans les relations entretenues entre chacun des candidats, dans les critères de choix...

Enfin, il convient de ne pas oublier que c'est la qualité de l'information préalable, de la diffusion ou communication de cette information, bref, de la publicité des besoins qui fera la majeure partie des conditions de concurrence.

Armée de ces principes, la procédure adaptée offre de nombreuses possibilités. Elle n'interdit nullement 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. Le critère du prix constitue souvent une justification aisée des choix. Cependant, il n'est jamais interdit d'utiliser d'autres critères. De nombreux autres critères peuvent effectivement paraître justifiés : le délai de livraison, la garantie, la qualité technique... Dans ces cas, il n'est jamais interdit d'utiliser d'autres critères à condition d'être en mesure de les justifier.

Les acheteurs peuvent d'ores et déjà, dans un souci de rapidité et d'efficacité économique, favoriser les échanges d'informations par voie électronique.

Ils peuvent ainsi par voie électronique, dans des conditions qu'ils déterminent, mettre à disposition des prestataires les documents de la consultation et organiser la réception des candidatures et des offres par la même voie.

S'agissant des modalités de notification des marchés passés selon une procédure adaptée, là aussi s'applique le principe de proportionnalité.

Ce sont des règles de bon sens qui doivent s'imposer. 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.

9.3.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée.

Les marchés dont le montant atteint les seuils fixés à l'article 26 du code sont des marchés formalisés. L'acheteur public doit s'en tenir à l'application scrupuleuse des règles fixées par le code.

9.3.2.1. Les marchés de fournitures et de services.

Lorsque les seuils des marchés de fournitures et de services atteignent 135 000 HT pour l'Etat et 210 000 HT pour les collectivités territoriales, ces marchés sont en principe passés sur appel d'offres.

Cependant, si les conditions 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), la procédure du concours (art. 38), la procédure des marchés de définition (art. 73) ou encore les procédures particulières prévues aux articles 68 (Opérations de communication), 71 (Décoration des constructions publiques) et 74 (Maîtrise d'oeuvre).

9.3.2.2. Les marchés de travaux.

Les marchés de travaux sont passés selon une procédure formalisée lorsqu'ils atteignent le seuil de 210 000 HT, que ce soit pour l'Etat ou les collectivités territoriales.

Pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 210 000 HT et 5 270 000 HT, le libre choix est laissé à l'acheteur public entre les trois grandes catégories de procédures formalisées. Il pourra ainsi librement opter :

- soit pour un appel d'offres, avec des délais réduits de réception des candidatures et des offres (art. 57, 60 et 62) ;

- soit pour une procédure négociée, étant précisé que la commission d'appel d'offres intervient dans la procédure pour attribuer le marché lorsqu'il s'agit des collectivités territoriales et pour donner son avis avant l'attribution pour les marchés de l'Etat ;

- soit pour la procédure de dialogue compétitif (point 11.1.3).

En revanche, une fois la procédure choisie, l'acheteur devra mettre en oeuvre les règles fixées par le code pour les modalités de son déroulement.

Pour les marchés de travaux dont le montant est supérieur à 5 270 000 HT, les marchés sont passés obligatoirement selon la procédure de l'appel d'offres, sauf à remplir les conditions de recours à la procédure négociée, du dialogue compétitif ou de la conception-réalisation.

9.4. Le cas particulier des accords-cadres

et des marchés de services de l'article 30

Afin de prendre en compte la spécificité des marchés relevant de l'article 30, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire, à l'exception toutefois des marchés inférieurs à 4 000 HT pour lesquels aucune mise en concurrence et publicité ne sont obligatoires.

Aucune obligation de conclure un appel d'offres ou une autre des procédures formalisées prévues par le code des marchés publics n'est donc imposée pour ce type de marchés.

En revanche, ces marchés de services sont obligatoirement soumis pour leur passation au respect des spécifications techniques et à l'envoi d'un avis d'attribution au-dessus du seuil de 210 000 HT.

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.

Cette procédure permet d'offrir une grande liberté d'organisation aux acheteurs publics tout en constituant une réponse à l'obligation de prévoir des modalités de publicité et de mise en concurrence adéquates et conformes aux principes posés par l'article 1er du code des marchés publics.

Par ailleurs, la jurisprudence a admis que certaines prestations relevant de l'article 30 puissent être acquises sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général (9).

Enfin, les marchés ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige, soumis aux mêmes dispositions que les marchés relatifs aux autres prestations de services relevant de l'article 30, sont en revanche dispensés de l'application du titre IV du code relatif à l'exécution des marchés.

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.

Ces 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 et ou encore les services juridiques.

(9) Conseil d'Etat, section du contentieux, 7e et 2e sous-sections réunies, n°s 264712, 265248, 265281, 265343, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres : « si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du même code peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1er du code. »

9.5. Quelques exceptions très limitées : les cas où le code n'impose pas de mise en concurrence (articles 28, quatrième alinéa, et 35-II)

Certains marchés peuvent, en raison de la passation après mise en concurrence du marché initial, être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence, conformément aux dispositions de l'article 35-II (cf. point 11.1.2). En outre, pour les marchés dont le montant est inférieur à 4 000 HT, le code ne prévoit pas d'obligation de procéder à une mise en concurrence.

10. Comment sélectionner les candidats ?

10.1. Que doit contenir un dossier de candidature ?

Afin d'alléger la composition des dossiers de candidature, certaines attestations n'ont plus à être produites par tous les candidats lors du démarrage de la procédure, mais uniquement par le seul candidat dont l'offre est retenue, préalablement à la signature du marché. Il s'agit en particulier des attestations ou certificats prouvant que le candidat est en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales.

