

Le 15 février 2012

JORF n°0039 du 15 février 2012

Texte n°16

CIRCULAIRE

Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

NOR: EFIM1201512C

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

Les modifications récentes du droit de la commande publique (1) ainsi que les précisions apportées par la jurisprudence rendent nécessaire une nouvelle version du Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Ce guide n'a aucune portée réglementaire.

La circulaire NOR : ECEM0928770C du 29 décembre 2009, relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, est abrogée.

Avertissement

1. Dispositions applicables aux marchés

passés dans le domaine de la défense

Les marchés publics et accords-cadres passés par les services de la défense entrent, en principe, dans le champ d'application de la présente circulaire.

En revanche, n'entrent pas dans le champ d'application du présent guide :

1. Les marchés publics et accords-cadres passés par les services de la défense, lorsque les dispositions des articles L. 1111-1, L. 1111-2 (Menaces et risques susceptibles d'affecter la vie de la nation), L. 2141-1, L. 2141-2 et L. 2141-3 (Mobilisation générale) du code de la défense s'appliquent ;

2. Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité définis à l'article 179 du code des marchés publics, lesquels sont soumis aux dispositions particulières prévues par la troisième partie du code des marchés publics (2).

2. Montant des seuils de procédure

Les seuils de procédure fixés par les directives européennes sur les marchés publics sont révisés tous les deux ans par la Commission européenne de manière à respecter les engagements internationaux de l'Union, pris en vertu de l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

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

Au 1er janvier 2012, ces seuils sont les suivants (3) :

— pour les marchés de fournitures ou services : 130 000 euros HT pour l'Etat, 200 000 euros HT pour les collectivités territoriales et 400 000 euros HT pour les entités adjudicatrices ;

— pour les marchés de travaux : 5 000 000 euros HT.

Il est rappelé qu'en application des dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatives au contrôle de légalité (art. L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2) le montant à partir duquel les marchés publics et accords-cadres sont soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat est fixé à 200 000 euros HT par l'article D. 2131-5-1 du CGCT.

3. Pour aller plus loin

La direction des affaires juridiques (DAJ) tient à jour, sur le site internet du ministère de l'économie, une rubrique « Marchés publics » (4). L'acheteur y trouvera différents documents et informations, tels que des fiches techniques, un signalement en temps réel des nouveaux textes relatifs à la commande publique, des réponses à des questions fréquentes, les divers formulaires obligatoires et facultatifs, etc. Des documents élaborés dans le cadre de l'Observatoire économique de l'achat public (ŒAP), dont la DAJ assure le fonctionnement, y sont également disponibles. Parmi ces documents, pourront être utilement consultés les guides élaborés dans le cadre des « Ateliers » de l'Observatoire économique de l'achat public, ainsi que les guides et recommandations des groupes d'études des marchés (GEM). Ces derniers, en particulier, sont élaborés dans le cadre du partenariat qui lie la direction au service des achats de l'Etat (SAE), dont elle assure le soutien juridique.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE : LE CHAMP D'APPLICATION

LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC

SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

1. Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

1.1. Les personnes publiques soumises au code des marchés publics

1.2. Certaines personnes privées

1.3. Les autres personnes publiques ou privées

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

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

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux

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

3. Le contrat est-il exclu du champ d'application du code des marchés publics ?

3.1. Les contrats de quasi-régie ou de prestations intégrées (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 autres exclusions

DEUXIÈME PARTIE : LA PRÉPARATION DE LA PROCÉDURE

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

4.1. La définition des besoins est la clef d'un achat réussi

4.2. Des solutions existent en cas d'impossibilité de définir précisément les besoins ou les moyens d'y satisfaire

4.2.1. En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins

4.2.2. En cas d'incapacité à définir précisément les moyens propres à satisfaire les besoins

4.2.3. Dans les autres cas, le besoin doit être précisément défini

- 4.3. Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques
- 4.4. La possibilité de demander des prestations supplémentaires éventuelles
- 4.5. L'utilisation des variantes
- 4.6. Le niveau de détermination des besoins
- 5. Faut-il une commission d'appel d'offres ? Quel est son rôle ?
 - 5.1. Pour l'Etat
 - 5.2. Pour les collectivités territoriales
- 6. Acheter seul ou groupé ?
 - 6.1. La coordination de commandes
 - 6.2. Le groupement de commandes
 - 6.3. Le recours à une centrale d'achat
- 7. Quelle forme de marché adopter ?
 - 7.1. Le choix du mode de dévolution du marché
 - 7.1.1. L'allotissement et le marché unique
 - 7.1.2. Les « petits lots »
 - 7.1.3. Les contrats globaux particuliers
 - 7.1.3.1. Les marchés de conception-réalisation (art. 37)
 - 7.1.3.2. Les contrats globaux sur performance (art. 73)
 - 7.2. Les marchés « fractionnés » et la planification des marchés dans le temps
 - 7.2.1. Les marchés à bons de commande (art. 77)
 - 7.2.2. L'accord-cadre (art. 76)
 - 7.2.3. Le cas particulier des achats d'énergies non stockables (art. 76-VIII)
 - 7.2.4. Les marchés à tranches conditionnelles (art. 72)
 - 7.3. Le système d'acquisition dynamique (SAD, art. 78)
 - 7.4. Les marchés reconductibles (art. 16)
- 8. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