Par contre, le marché ne pourra être attribué que si le candidat retenu fournit les attestations et certificats exigés.

Pour les entreprises nouvellement créées, celles-ci peuvent produire une copie certifiée du récépissé de dépôt du centre de formalités des entreprises.

Pour avoir accès à la commande publique, le candidat ne doit pas être dans une des situations l'interdisant de soumissionner à un marché public (art. 43 du code).

Aux interdictions de concourir prévues par le code des marchés publics du 7 janvier 2004 (10), s'ajoutent de nouvelles interdictions prévues par, d'une part, l'article 29 (2°) 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 et, d'autre part, les articles 8 (11) et 38 (12) 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 (cf. fiches annexées au présent manuel).

L'article 29 (2°) 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 introduit une nouvelle

interdiction à candidater qui s'impose aux prestataires ne respectant pas l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés prévue à l'article L. 323-1 du code du travail. Les candidats à un marché public doivent produire une attestation sur l'honneur, dûment datée et signée afin d'établir leur situation au regard de cette interdiction de soumissionner.

(10) Obligations fiscales et sociales ; liquidation judiciaire ; faillite personnelle ; interdictions de concourir ; infraction au droit du travail. (11) Article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 : « Ne peuvent soumissionner à un marché passé par un pouvoir adjudicateur défini à l'article 3 ou par une entité adjudicatrice définie à l'article 4 : 1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 434-9, par les articles 435-2, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9 et par l'article 450-1 du code pénal, ainsi que par le deuxième alinéa de l'article L. 152-6 du code du travail et par l'article 1741 du code général des impôts ; 2° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ; 3° Les personnes en état de liquidation judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du code de commerce et les personnes physiques dont la faillite personnelle, au sens de l'article L. 625-2 du même code, a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger. Les personnes admises au redressement judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché ; 4° Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement. Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux alinéas précédents ne peuvent être personnellement candidates à un marché. La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par voie réglementaire. Les dispositions du présent article sont applicables aux personnes qui se portent candidates ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat. » (12) Article 38 de l'ordonnance n° 2005-649 : « Les interdictions de soumissionner énumérées à l'article 8 et qui ne figurent pas dans le code des marchés publics sont applicables aux personnes soumissionnant à des marchés relevant du code des marchés publics. »

10.2. Quelles sont les modalités de sélection des candidats

et les documents et renseignements à fournir ?

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

Le pouvoir adjudicateur doit être à même de vérifier la capacité de l'entreprise face aux obligations nées du marché si elle devait l'obtenir, soit être à même d'apprécier les capacités et garanties du candidat à exécuter le marché au regard des documents et renseignements fournis par lui. La liste de ces documents et renseignements est renvoyée à un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que des renseignements qui ont un lien avec l'objet du marché, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

10.2.2. Quels sont les critères de sélection des candidatures ?

La typologie des critères de sélection permet toujours de distinguer les garanties techniques, financières et professionnelles.

Il ne peut être exigé que des niveaux minimaux de garanties et de capacités, qui sont liés et proportionnés à l'objet du marché. Des garanties et capacités insuffisantes entraînent l'élimination du candidat.

Les capacités techniques renvoient aux moyens matériels et humains et sont appréciées quantitativement et qualitativement. De nouveaux documents peuvent être demandés, tels les certificats ou certifications ayant pour objet de prouver des livraisons ou prestations de services à, respectivement, un pouvoir adjudicateur ou un acheteur privé, les certificats de bonne exécution pour les travaux, une description de l'équipement technique, des mesures employées en matière de fournitures et de services.

Les capacités financières, qui ne peuvent revêtir qu'un caractère général, tendent à déterminer si les moyens financiers du candidat suffisent pour mener à bien le marché. Désormais, pour faciliter la preuve de la crédibilité financière du candidat, outre le chiffre d'affaires, le candidat peut se voir réclamer une déclaration appropriée de banques ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels et des bilans ou extraits de bilans des opérateurs économiques pour lesquels la publication des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

Les capacités professionnelles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises, soit « la preuve d'un certain niveau de compétences professionnelles ». La preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des justifications particulières, sous réserve qu'elles ne présentent pas de risque pour la libre concurrence. Parmi ces justifications particulières figurent toujours les certificats de qualifications professionnelles (identifications ou certificats délivrés par des organismes 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 (13).

Le pouvoir adjudicateur doit accepter tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres (art. 45-II du CMP) ou « tout autre document considéré comme équivalent » (art. 45-III du CMP). Le pouvoir adjudicateur précise comment il les apprécie.

S'agissant des références demandées, elles 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, désormais, « l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat », ce qui tend notamment à favoriser l'accès des PME à la commande publique.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il doit procéder à une sélection. Les critères de sélection des candidatures peuvent être identiques aux niveaux de capacités exigés des candidats, sans qu'il soit toutefois nécessaire de reprendre tous les éléments de capacités des candidats.

(13) Norme de la série NF-EN-ISO 9001, 9002, 9003.

10.2.3. Comment favoriser l'accès des PME à la commande publique au niveau de la sélection des candidatures ?

En premier lieu, l'insuffisance ou l'absence de références n'est plus un motif suffisant pour écarter un candidat. Ce dispositif vise à favoriser l'accès de nouvelles petites et moyennes entreprises dans la sphère de la commande publique. L'acheteur doit déterminer, au regard de l'ensemble des autres éléments, si l'entreprise a ou non la capacité d'exécuter le marché. Parmi les autres éléments peuvent notamment figurer les références d'une autre entreprise (toute entreprise pouvant se prévaloir des références et des moyens d'une autre entreprise).