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

8.1.1. La notion d'opération de travaux

8.1.2. La notion d'ouvrage

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

8.3. La détermination du montant du marché en l'absence de prix versé par le pouvoir adjudicateur

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

TROISIÈME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE

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

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

10.1.1. La garantie du respect des principes de la commande publique

10.1.2. Le cas des offres spontanées

10.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée

10.2.1. Quelle publicité ?

10.2.1.1. La publication obligatoire au BOAMP et au JOUE

10.2.1.2. La publication obligatoire sur le profil d'acheteur

10.2.1.3. La publication facultative d'un avis de préinformation

10.2.1.4. La publicité complémentaire

10.2.2. Quelles mesures de mise en concurrence ?

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

10.3.1. Les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure

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

10.3.2.1. Quelle publicité ?

10.3.2.2. Quelle mise en concurrence ?

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

11. Comment sélectionner les candidats ?

11.1. Qui peut se porter candidat ?

11.1.1. Le principe de la liberté d'accès à la commande publique

11.1.2. Les interdictions de soumissionner

11.1.2.1. Les condamnations pénales

11.1.2.2. L'exclusion administrative des contrats administratifs

11.1.2.3. La violation des obligations sociales et fiscales

11.1.2.4. Les entreprises en difficulté

11.2. Le dossier de candidature

11.2.1. Présentation du dossier de candidature

11.2.2. Le contenu du dossier de candidature

11.2.2.1. Les attestations de non-exclusion des marchés publics

11.2.2.2. Les renseignements permettant de vérifier les garanties professionnelles, techniques et financières du candidat

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

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

11.4. L'examen des candidatures

11.4.1. L'admission des candidatures

11.4.1.1. L'élimination des candidatures en procédure ouverte

11.4.1.2. La sélection des candidatures en procédure restreinte

11.4.2. Les capacités nécessaires à l'exécution du marché

11.4.2.1. Les capacités techniques et professionnelles

11.4.2.2. Les capacités financières

11.4.3. Faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique au stade de la sélection des candidatures

12. Quand, pourquoi et comment négocier ?

12.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

- 12.1.1. En dessous des seuils des marchés formalisés et pour les marchés de services de l'article 30
- 12.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés
 - 12.1.2.1. Les marchés négociés passés après publicité et mise en concurrence (art. 35-I).
 - 12.1.2.2. Les marchés négociés passés sans publicité ni mise en concurrence (art. 35-II).
- 12.2. Quels sont les avantages de la négociation ?
- 12.3. Quelles sont les contraintes de la négociation ?
- 13. Comment mener un dialogue compétitif ?
 - 13.1. Les cas de recours au dialogue compétitif
 - 13.2. La procédure du dialogue compétitif
- 14. Comment choisir son maître d'œuvre ?
 - 14.1. En procédure adaptée
 - 14.2. En procédure formalisée
 - 14.3. Attribution des marchés de maîtrise d'œuvre des collectivités territoriales
- 15. Comment choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ?
 - 15.1. Les critères de choix
 - 15.1.1. Le choix des critères de sélection des offres (art. 53)
 - 15.1.1.1. Un ou plusieurs critères ?
 - 15.1.1.2. La transparence des critères de sélection
 - 15.1.2. Les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres
 - 15.2. Les offres anormalement basses
- 16. Comment intégrer des préoccupations de développement durable dans l'achat public ?
 - 16.1. Les préoccupations environnementales
 - 16.2. Le cas particulier des véhicules à moteur
 - 16.3. Les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture
 - 16.4. Les préoccupations sociales

16.5. Les marchés réservés

17. Comment achever la procédure ?

17.1. La vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale de l'attributaire

17.1.1. Les attestations fiscales et sociales

17.1.2. Cas particulier du dispositif d'alerte en matière de lutte contre le travail dissimulé

17.2. L'information des candidats

17.2.1. L'information immédiate des candidats

17.2.1.1. L'information immédiate des candidats en procédure formalisée

17.2.1.2. L'information des candidats en procédure adaptée ou négociée

17.2.2. L'information à la demande des candidats

17.3. Le délai de suspension de la procédure

17.3.1. Marchés ou accords-cadres passés selon une procédure formalisée

17.3.2. Marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique

17.4. La publication d'un avis d'intention de conclure

17.5. La notification

17.6. L'avis d'attribution

18. Remplir les obligations d'information a posteriori

18.1. Le recensement des marchés publics

18.2. La liste des marchés conclus l'année précédente

19. Comment garantir la traçabilité de la procédure ?

20. Comment dématérialiser les marchés publics ?

20.1. Les modalités de la dématérialisation

20.2. La signature électronique des documents transmis par voie dématérialisée

20.3. Les obligations du pouvoir adjudicateur en cas de dématérialisation

QUATRIÈME PARTIE : L'EXÉCUTION DES MARCHÉS

21. Comment contribuer à la bonne exécution des marchés publics ?

21.1. Le paiement direct du sous-traitant

21.2. Les avances

21.3. Les acomptes

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

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

21.6. Le versement de primes de réalisation anticipée

21.7. La cession et le nantissement de créances

21.8. Les avenants et décisions de poursuivre

21.8.1. L'avenant

21.8.2. La décision de poursuivre

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

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

22.2. Le règlement amiable des différends

22.2.1. Les comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics

22.2.2. La conciliation

22.2.3. La transaction

22.2.4. L'arbitrage

CINQUIÈME PARTIE : LES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX ENTITÉS ADJUDICATRICES

23. Quels sont les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices et quelles règles particulières de passation des marchés leur sont applicables ?