Les acheteurs publics pourront utilement s'appuyer sur les qualifications professionnelles des candidats qui ne disposent que de peu de référence en matière de commande publique.

En effet, en deuxième lieu, une PME peut s'allier avec d'autres candidats qui complètent ses capacités techniques, financières et professionnelles et ses références. Elle peut en effet s'appuyer sur les moyens d'une entreprise tierce si, par exemple, elle fait partie du même groupe de société, si elle a un accord de sous-traitance ou si elle appartient au même groupement. Les liens juridiques entre les sociétés sont désormais 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 fait alors état des moyens extérieurs.

En troisième lieu, dans le cadre des procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de PME qui seront admises à présenter une offre.

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

Au stade de la sélection des candidatures, les acheteurs peuvent demander aux candidats de régulariser le contenu de la première enveloppe en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée dans le dossier de candidature et ainsi rester dans la compétition. Le code n'impose pas au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires les pièces manquantes, mais s'il procède à cette demande, c'est au bénéfice de tous les candidats.

10.4. Quels sont les documents à produire par le candidat

auquel il est envisagé d'attribuer le marché ?

Pour prouver qu'il a bien satisfait à ses obligations fiscales et sociales, le candidat retenu au terme de la procédure de sélection est tenu de produire des copies des attestations et certificats délivrés par les administrations compétentes exigés par l'arrêté du ministre chargé de l'économie (ou une copie de l'état annuel des certificats reçus : DC 7), dans le délai fixé par le pouvoir adjudicateur, faute de quoi le marché ne lui est pas notifié.

Dès lors que 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 R. 324-4 du code du travail (cf. travail dissimulé) s'il est établi en France ou bien celles de l'article R. 324-7 s'il est établi à l'étranger.

Ce nouveau dispositif a été introduit 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. 324-14 du code du travail) et par le décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005 relatif au travail dissimulé (modifiant les articles R. 324-4 et R. 324-7 du code du travail). Désormais, le donneur d'ordre est tenu d'exercer, outre un contrôle préalable avant la passation de toute commande, un contrôle, tous les six mois jusqu'à l'exécution du contrat, du respect par le cocontractant de l'administration de ses obligations de déclaration auprès des organismes de protection sociale et de l'administration fiscale.

10.5. Comment dématérialiser les marchés publics formalisés ?

La « dématérialisation des marchés publics formalisés » se traduit par l'utilisation de la voie électronique pour les échanges qui interviennent dans le processus d'achat public et qui entrent dans le champ d'application de l'article 56 du code des marchés publics.

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

En vertu de l'article 48 du code des marchés publics, un candidat peut transmettre son offre par voie électronique, c'est-à-dire via le réseau internet, sous réserve que l'acte d'engagement soit signé électroniquement par une personne habilitée. Il convient de ne pas confondre la transmission par voie électronique avec la transmission d'un support électronique (CD-Rom...) par voie postale, cette dernière étant assimilée à une transmission sur support papier.

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

10.5.2. Qu'est-ce qu'un certificat de signature électronique et comment en obtenir un ?

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), 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 « prestataires de services de certification électronique », le

ministre chargé de la réforme de l'Etat référence celles qui respectent un référentiel intersectoriel de sécurité en répondant à des exigences techniques minimales. La liste des catégories de certificats de signature électronique ainsi référencées est publiée sur le site internet du ministre chargé de 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.

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

Conformément aux dispositions de l'arrêté d'application de l'article 48 du code des marchés publics, pour signer électroniquement sa candidature et son acte d'engagement, l'entreprise choisit librement une catégorie de certificats de signature électronique ainsi référencée. Le certificat est nominatif, il est délivré aux personnes habilitées pour engager la personne morale.

Cet arrêté simplifie le dispositif de signature dans la mesure où il 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...).

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

Un nouveau dispositif tendant à faciliter la dématérialisation des procédures de la passation des marchés publics est la copie de sauvegarde.

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.

Parallèlement à l'envoi électronique, les opérateurs économiques peuvent ainsi faire parvenir au pouvoir adjudicateur une copie de sauvegarde sur support physique électronique (CD-Rom, DVD-Rom, clé USB...) ou bien sur support papier. Cette copie est transmise sous pli scellé et comporte obligatoirement la mention : « copie de sauvegarde ». Les documents figurant sur ce support doivent être revêtus de la signature électronique (pour les documents dont la signature est obligatoire). 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.

10.5.4. Qu'en est-il des marchés passés selon la procédure adaptée (MAPA) ?

Les marchés passés selon la procédure adaptée (MAPA) ne sont pas soumis au régime de l'article 56 du code des marchés publics. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut opter pour leur dématérialisation et doit donc assurer la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire. Il appartient ainsi au pouvoir

adjudicateur de déterminer les conditions et les modalités les plus appropriées pour dématérialiser tout ou partie des étapes de la vie d'un marché, en s'inspirant, le cas échéant, des règles fixées par l'article 56 du code des marchés publics et son arrêté d'application.

10.5.5. La dématérialisation des marchés publics est-elle mesurée ?

Dans le cadre des renseignements transmis par le pouvoir adjudicateur au titre du recensement des marchés publics, des informations seront collectées concernant la dématérialisation des marchés publics. Ces statistiques permettront aux acheteurs publics d'apprécier le développement de la dématérialisation et de se situer en la matière par rapport aux autres acheteurs.