23.1. Les activités d'opérateurs de réseaux

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

- 23.1.2. Les activités soumises au code en matière d'eau
 - 23.1.3. Les activités soumises au code en matière de transport
 - 23.1.4. Les activités postales
 - 23.1.5. Les autres activités
 - 23.2. Les exceptions à l'application du code des marchés publics
 - 23.3. Les principales différences de règles de procédure entre les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs
 - 23.3.1. Les seuils applicables
 - 23.3.2. Le choix des procédures
 - 23.3.3. Le système de qualification des opérateurs économiques
 - 23.3.4. Les variantes
 - 23.3.5. Les offres contenant des produits originaires de pays tiers
 - 23.3.6. Les délais
 - 23.3.7. Nombre minimal de candidats admis
 - 23.3.8. Marchés de maîtrise d'œuvre
 - 23.3.9. Accord-cadre et marché à bon de commande
 - 23.3.10. Modalités de publicité
- Conclusion : maîtriser l'achat public

PREMIÈRE PARTIE : LE CHAMP D'APPLICATION

LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC

SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

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

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

1. Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

1.1. Les personnes publiques soumises

au code des marchés publics

Le code des marchés publics s'applique à l'Etat et à ses établissements publics à caractère administratif (5), mais pas à ses établissements publics à caractère industriel et commercial qui sont soumis, pour la plupart d'entre eux, à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (6). Il s'applique également aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux, qu'ils soient de nature administrative ou industrielle et commerciale. Depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, les offices publics de l'habitat, bien qu'établissements publics locaux, ne sont pas soumis au code des marchés publics, mais à l'ordonnance du 6 juin 2005.

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

Les établissements publics de santé qui, depuis la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, sont des établissements publics administratifs de l'Etat et non plus des établissements publics locaux, ainsi que les établissements du service de santé des armées sont soumis à certaines dispositions spécifiques (seuils de procédure formalisée applicables aux collectivités territoriales, délais de paiement particuliers). Les syndicats interhospitaliers sont soumis au même régime que les établissements de santé.

1.2. Certaines personnes privées

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

Il en va autrement dans les cas suivants :

a) Lorsqu'une personne privée agit comme mandataire d'une personne publique soumise au code des marchés publics, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions de ce code. Il faut noter que les conventions de mandat sont soumises au code des marchés publics ;

b) Les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes avec des personnes publiques soumises au code des marchés publics doivent, pour leurs achats effectués dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par le code ;

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

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

applicables à cette personne publique (7).

1.3. Les autres personnes publiques ou privées

Certaines personnes publiques ou privées, bien que non soumises au code des marchés publics, sont assujetties à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire, dès lors qu'elles peuvent être qualifiées de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice (8). Ces organismes relèvent du régime de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et de ses décrets d'application (9).

Ont un double régime les marchés passés par les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique. Ils sont en principe soumis au code des marchés publics mais leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche relèvent de l'ordonnance du 6 juin 2005 (10).

Les personnes publiques ou privées soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 peuvent décider d'appliquer volontairement les règles prévues par le code des marchés publics (art. 3-II de cette ordonnance). Ce choix peut être effectué :

— de manière générale, pour l'ensemble de leurs achats ou pour certains achats déterminés en fonction de leur objet (tel ou tel type de fournitures, par exemple) ou de leur destination (dans le cadre de telle ou telle opération d'achats, pour des achats effectués en commun avec un autre acheteur ou pour les achats de tel ou tel service utilisateur, par exemple), ce qui suppose une décision expresse de l'autorité compétente ;

— ou de manière ponctuelle, à l'occasion d'un marché particulier, en faisant une référence explicite aux articles du code dans les documents de la consultation et les pièces contractuelles du marché.

Lorsque l'achat est effectué en commun par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics et une personne publique ou privée soumise à l'ordonnance du 6 juin 2005, le marché doit être passé en application du code des marchés publics.

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

La définition des marchés publics figure à l'article 1er du code. Ils ne doivent pas être confondus avec d'autres contrats relevant de régimes juridiques différents (concessions de travaux publics, délégations de service public, contrats de partenariat, contrats de vente en l'état futur d'achèvement, baux emphytéotiques administratifs, autorisations d'occupation temporaire du domaine public...) (11).

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

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique. Une décision unilatérale ne peut être un marché, pour autant qu'elle ne dissimule pas un contrat.

L'objet du marché, qui précise le besoin de la personne publique, est un élément fondamental qui doit être défini avec précision.

Tous les contrats soumis au code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs (12).

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux

Les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix. Lorsque la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage, le contrat ne peut être qualifié de marché public (13).

Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent par la personne publique. Lorsque l'administration bénéficie de prestations et que le versement effectué peut être regardé comme leur contrepartie, il constitue un prix, quelle que soit la qualification donnée par les parties : une subvention peut ainsi être requalifiée en prix et le contrat en marché (14). Le prix n'est pas nécessairement payé par l'acheteur. Le caractère onéreux peut, en effet, résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une recette née à l'occasion de l'exécution du marché. Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au titulaire d'un marché de mobilier urbain ou d'un marché d'édition d'un bulletin municipal, de se rémunérer par les recettes publicitaires qui en sont issues (15), ou encore de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau, dont il a effectué le curage (16). L'acheteur public prendra garde, dans ce cas, au respect des principes de la comptabilité publique (17).

Ne sont pas des marchés publics les contrats qui excluent une rémunération du cocontractant et se caractérisent, au contraire, par le versement, par celui-ci, d'une redevance ou d'un prix à l'administration. C'est le cas des contrats d'occupation du domaine public, des ventes de biens domaniaux ou encore des offres de concours. L'offre de concours est un contrat par lequel une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir, gratuitement, une participation à l'exécution de ces travaux. Cette participation peut être financière ou en nature (fourniture d'un terrain ou de main-d'œuvre ou réalisation de prestations).

2.3. Un marché public est conclu avec un opérateur

économique public ou privé

Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes, dotées chacune de la personnalité juridique.

Le cocontractant de l'acheteur doit être un opérateur économique (18), c'est-à-dire une entité, quels que soient son statut juridique et son mode de financement, qui exerce une activité économique (19). Le Conseil d'Etat a jugé que les collectivités publiques peuvent ne pas passer un marché public « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel » (20). Certaines commandes, à caractère social en particulier, peuvent ainsi être passées avec des organismes qui, compte tenu de la nature de leur activité et des conditions dans lesquelles ils agissent, ne peuvent être regardés comme des opérateurs économiques. Le contrat éventuel qui les lie alors à la collectivité ne peut être analysé comme un marché public.

Une personne publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises, afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique et le droit de la concurrence. La personne publique, qui soumissionne, devra donc être en mesure de justifier, le cas échéant, que le prix proposé a été déterminé, en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer ce prix, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public (21).

3. Le contrat est-il exclu du champ d'application

du code des marchés publics ?

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

3.1. Les contrats de quasi-régie

ou de prestations intégrées (art. 3 [1°])

Cette exclusion concerne tous les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus entre deux personnes morales distinctes, mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre. Elle est issue de la jurisprudence communautaire (22). Deux caractéristiques qualifient la prestation intégrée (23) :

— le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant doit être analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Cela suppose une influence déterminante sur ses objectifs stratégiques et ses décisions importantes (une simple relation de tutelle ne suffit pas) ;

— le cocontractant doit effectuer l'essentiel de son activité pour la personne publique qui le contrôle. La part des activités effectuées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

La participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur, exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (24). Les sociétés d'économie mixte (SEM) doivent, en conséquence, toujours être mises en concurrence avec d'autres prestataires pour la passation d'un marché public.

En revanche, les sociétés publiques locales instituées par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 et les sociétés publiques locales d'aménagement sont des sociétés anonymes dont le capital est détenu en totalité par des collectivités territoriales ou leurs groupements. Elles constituent des outils juridiques qui permettent aux collectivités territoriales et à leurs groupements de contracter directement, sans publicité ni mise en concurrence, sous réserve que ces sociétés soient bien en situation de prestataire « intégré ». Les deux critères jurisprudentiels de la quasi-régie doivent être remplis tout au long de la vie des contrats concernés (25).

Les jurisprudences communautaire (26) et administrative (27) admettent qu'un contrôle public sur le cocontractant puisse être exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Ceux-ci sont alors considérés comme exerçant collectivement un contrôle comparable à celui exercé sur leurs propres services. Il n'y a pas lieu, dans ce cas, d'examiner le niveau du contrôle de chacun des pouvoirs adjudicateurs sur l'entité contrôlée. Le contrôle analogue peut donc s'entendre d'un contrôle conjoint (28).

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

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

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

Le droit exclusif peut être défini comme la situation dans laquelle est confié à une personne, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause (29). En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services. Lorsqu'un droit exclusif est confié à plusieurs opérateurs, on parle alors de droit spécial. Les conditions de validité de ces droits spéciaux sont les mêmes que celles des droits exclusifs.

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

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

— il doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt général confiée au contractant ;

— lorsque sont en cause des services d'intérêt économique général (SIEG), c'est-à-dire des « activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public », le droit exclusif est justifié si, en son absence, son bénéficiaire ne serait pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été confiée (30) ;

— conformément à l'article 106 du TFUE, le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé pour l'accomplissement d'une mission de SIEG justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question (31) ;

— dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises édictées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à la double condition que les restrictions à ces règles soient propres à garantir l'objectif qu'elles visent et

qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

Si le droit exclusif peut conférer à son bénéficiaire une position dominante sur le marché, au sens de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce, il ne doit pas le conduire à abuser de cette position dominante.

3.3. Les contrats relatifs à des programmes

de recherche-développement (art. 3 [6°])

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services.

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

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

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

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

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

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

Tel est, par exemple, le cas de certaines prestations acquises en vue de prévenir des actions terroristes. Il en est de même des marchés qui conduiraient des fournisseurs à accéder à des informations ou domaines sensibles, dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat ou à son potentiel scientifique et économique.

Dans le domaine de la défense nationale et en dehors des cas d'application (32), il peut s'agir, par exemple, de marchés de nettoyage, de gardiennage ou de déménagement de sites protégés au sens de l'article 413-7 du code pénal.

Des dispositions particulières sur le secret protégé dans les contrats concernés par cette exclusion figurent dans l'arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale.

3.5. Les autres exclusions

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

- les contrats d'acquisition ou de location de biens immobiliers, notamment de bâtiments existants, ou de droits réels sur ces biens. Attention, les contrats passés avec des tiers mandataires, tels que des agences immobilières, sont, en revanche, des contrats de services soumis au code des marchés publics ;
- les contrats portant sur des programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et les marchés concernant les temps de diffusion ;
- les contrats de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, ainsi que les services fournis par les banques centrales ;
- les contrats passés selon une procédure propre à une organisation internationale ;
- les contrats passés en application d'un accord international relatif au stationnement de troupes ou conclus entre un Etat membre de l'Union européenne et un Etat tiers en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;
- l'achat d'œuvres ou d'objets d'art existants (33) ;
- les contrats de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;
- les contrats de travail. Attention, les contrats conclus avec des agences d'intérim sont soumis au code des marchés publics.

Il résulte, en outre, de la jurisprudence que sont exclus du champ d'application du code les marchés conclus et exécutés entièrement à l'étranger (34).

DEUXIÈME PARTIE : LA PRÉPARATION DE LA PROCÉDURE

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

4.1. La définition des besoins

est la clef d'un achat réussi

Une définition précise du besoin est la garantie de la bonne compréhension et de la bonne exécution du marché. Elle permet de procéder à une estimation fiable du montant du marché.

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

Ont été, par exemple, considérés comme des manquements à la définition des besoins : la sous-estimation des quantités du marché (35), le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (36), la possibilité pour les candidats de proposer des «

services annexes » non définis (37).