10.5.6. Où trouver plus de renseignements sur la dématérialisation des marchés publics ?

Les acteurs de la commande publique peuvent trouver toutes les informations utiles dans le vade-mecum juridique de la dématérialisation des marchés publics téléchargeable sur le site <http://www.minefi.gouv.fr/> dans la rubrique « marchés publics ».

11. Quand peut-on 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 permet en effet d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence.

11.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

11.1.1. En dessous des seuils des marchés formalisés.

Lorsque leur montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 26, 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 avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune condition ni de circonstance ni de montant du marché.

11.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés.

11.1.2.1. Les catégories de marchés négociés.

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

Il existe deux catégories de marchés négociés et des cas limités prévus à l'article 74 :

a) Les marchés négociés passés après publicité préalable et mise en concurrence (art. 35-I) :

Il est notamment possible de passer selon cette procédure des marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables. Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées.

Une offre irrégulière est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur mais qui est incomplète ou qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation (ex. : lorsqu'un pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué dans les documents de la consultation qu'il souhaitait des variantes, si un candidat en présente une, son offre est irrégulière).

Une offre inacceptable est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur mais qui n'est pas conforme à une exigence fixée par la législation ou la réglementation nationale. Il peut donc s'agir 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 (ex. : 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 considérée comme inacceptable).

b) Les marchés négociés passés sans publicité préalable et sans mise en concurrence (art. 35-II) :

On peut notamment passer selon cette procédure des marchés pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées.

La notion d'offre inappropriée regroupe les cas où l'offre ne correspond pas aux besoins du pouvoir adjudicateur indiqués dans les documents de la consultation. Dans ce cas, la présentation d'une telle offre est assimilable à l'absence d'offres, c'est pourquoi le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence est possible dès lors que l'acheteur ne change pas l'objet de son marché.

A titre d'exemple, on peut citer un marché pour lequel le pouvoir adjudicateur achète des ordinateurs de bureau et reçoit des offres concernant des ordinateurs portables ou un marché pour lequel le pouvoir adjudicateur a besoin d'avions de transport légers de petite capacité et reçoit des offres concernant des avions de transport de grande capacité.

Les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse peuvent aussi bénéficier de la procédure de marchés négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence.

Lorsqu'un marché de maîtrise d'oeuvre remplit les conditions de recours à la procédure négociée, l'article 74 aménage une procédure négociée spécifique adaptée à la maîtrise d'oeuvre.

11.1.2.2. Quel est le rôle de la commission d'appel d'offres dans la procédure négociée ?

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, sauf dispositions spécifiques

de l'article 74 :

- pour les collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché au vu d'une proposition de classement des offres réalisé par le pouvoir adjudicateur ;

- pour l'Etat et pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le marché est attribué après avis de la commission d'appel d'offres.

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

11.1.3. La procédure de dialogue compétitif.

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.

Il peut arriver que des pouvoirs adjudicateurs se trouvent dans l'impossibilité objective 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 ou certains projets de communication, ou plus généralement pour des projets pour lesquels l'acheteur ne dispose pas d'une visibilité suffisante.

Outre une aide à la définition des besoins, 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.

Le dialogue compétitif pourra également être utilisé pour des marchés de travaux dont le montant estimé est compris entre 210 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT, dans le cas où les conditions du recours à l'article 10 de la loi MOP sont remplies. Dans cette hypothèse, l'acheteur public pourra utiliser librement cette procédure sans avoir à justifier qu'il n'est pas à même de maîtriser l'environnement financier ou juridique de son marché.

Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, le dialogue compétitif constitue une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des personnes publiques de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Elle offre aux acheteurs publics des possibilités bien 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 vont élaborer leurs offres sur la base d'un programme fonctionnel, c'est-à-dire un document dans lequel l'acheteur décrit en termes pratiques ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre.

Une fois les besoins définis, l'acheteur envoie pour publication un avis d'appel public à la concurrence.

Le nombre minimal de candidats prévu dans l'avis ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant.

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. D'une part, un candidat peut avoir besoin d'informations complémentaires sur le site (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique), d'autre part, le pouvoir adjudicateur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications permettant de mieux tirer un profit des potentialités de cette proposition.

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 qui se révèlent inadaptées à son besoin en fonction des critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. 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 d'un délai de dix jours courant à compter de cette information, le marché peut être signé.

Dans la mesure où l'élaboration de propositions par les candidats pour le dialogue peut entraîner des coûts non négligeables, il est de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes, à hauteur de l'effort demandé, afin de susciter une réelle concurrence et d'inciter le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer à ce type de procédure.

Le pouvoir adjudicateur peut fixer, à condition de l'indiquer 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, sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant.

11.2. 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 permet d'adapter les offres à la demande. Au terme de la négociation, l'acheteur public aura à 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 capacités économiques et techniques des entreprises.

Si cette procédure ne lui permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché tels, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures et des offres, elle laisse à l'acheteur public la possibilité de déterminer librement par la négociation le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues alors que dans une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, le cahier des charges est fixé de manière unilatérale et intangible avant le lancement de la consultation.

Par conséquent, même si le pouvoir adjudicateur ne peut modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, il dispose, avec le marché négocié, d'une marge de manoeuvre importante.

Il est ainsi possible de négocier sur :

- le prix : comment payer moins cher une prestation en agissant par exemple sur le coût d'acquisition mais aussi sur le coût de stockage ou de transformation, comment agir sur le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- la quantité : vérification de la quantité nécessaire, fréquence des commandes, structure des remises accordées, etc. ;
- la qualité : vérification de la bonne estimation de la qualité, suffisante ou au contraire surestimée, au regard des besoins, incidence sur le prix si le niveau de qualité demandé est modifié en plus ou en moins ;
- le délai : incidence sur le prix des exigences en terme de délai, part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...).

11.3. 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, corollaire de la première, est la transparence de la procédure qui doit être réalisée dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats.

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

12. 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, à savoir :

- 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 non justifiées 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.

La règle du choix du « mieux-disant » plutôt que du « moins-disant » est affirmée. Cette règle se traduit par le fait que le « critère prix » n'est qu'un critère parmi les autres critères de choix possibles indiqués à l'article 53.

L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer exagérément l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. Il doit également 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.

Les acheteurs devront veiller à détecter les offres anormalement basses. Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Toutefois, l'acheteur ne peut rejeter des offres dont le prix semble anormalement bas sans avoir demandé, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre et sans avoir vérifié cette composition en tenant compte des justifications fournies. Le rejet de l'offre au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être motivé. Seule une vraie connaissance du marché permet de se prémunir contre ce risque.

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.

12.1. Quels sont les critères sur lesquels va se baser l'acheteur public pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ?

Les offres doivent répondre aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur, dont le cahier des charges est la traduction formalisée. 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 telle ou telle 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 et, d'autre part, les critères d'attribution qui permettent dans un deuxième temps de choisir les offres.

La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est 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 ;

- soit sur une comparaison des prix demandés aux différents candidats pour retenir l'offre dont le montant est le moins élevé. Le code n'impose nullement que le prix tienne une place prépondérante par rapport aux autres critères ; toutefois, l'acheteur peut se fonder sur ce seul critère si l'objet de son marché le justifie, pour des achats de fournitures courantes par exemple.

L'attention de l'acheteur public est appelée sur l'obligation et l'intérêt de la pondération des critères, telle que publiée en amont dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. C'est seulement lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, qu'il indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Contrairement à la hiérarchisation où les différents critères sont analysés indépendamment les uns des autres, la pondération permet une meilleure prise en compte de l'ensemble des critères choisis, mis en balance, les uns avec les autres. Chacun des critères étant affecté d'un coefficient de pondération chiffré, l'offre économiquement la plus avantageuse est 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 critères choisis doivent être la traduction du besoin de l'acheteur.

Par ailleurs, la pondération des critères garantit une meilleure transparence dans l'analyse des offres afin que chaque entreprise puisse connaître avec précision l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de son offre.

Il est rappelé que des critères autres que ceux énumérés à l'article 53 peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires, c'est-à-dire qu'ils doivent être liés à l'objet du contrat pour éviter des contraintes inutiles.

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 veiller à ce qu'un achat réalisé par souci d'économie ne se révèle pas à l'usage plus coûteux. C'est pourquoi, parmi les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sur lesquels peut se fonder le pouvoir adjudicateur, figure le coût global

d'utilisation ou la rentabilité.

Une fois les critères portés à la connaissance des candidats potentiels à l'attribution du marché, il n'est plus possible d'en modifier la liste, soit par addition, soit par soustraction, ou en changeant la pondération ou le classement. De la même façon, les précisions ou les explications qui, dans le cadre d'un appel d'offres, peuvent être demandées sur le contenu de l'offre ne peuvent modifier les critères ou en modifier l'ordre ou la pondération.

L'acheteur pourra également exiger dans les documents de la consultation la fourniture d'échantillons, leur nombre devra être proportionné à l'objectif de procéder au meilleur choix et être compatible avec le niveau de spécification technique exigé du produit.

Dans la mesure où ces demandes impliquent un investissement significatif des candidats, les acheteurs doivent prévoir le versement de primes, à hauteur de l'effort demandé. Le versement de ces primes permet de susciter une réelle concurrence et d'inciter le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer au marché.

12.2. Comment peut-on intégrer des préoccupations

environnementales dans l'achat public ?

A travers ses articles 5, 6, 14, 45, 50 et 53, le code permet au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des exigences environnementales 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 leurs. Ainsi, c'est pour cette première étape de l'achat public l'occasion pour le pouvoir adjudicateur de s'interroger sur les possibilités d'intégrer des exigences en termes d'environnement, de conditions de travail et de coût global de l'achat.

Les préoccupations environnementales pourront également être intégrées dans le processus d'achat à différentes étapes : au cours de la passation du marché et au moment de son exécution.

En effet, l'article 45 relatif à la présentation des candidatures 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.

L'article 53 permet aux acheteurs publics de faire peser le critère environnemental par rapport à l'ensemble des autres critères de choix de l'offre. Ce critère devra néanmoins être lié à l'objet du marché ou aux conditions d'exécution, expressément mentionné dans l'avis de marché ou le règlement 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) est un autre moyen 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 quant à la teneur en substances dangereuses.

Par ailleurs, pour l'exécution d'un marché public, les acheteurs peuvent, conformément aux dispositions de l'article 14, prévoir dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation des conditions d'exécution environnementales. Ces conditions ne doivent pas, elles non plus, avoir d'effet discriminatoire. Il s'agit ici d'imposer des obligations en matière environnementale devant être respectées par le titulaire du marché quel qu'il soit. A titre d'exemple, on peut trouver les conditions suivantes : 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.

Enfin, l'article 6 relatif aux spécifications techniques permet de définir dans les documents de la consultation des exigences en matière environnementale. Dans ce cadre, 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 telles que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement.

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

12.3. 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 réalisée 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.

13. Comment informer les candidats du rejet

de leur candidature ou de leur offre ?