Une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise de ces besoins dans les documents de la publicité ne sont pas uniquement une exigence juridique. Elles sont, d'abord, une condition impérative, pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. A titre d'exemples, l'objet du marché ne saurait se réduire à la seule mention de « Prestations informatiques », lorsqu'il s'agit de prestations de tierce maintenance applicative d'un programme donné, ou de « Prestations de services juridiques », lorsqu'il s'agit d'un marché de représentation en justice.

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

La définition des besoins doit prendre en compte les exigences du développement durable et, en particulier, les exigences sociales et environnementales. Ces exigences peuvent être appréhendées par référence à des labels ou à leur équivalent. Toutefois, si l'article 53-I du code impose à l'acheteur de se prendre en compte des objectifs de développement durable, il ne lui impose pas de retenir un critère écologique au sein des critères de choix des offres (38).

Pour être efficace, l'expression des besoins impose :

— l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;

— la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ;

— la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;

— lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté.

4.2. Des solutions existent en cas d'impossibilité de définir

précisément les besoins ou les moyens d'y satisfaire

La définition des besoins peut être plus ou moins précise, selon la visibilité de l'acheteur.

4.2.1. En cas d'incertitude sur la régularité

ou l'étendue des besoins

Le code prévoit, dans ce cas, la possibilité de recourir à des accords-cadres ou à des marchés à bons de commande, qui permettent de définir les besoins à mesure de leur apparition. Ces contrats peuvent être conclus sans minimum ni maximum.

4.2.2. En cas d'incapacité à définir précisément

les moyens propres à satisfaire les besoins

Dans cette hypothèse, l'acheteur peut recourir à la procédure du dialogue compétitif. Il n'est alors pas tenu de rédiger un cahier des charges complet, ni définitif. La consultation est alors lancée sur la base du projet partiellement défini ou du programme fonctionnel (art. 67). En dialogue compétitif, tous les éléments du contrat peuvent faire l'objet d'une négociation.

De même, pour certains marchés et accords-cadres de services, si la prestation à effectuer est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres, le marché peut aussi, en application de l'article 35-I (2°), être passé selon la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, sur la base d'un cahier des charges ou d'un projet partiellement définis.

4.2.3. Dans les autres cas,

le besoin doit être précisément défini

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

En procédure adaptée, la rédaction d'un cahier des charges n'est pas obligatoire, mais les besoins doivent avoir été définis avec suffisamment de précision. Ce qui se traduit, en pratique, par la rédaction d'un descriptif qui, le cas échéant, pourra être succinct. L'acheteur public doit communiquer aux candidats toutes les informations utiles dont il dispose.

4.3. Les besoins doivent être déterminés

par référence à des spécifications techniques

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

Le pouvoir adjudicateur a le choix entre deux possibilités :

— se référer à des normes ou à d'autres documents préétablis approuvés par des organismes reconnus, notamment par des instances professionnelles en concertation avec les autorités publiques nationales ou communautaires. Il s'agit de l'agrément technique européen, d'une spécification technique commune ou d'un référentiel technique. L'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et accords-cadres définit ces termes (39) ;

— exprimer les spécifications techniques, en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Par exemple, pour un marché de vêtements de pompiers, le pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des spécifications techniques, un tissu résistant à un degré très élevé de chaleur ou résistant à une pression d'eau particulière, avec des

renforts ou un poids maximal.

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

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

Les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité des candidats. L'acheteur public peut demander des informations sur les conditions de fabrication des produits. Il peut notamment, afin de mieux connaître ces conditions, demander des informations sur l'origine des produits. Toutefois, le droit de la commande publique s'oppose à ce qu'il exige un mode de fabrication particulier ou une origine déterminée. Les spécifications techniques ne peuvent pas davantage mentionner une marque, un brevet ou un type, qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions. L'acheteur public peut, toutefois, y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de donner autrement une description technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « ou équivalent » (40).

4.4. La possibilité de demander

des prestations supplémentaires éventuelles

Le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat (41). Ces prestations doivent être en rapport direct avec l'objet du marché et le cahier des charges doit définir leurs spécifications techniques avec précision.

Dans tous les cas, l'acheteur veillera à limiter les prestations supplémentaires qu'il demande ou propose, afin de ne pas remettre en cause les modalités de jugement des offres et l'égalité des candidats.

Lorsque le pouvoir adjudicateur impose aux candidats de fournir ces prestations en complément de l'offre de base, elles sont prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres. Le pouvoir adjudicateur doit alors évaluer et classer les offres, en tenant compte de l'offre de base et des prestations supplémentaires réunies.

A l'inverse, lorsque le pouvoir adjudicateur n'impose pas aux candidats de fournir ces prestations, il ne peut prendre en compte que l'offre de base dans son évaluation comparative, à l'exclusion des prestations supplémentaires (42). L'acheteur public ne pourra commander que les prestations supplémentaires associées à l'offre de base retenue.

Le choix de retenir ou non ces prestations supplémentaires éventuelles est effectué, dans tous les cas, au moment de l'attribution.

4.5. L'utilisation des variantes

Les variantes constituent « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » (43).

Elles permettent aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution ou des moyens, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ou, plus généralement dans le dossier de consultation, pour effectuer les prestations du marché. Il peut, par exemple, s'agir d'une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur, innovante le cas échéant, ou de moyens inconnus du pouvoir adjudicateur, qui permettent au candidat de remettre une offre moins chère ou techniquement supérieure. Elles permettent ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation. Elles peuvent, aussi, consister en un aménagement des conditions financières du marché (44).

Le pouvoir adjudicateur aura donc tout intérêt, notamment dans les domaines techniques ou à évolution rapide, à autoriser les variantes. Cela évite d'imposer des solutions routinières, favorisant ainsi l'accès des entreprises innovantes ou de nouvelles entreprises aux marchés publics. Ce dispositif est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises. Toutefois, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que les variantes proposées ne portent pas sur des éléments du cahier des charges identifiés par lui comme ne pouvant pas faire l'objet d'une variante et ne remettent pas en cause le projet de base (45). Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les limites imposées doit être rejetée.

Le régime des variantes est défini à l'article 50 du code des marchés publics. Il est plus restrictif dans les procédures formalisées, encadrées par le droit communautaire, que dans les procédures adaptées.

Dans les procédures formalisées, les variantes doivent être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. A défaut, elles sont interdites (46).

En revanche, pour les marchés à procédure adaptée, les variantes sont, en principe, autorisées, sauf si le pouvoir adjudicateur les a expressément interdites.

Le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique ouvre la possibilité de présenter une offre variante sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base (47). Cette mesure permet aux acheteurs de favoriser l'accès des PME, notamment innovantes, qui n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base, alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives tout autant adaptées au besoin. Toutefois, l'acheteur a toujours la possibilité d'exiger, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, qu'une offre de base accompagne la ou les variantes.

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

Si le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de variantes autorisées, le dépôt d'un nombre supérieur rend toutes les variantes irrégulières et doit conduire à leur rejet en

bloc, sans qu'il soit procédé à leur examen. En effet, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de se substituer au candidat pour déterminer, parmi toutes les variantes proposées, celles qui devraient être retenues ou écartées, afin de se conformer au nombre maximal des variantes autorisées.

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

Les offres de base et les variantes sont jugées sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, définis dans l'avis d'appel public à concurrence ou les documents de la consultation. L'acheteur public doit donc attacher la plus grande attention à la définition des critères de choix de l'offre. Il veillera ainsi à définir des critères et des modalités de jugement des offres qui lui permettent de tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes. Afin de pouvoir apprécier les variantes par rapport à ces critères, le règlement de la consultation devra donc mentionner non seulement les documents à produire au titre de la solution de base, mais également les pièces nécessaires à l'appréciation de l'intérêt des variantes.

Lors de la signature du marché, l'acheteur public veillera à bien identifier l'offre choisie, en précisant notamment, s'il retient la variante ou l'offre de base.

4.6. Le niveau de détermination des besoins

Il appartient à chaque pouvoir adjudicateur de choisir dans le cadre de sa politique d'achat à quel niveau ses besoins doivent être appréciés. Le libre choix du niveau de détermination des besoins est une souplesse de gestion. Il est distinct du niveau auquel les seuils de déclenchement des procédures sont appréciés. Un ministère, une collectivité territoriale ou un établissement public peuvent décider que leurs besoins seront définis au niveau des directions ou des services.

La définition de plusieurs niveaux de détermination des besoins est sans incidence sur les règles de computation des seuils de procédure fixées par le code. Les commandes envisagées doivent être cumulées au niveau du pouvoir adjudicateur, étant entendu qu'il peut y avoir plusieurs pouvoirs adjudicateurs au sein d'une même collectivité publique. La notion de pouvoir adjudicateur est distincte de celle de personne morale. Pour l'Etat, par exemple, plusieurs autorités administratives agissant en son nom peuvent avoir la qualité de pouvoir adjudicateur (assemblées parlementaires, autorités administratives indépendantes, ministères, juridictions...) (48). La directive 2004/18 fournit, en son annexe III, une liste indicative des autorités admises comme pouvoir adjudicateur.

Les modalités de la désignation des personnes chargées de mettre en œuvre les procédures de marché, les compétences qui leur sont dévolues ou le régime des délégations de pouvoir ou de signature relèvent exclusivement des textes organiques ou statutaires propres aux acheteurs publics ou sont laissés, en l'absence de tels textes, à leur libre choix.

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 (49).

Pour les services centraux de l'Etat, et réserve faite du ministère de la défense pour lequel le décret du 29 mars 2007 (50) institue un régime particulier, le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement définit le régime des délégations applicables en matière de marchés publics, sans qu'il soit nécessaire de prendre un acte formel.

Pour les collectivités territoriales, il relève de la responsabilité de l'exécutif local de définir le niveau auquel les besoins sont appréciés. Le recensement des besoins dépend du statut juridique de chaque entité. Au sein d'une même collectivité, le recensement des besoins peut s'effectuer au niveau du budget principal, des budgets annexes et des budgets autonomes, selon que les entités disposent ou non de la capacité juridique (centre d'action sociale, caisse des écoles, maisons de retraite, par exemple).

5. Faut-il une commission d'appel d'offres ?

Quel est son rôle ?

5.1. Pour l'Etat

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

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

5.2. Pour les collectivités territoriales

Dans les collectivités territoriales, la constitution de commissions d'appel d'offres est toujours obligatoire, lorsqu'une procédure formalisée est mise en œuvre. Elle n'est, en revanche, pas obligatoire en procédure adaptée. Néanmoins, compte tenu du rôle particulier joué par cette commission et de l'importance du montant de certains de ces marchés, il peut être opportun de consulter la commission d'appel d'offres, même en deçà du seuil de procédure formalisée.

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

Le pouvoir d'attribution d'un marché public dont dispose la commission d'appel d'offres ne peut pas faire l'objet d'une délégation de pouvoir au sens du code général des collectivités territoriales (51).