Lorsque le choix portant sur les candidatures ou sur les offres a été effectué, l'acheteur doit informer les candidats, pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, conformément aux dispositions de l'article 80 :

- du rejet de leur candidature ou de leur offre. Pour cela, il devra toutefois attendre que le candidat retenu ait fourni les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 pour

s'assurer de l'attribution définitive du marché. En effet, dans le cas où les décisions de rejet seraient notifiées avant cette vérification, les soumissionnaires seraient délivrés de leurs engagements et l'acheteur ne pourrait faire appel, en cas de carence du candidat classé en tête, au suivant de la liste ;

- ou de sa décision de renoncer au marché.

L'obligation d'information des candidats résulte de principes législatifs et jurisprudentiels qui ouvrent le droit à un candidat évincé de pouvoir déposer, le cas échéant, un recours contre la décision d'attribution du marché. Le code prévoit une obligation automatique d'information des candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre, étant précisé, et cette mention est importante, qu'un délai de dix jours doit s'être écoulé entre le moment où les candidats ont été dûment informés et la date de signature du marché (art. 80).

Le code prévoit aussi le cas où un candidat écarté demande par écrit au pouvoir adjudicateur les motifs du rejet de sa candidature et la justification du choix opéré (art. 83). Il est tenu de répondre dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande écrite.

Toutefois, il est recommandé, comme un élément de transparence qui peut éviter de nombreux contentieux, aux acheteurs d'organiser des rencontres afin d'expliquer oralement aux candidats les raisons qui ont conduit à leur éviction.

Pour les marchés passés en procédure adaptée, les formalités relatives à la procédure se déclinent de manière générale en fonction du marché et, notamment, de son montant et de son objet. Cette règle s'applique pour l'ensemble de la procédure de passation du marché. En conséquence, il est recommandé de prévoir, également pour ces marchés, ainsi que le mentionne la jurisprudence communautaire, un délai raisonnable entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché afin de permettre à un candidat qui s'estimerait irrégulièrement écarté de formuler un recours avant la conclusion du marché. Néanmoins, ce délai est déterminé par l'acheteur en fonction des caractéristiques du marché, au premier rang desquelles le montant.

QUATRIÈME PARTIE

L'exécution des marchés

14. 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 (art. 92 à 100, par exemple).

14.1. 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 pas assurer lui-même, favorise l'accès à la commande publique des entreprises spécialisées et des PME.

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 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) ;
- le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct dès lors que 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).

Les sous-traitants peuvent désormais être réglés plus 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.

14.2. Le versement d'avances aux titulaires de marchés publics

L'octroi des avances vise à faciliter l'exécution des marchés et assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises 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 oeuvrent dans des secteurs économiques susceptibles de se voir appliquer les règles du code des marchés publics.

S'agissant des dispositions régissant l'avance prévue à l'article 87, 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. Le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché, du bon de commande ou de la tranche affermée. Le marché peut prévoir que l'avance versée dépasse ces 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.

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).

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

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations réalisées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait. La périodicité de versement des acomptes est de 3 mois maximum ; dans certains cas prévus à l'article 91, elle peut être ramenée à 1 mois.

14.4. L'encadrement des garanties financières

exigées des titulaires de marchés publics

Les marchés publics peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté le cas échéant du montant des avenants (art. 101). La retenue de garantie peut être remplacée, au gré du titulaire, par une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire (art. 102).

Désormais, 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. Il s'agit là d'une souplesse destinée à permettre aux entreprises une plus grande marge de manoeuvre 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 est constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

14.5. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur

de respecter un délai global de paiement

L'article 98 rappelle que les paiements des prestations d'un marché public doivent s'effectuer dans un délai maximal de 45 jours, sauf exceptions énumérées par ce même article. Les modalités de mise en oeuvre du délai global de paiement des marchés publics et de calcul des intérêts moratoires, sanctionnant son non-respect, sont détaillées par le décret n° 2002-232 du

21 février 2002 (JO du 22 février 2002) et par la circulaire générale d'application du 13 mars 2002 (JO du 6 avril 2002).

La formule de calcul des intérêts moratoires est la suivante :

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

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

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

Des délais spécifiques prévus par le code de commerce s'appliquent dans le cadre d'un dispositif législatif totalement indépendant de celui prévu par ce décret n° 2002-232.

14.6. Les possibilités de refinancement au moyen de cessions ou de nantissements 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 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 arrêté du ministre chargé de l'économie.

Ce dispositif vise à éviter 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.

14.7. Les possibilités de modifier le contrat initial

par avenants et marchés complémentaires

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. 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. En pratique, il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

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 estimatif 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.

La modification résultant d'un avenant peut également porter sur 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, l'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 a précisé que la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique. 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 peut autoriser la cession. 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 dudit 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).

Il convient de rappeler que tout projet d'avenant à un marché de fournitures, de travaux ou de services entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres et que l'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis (art. 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995). Ces dispositions s'appliquent à tous les marchés quel que soit leur montant.

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

14.8. La possibilité d'exécuter au-delà du contrat initial

par une décision de poursuivre

La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui a pour seul 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 changer l'objet.

A la différence de l'avenant, acte contractuel, la décision de poursuivre est signée par la seule personne publique. Le recours à la décision de poursuivre n'est possible que si elle est prévue dans le marché. Le CCAG travaux en prévoit la possibilité pour les marchés qui le visent.

15. Pourquoi des obligations de publicité a posteriori ?

15.1. L'avis d'attribution

Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 135 000 EUR HT pour l'Etat et 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales et pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 270 000 EUR HT, les avis d'attribution sont établis conformément aux formulaires établis par le règlement communautaire (CE) n° 1564-2005 de la Commission du 7 septembre 2005.

Pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 210 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT, ils sont établis conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Le pouvoir adjudicateur doit faire publier l'avis d'attribution dans un délai de 48 jours à compter de la notification du marché, dans les mêmes conditions et en utilisant les mêmes moyens publicitaires que ceux utilisés lors de l'avis d'appel public à la concurrence.

La publication de l'avis d'attribution permet, dans ces conditions, à toute personne qui y a intérêt, d'exercer un recours individuel à l'encontre de la décision d'attribution du marché.

15.2. Les dispositions de l'article 133

Le code des marchés publics prévoit que les acheteurs sont tenus de publier chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires. Cette disposition est un gage de transparence quant à l'emploi des deniers publics.

Les modalités d'application de cet article sont définies par l'arrêté du 27 mai 2004 publié au Journal officiel du 9 juin 2004.

L'arrêté apporte les précisions suivantes :

- le support de publication de la liste : l'arrêté laisse une totale liberté aux administrations quant au choix du support pour communiquer la liste des marchés conclus l'année précédente. Néanmoins, dans un souci d'économie, la publication sur les sites internet des collectivités doit être privilégiée.

- les seuils : une montée en charge progressive : afin de laisser aux acheteurs le temps de mettre en place un système opérationnel, l'arrêté prévoit une mise en oeuvre progressive du dispositif. Cette période transitoire a pour but de répondre aux difficultés pratiques que pourraient rencontrer les acheteurs publics dans l'élaboration de leur liste.

- les mentions à faire figurer sur la liste : 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. Doivent également figurer sur la liste l'objet et la date du marché, ainsi que le nom de l'attributaire, en mentionnant, pour plus de précision, le code postal du titulaire du marché.

CINQUIÈME PARTIE

Les 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.

16. Quels sont les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices soumises à des règles particulières de passation des marchés ?

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 et 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.

16.1. Quelles sont les activités d'opérateurs de réseaux ?

16.1.1. Les activités soumises au code en matière d'électricité, de gaz ou de chaleur sont :

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.

Concernant ces activités, 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 réalise des achats permettant de construire, d'organiser et de mettre le réseau à la disposition d'un tiers. Les notions d'organisation et de mise à disposition visent la construction du réseau pour en confier ensuite la gestion à un tiers conformément aux différents modes de dévolution autorisés. Mais 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.

Le contrat par lequel l'entité adjudicatrice confie à un tiers la gestion et l'exploitation du réseau n'est donc pas automatiquement soumis au code des marchés publics. L'important n'est pas de savoir si l'entité exerce ou non effectivement une activité d'exploitation à la date du marché mais de savoir si oui ou non pèse sur elle à la date du marché la charge de l'exploitation. Si tel est le cas, le marché est alors passé conformément aux règles applicables aux entités adjudicatrices.

16.1.2. Les activités soumises au code en matière d'eau sont :

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.

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

16.1.4. 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 (ex. : les activités relatives à l'exploitation de l'espace aérien ou maritime).

16.1.5. Les activités soumises au code en matière de transport sont :

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.

16.1.6. Les activités postales.

Il est à noter que 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 inter-armées).

16.2. Quelles sont les exceptions

à l'application du code des marchés publics ?

Les articles 136 à 140 énumèrent un certain nombre de 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 dès lors que le contrat se passe dans des circonstances telles que l'on peut considérer qu'il s'agit de prestations réalisées en interne. Il s'agit d'un cas particulier de prestations intégrées plus large que son équivalent appelé communément « prestations in-house » pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 138 et 139).

c) Les cas pour lesquels l'application des règles du code ne se justifie plus dans la mesure où la commission a établi que l'activité d'opérateurs était exercée dans un cadre pleinement concurrentiel (art. 140).

16.3. 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, à divers égards :

16.3.1. Les seuils applicables.

Les seuils applicables aux marchés passés par les entités adjudicatrices sont des seuils particuliers en ce qui concerne les fournitures et les services. En effet, il n'existe que deux

seuils : celui de 420 000 EUR HT pour les fournitures et les services et celui de 5 270 000 EUR HT pour les travaux (ce dernier seuil est le seul identique à celui applicable aux pouvoirs adjudicateurs).

16.3.2. Le choix des procédures.

Concernant le choix des procédures applicables, et à la différence des pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices peuvent recourir librement à la procédure négociée avec mise en concurrence. 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. En outre, 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. Cependant, rien ne les empêche de s'inspirer de la procédure du dialogue pour mener leurs négociations.

16.3.3. 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 ici 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).

16.3.4. Les variantes.

A l'inverse de la règle en vigueur pour les pouvoirs adjudicateurs, les variantes sont admises sauf indications contraires dans les documents de la consultation. Les entités n'ont donc pas besoin de les autoriser expressément (art. 157).

16.3.5. 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).

16.3.6. 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).

16.3.7. Nombre minimal de candidats admis.

Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues, s'agissant de l'appel d'offres restreint ou de la procédure négociée avec mise en concurrence, de fixer un nombre minimal de candidats admis à déposer une offre à 5 ou 3 (art. 162 et 165).

16.3.8. Marchés de maîtrise d'oeuvre.

Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues de recourir obligatoirement au concours pour les marchés de maîtrise d'oeuvre (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.

16.3.9. 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).

16.3.10. Modalités de publicité.

En termes de publicité, l'avis de préinformation prend le nom d'avis périodique indicatif (art. 149) mais en dehors du nom il reste en tous points identique au premier.