Les cas particuliers suivant doivent être envisagés :

— les marchés d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée sont attribués par l'assemblée délibérante. En application des articles L. 2122-22, L. 3221-11 et L. 4231-8 du code général des collectivités territoriales, l'assemblée délibérante peut déléguer le pouvoir d'attribution de ces marchés à l'exécutif local ;

— les marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée (hors procédure du concours) sont attribués par la commission d'appel d'offres. Le code des marchés publics prévoit, en effet, la compétence exclusive de la commission d'appel d'offres pour les procédures formalisées : appel d'offres ouvert (art. 59-II) ou restreint (art. 64-II), procédure négociée (art. 66-VI) et dialogue compétitif (art. 67-VIII) ;

— les marchés passés selon la procédure du concours sont attribués par l'assemblée délibérante (art. 70-VIII). Le jury de concours formule un avis motivé sur les candidatures et sur les prestations proposées. Cet avis est consultatif : il ne lie pas l'assemblée délibérante, seule compétente pour attribuer le marché ;

— les marchés de services relevant de l'article 30 du code des marchés publics, dont le montant est égal ou supérieur à 200 000 euros HT, sont attribués par la commission d'appel d'offres.

En cas de groupements de commande (art. 8), la commission d'appel d'offres du groupement n'est constituée que si une collectivité territoriale ou un établissement public local fait partie de ce groupement et que sa constitution est nécessaire (52).

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

6. Acheter seul ou groupé ?

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

6.1. La coordination de commandes

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

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

commande passé au niveau central et exécuté (par émission des bons de commande) au niveau déconcentré.

Les modalités de mise en œuvre de ce mécanisme de coordination sont laissées à la libre appréciation des pouvoirs adjudicateurs. Il convient, toutefois, de bien anticiper l'évolution des besoins et le périmètre des services concernés, avant le lancement de la procédure marché. En effet, une fois celle-ci lancée, il n'est pas possible d'intégrer des modifications qui remettraient en cause l'équilibre initial du marché.

6.2. Le groupement de commandes

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

Des groupements de commandes peuvent être créés de manière temporaire ou permanente, selon qu'il s'agit de répondre à des besoins ponctuels ou récurrents. Il revient à la convention constitutive de le préciser.

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

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

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

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

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

Mais il peut aussi se contenter de signer et notifier le marché, laissant aux membres du groupement le soin de l'exécuter, chacun pour ce qui le concerne. Cette modalité est

particulièrement adaptée aux groupements comprenant un très grand nombre d'adhérents ou un grand nombre d'émetteurs de bons de commande.

6.3. Le recours à une centrale d'achat

L'acheteur peut recourir à une centrale d'achat, au lieu de lancer lui-même une procédure de passation. Le recours direct à une centrale d'achat est autorisé par l'article 9 du code, à la condition que la centrale d'achat respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

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

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

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

7. Quelle forme de marché adopter ?

7.1. Le choix du mode de dévolution du marché

L'article 10 du code érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique. Tous les marchés doivent être passés en lots séparés, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes (53).

L'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise. Il est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises.

Il n'y a pas d'obligation d'allotissement dans un marché global, prévu à l'article 37 (marché de conception-réalisation) et à l'article 73 (contrat global sur performance).

Les modalités de recours à l'allotissement sont facilitées par l'introduction d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire. Rien n'interdit d'attribuer tous les lots à un même candidat. Le pouvoir adjudicateur peut interdire, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, à un même candidat de présenter une offre sur plusieurs lots (54). Une telle interdiction doit être justifiée et proportionnée au but poursuivi. Il peut en être ainsi, par exemple, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement. Il est, en revanche, illégal d'exiger d'un candidat qu'il soumissionne à tous les lots (55).

7.1.1. L'allotissement et le marché unique

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

— techniques, liés à des difficultés tenant, par exemple, à la nécessité de maintenir la cohérence des prestations ou à l'incapacité de l'acheteur public à assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (56) ;

— économiques, lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ;

— financiers, lorsqu'il est de nature à renchérir de manière significative (57) le coût de la prestation.

Lorsqu'une de ces trois conditions est remplie, la dévolution sous forme de marché global n'interdit pas au pouvoir adjudicateur d'identifier des prestations distinctes. Cette décomposition en postes techniques (58) est une opération différente de celle de l'allotissement et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique (59). Elle permet d'attribuer le marché à un groupement conjoint d'entreprises, au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations qui lui sont confiées.

On prendra garde que le pouvoir adjudicateur doit être à même de prouver que les conditions du recours au marché global sont remplies, même si le contrôle du juge se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation (60). Elles sont, de fait, extrêmement restrictives :

— a été admis le recours à un marché global dans les cas suivants : prestations de sécurisation des espaces publics comprenant la rénovation des espaces publics, la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore et l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance, eu égard aux difficultés techniques d'une dévolution séparée de ces prestations et aux conséquences probables de l'allotissement sur leur coût financier (61) ; la réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur constitue, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global (62) ;

— n'a pas été admis le recours à un marché global dans les cas suivants : prestations de téléphonie mobile, voix et données et des prestations de transfert d'informations entre machines (horodateurs et feux de signalisation) bien qu'elles fassent appel à la même technologie, dès lors que l'économie escomptée de ce regroupement est inférieure à 2 % du budget affecté au lot concerné (63) ; marché de sécurité visant la surveillance de sites se trouvant dans quatre communes différentes (64).

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. Surévaluer les dépenses d'exploitation constitue un paiement différé, interdit par le code des marchés publics.

7.1.2. Les « petits lots »

Alors même que le montant total du marché atteint le seuil de procédure formalisée, il est

possible de recourir à la procédure adaptée pour les « petits lots », c'est-à-dire ceux dont le montant est inférieur à 80 000 euros HT dans le cadre des marchés de fournitures et services et à 1 000 000 euros HT dans le cadre des marchés de travaux (art. 27-III). Cette mesure permet d'associer les petites et moyennes entreprises à des opérations complexes.

Le recours à la procédure adaptée n'est, toutefois, possible qu'à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché.

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

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

7.1.3. Les contrats globaux particuliers

Les contrats de conception-réalisation (art. 37) et les contrats globaux sur performance (art. 73) sont deux types de contrats distincts.