En outre, les entités adjudicatrices ont trois types de formulaires concernant l'avis d'appel public à la concurrence. En effet, à l'inverse 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).

16.4. Quelles sont les modalités de sortie

du champ d'application du code ?

Le code met en place une procédure nouvelle permettant à la Commission européenne, sur demande d'un Etat membre et après justification, de sortir du champ d'application du code des marchés publics certaines activités d'opérateurs de réseaux qui sont considérées comme étant exercées sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité, comme cela a été fait pour le secteur des télécommunications. Il s'agit ici d'un mécanisme permanent qui permet de modifier le champ d'application de la directive communautaire n° 2004/17/CE et donc du code sans avoir besoin de modifier le texte existant (cf. art. 140).

Fait à Paris, le 3 août 2006.

Le ministre de l'économie,

des finances et de l'industrie,

Thierry Breton

Le ministre délégué au budget

et à la réforme de l'Etat,

porte-parole du Gouvernement,

Jean-François Copé

A N N E X E I

LES TEXTES À CONNAÎTRE

Les textes législatifs

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance.

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée.

Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (titre Ier).

Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF).

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, modifiée par la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 et par la loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005, pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, notamment son article 29.

Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, modifiée par la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Les décrets

Décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 modifié fixant le statut de la normalisation.

Décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics.

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

Décret n° 2002-677 du 29 avril 2002, modifié par le décret n° 2005-90 du 4 février 2005,

relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation.

Décret n° 2003-301 du 2 avril 2003 modifiant le code général des collectivités territoriales (fixant la liste des pièces justificatives exigées par les comptables avant de procéder au paiement d'une dépense).

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

Décret n° 2004-1299 du 26 novembre 2004 relatif à la commission des marchés publics de l'Etat.

Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, modifié par le décret n° 2005-1741 du 30 décembre 2005, relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 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.

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.

Les arrêtés

Arrêté du 5 septembre 2002 pris pour l'application de l'article 100, alinéa 2, du code des marchés publics.

Arrêté du 31 janvier 2003 pris pour l'application de l'article 46 du code des marchés publics et de l'article 8 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

Arrêté du 16 février 2004 pris en application de l'article 2 du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense et fixant le modèle du formulaire pour la publication des avis d'appel public à la concurrence.

Arrêté du 27 mai 2004 pris en application de l'article 138 du code des marchés publics et relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les personnes publiques.

Arrêté du 22 mars 2005 pris en application de l'article 1er du décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation.

Arrêté du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les contrats.

Arrêté du 10 novembre 2005 pris en application de l'article 136 du code des marchés publics et relatif à l'observatoire économique de l'achat public.

Circulaire

La circulaire interministérielle DILTI du 31 décembre 2005 relative à la solidarité financière des donneurs d'ordre en matière de travail dissimulé au Bulletin officiel du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle n° 2006/03 du 30 mars 2006. - Diffusion : Direction des Journaux officiels Travail 2006/3, texte 1/56, pages 1 et suivantes (NOR : SOCL0510447C) (texte non paru au Journal officiel de la République française).

L'ensemble des textes utiles est mis à jour de manière permanente et est consultable sur le site : <http://www.minefi.gouv.fr>

A N N E X E I I

COORDONNÉES DES SERVICES DE CONSEIL

ET SITES D'INFORMATION SUR LES MARCHÉS PUBLICS

Plusieurs services de renseignements sont mis à disposition des acheteurs pour toute question relative aux marchés publics :

La cellule d'information juridique aux acheteurs publics installée à Lyon, qui dépend de la direction générale de la comptabilité publique, est à la disposition de l'ensemble des acheteurs locaux, qui peuvent la contacter soit :

- par téléphone : 04-72-56-10-10 du lundi au vendredi de 8 h 30 à 12 h 30 ;
- par télécopie : 04-72-40-83-04 (ne pas oublier d'indiquer les coordonnées de la personne à rappeler) ;
- par messagerie en remplissant le formulaire mis à votre disposition sur le site internet : [www.colloc.minefi.gouv.fr/rubrique Marchés publics/cellule d'information juridique aux acheteurs publics](http://www.colloc.minefi.gouv.fr/rubrique_Marchés_publics/cellule_d'information_juridique_aux_acheteurs_publics).

Le bureau du conseil aux acheteurs publics de la direction des affaires juridiques du ministère de l'industrie, de l'économie et des finances, pour les administrations centrales de l'Etat et ses établissements publics :

- par téléphone : 01-44-97-03-20 ;
- par télécopie : 01-44-97-06-50 ;
- par messagerie à l'adresse daj-marches-publics@daj.finances.gouv.fr

La Commission des marchés publics de l'Etat chargée de fournir aux services de l'Etat une assistance pour la passation et l'élaboration de leurs marchés :

- par téléphone : 01-44-97-06-62/01-44-97-33-28 ;
- par télécopie : 01-44-97-06-64 ;
- par messagerie à l'adresse cmpe@daj.finances.gouv.fr

Les sites d'information sur les marchés publics :

Les textes, ainsi que les principaux formulaires d'aide à la passation des marchés, sont disponibles sur les sites du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie :
<http://www.minefi.gouv.fr> et <http://www.colloc.minefi.gouv.fr/>

L'ensemble des modèles de formulaires est également disponible sur le site :
<http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics/>

Les informations concernant les données communautaires peuvent être consultées sur le site «
Système d'information pour les marchés publics » : <http://simap.eu.int>

A toutes fins utiles, les acheteurs pourront également consulter le site :
<http://www.legifrance.gouv.fr>