7.1.3.1. Les marchés de conception-réalisation (art. 37) (65)

Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur. Ce contrat permet ainsi d'associer les entrepreneurs à la conception de l'ouvrage.

Pour les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP), le marché de conception-réalisation constitue une exception à l'organisation tripartite entre le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et les entreprises. Le recours à cette procédure est par conséquent strictement encadré. Il n'est possible que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Le recours au marché de conception-réalisation pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage :

Deux types d'opérations sont visés :

— les opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ;

— les opérations dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une mise en œuvre dépendant des moyens et de la technicité des entreprises.

Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces conditions. Il a ainsi jugé que :

— peut faire l'objet d'un marché de conception-réalisation : la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs (66) ;

— ne peuvent pas faire l'objet d'un tel marché : la réalisation d'ateliers relais pour dirigeables (67) ; la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du code des marchés publics » (68) ; les travaux d'extension et de restructuration d'un collège (69).

En tout état de cause, l'urgence n'est pas un motif justifiant le recours au marché de conception-réalisation (70).

Le recours au marché de conception-réalisation justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique :

La conception-réalisation est également possible, depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010 (71), lorsqu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Ce nouveau cas de recours au marché de conception-réalisation, introduit à l'article 37 du code (72), ne concerne que les opérations de travaux sur bâtiments existants.

Les opérations de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure relevant de la loi MOP pour lesquelles sera demandé cet engagement pourront donc être réalisées sur la base d'un seul contrat portant à la fois sur la conception et les travaux, voire l'exploitation ou la maintenance dans les conditions fixées par le nouvel article 73.

7.1.3.2. Les contrats globaux sur performance (art. 73) (73)

Dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 5 de la loi « Grenelle I » du 3 août 2009 en matière de réduction des consommations d'énergie, l'article 73 du code des marchés publics crée deux nouvelles formes de contrats globaux :

— les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance ;

— les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance.

Le dispositif n'est toutefois pas limité à la seule performance énergétique. Il peut être utilisé pour satisfaire tout objectif de performance mesurable. Il peut s'agir, par exemple, d'objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service ou d'incidence écologique.

Le titulaire peut ainsi se voir confier la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage industriel, avec des objectifs de performance énergétique ou des objectifs de réduction d'incidence écologique, ces objectifs pouvant être cumulés.

Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance qui comportent des travaux soumis à la loi MOP ne peuvent être conclus que « pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants » ou bien « pour des motifs d'ordre technique » mentionnés à l'article 37 du code des marchés

publics (74). Ainsi, pour la construction de bâtiments neufs, ces contrats ne peuvent être utilisés que si des motifs d'ordre technique justifient l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

En revanche, ces conditions ne sont pas requises pour justifier le recours aux marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance de bâtiments qui, ne comportant pas de conception, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi MOP. Il en va ainsi, par exemple, d'un marché de réalisation et d'exploitation d'une centrale de production d'énergie qui comprend, outre la construction de la centrale, des prestations de fourniture de combustibles ou d'énergie, de conduite de l'installation, des travaux de petit et de gros entretiens et le renouvellement des matériels.

Les objectifs de performance sont pris en compte pour la détermination de la rémunération du titulaire, celui-ci étant responsable de la maintenance ou de l'exploitation des prestations réalisées. La rémunération de l'opérateur économique sera donc modulée en cas de sous-performance ou de sur-performance. Toutefois, seule la part des services pourra faire l'objet d'une telle modulation. La rémunération de l'exploitation ou de la maintenance ne peut, en aucun cas, contribuer au paiement de la construction. Par conséquent, la rémunération de la construction doit intervenir au plus tard à la livraison définitive des ouvrages. En effet, les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance ne dérogent pas à l'interdiction de paiement différé fixé à l'article 96 du code.

Les modalités de rémunération doivent figurer dans le contrat. Il conviendra de veiller à ce que la rémunération du titulaire ne soit pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ou de l'ouvrage, ce qui pourrait entraîner une requalification du contrat en délégation de service public ou en concession de travaux.

7.2. Les marchés « fractionnés »

et la planification des marchés dans le temps

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

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

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

Le marché à bon de commande est un marché « conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande ». Un acheteur peut ainsi effectuer des achats à caractère répétitif, en organisant une seule procédure complète de mise en concurrence des fournisseurs potentiels (75).

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.

Certaines prestations ne se prêtent guère à la formule du marché à bons de commande (76). Il en est ainsi des prestations de maîtrise d'œuvre, pour la réalisation de travaux relevant de la loi MOP (77).

Le marché peut être conclu sans maximum ni minimum, ce qui donne plus de liberté à l'acheteur public qui n'est pas tenu de garantir un minimum de dépenses. Cependant, le pouvoir adjudicateur a toujours intérêt, si cela lui est possible, à conclure des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum, en valeur ou en quantité. Cela lui permet d'obtenir des offres économiquement plus avantageuses :

— la fixation d'un minimum permet aux opérateurs économiques de sécuriser leur carnet de commandes et, en conséquence, de rationaliser leur outil de production, en anticipant des économies d'échelle ou en garantissant le financement des investissements nécessaires à son extension ;

— la fixation d'un maximum permet d'indiquer aux opérateurs économiques le niveau de mobilisation de leur outil de production, le cas échéant, les conditions de disponibilité de cet outil pour satisfaire aux demandes d'autres clients.

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

— si l'acheteur public n'atteint pas le minimum prévu au contrat, il devra indemniser son cocontractant du préjudice subi (78) ;

— si l'acheteur public dépasse le maximum, il ne peut contraindre son cocontractant à assumer la part des prestations correspondante, sans conclure un avenant au marché : le titulaire du marché n'est, en effet, engagé par le marché qu'à hauteur du maximum. Toute commande complémentaire est donc subordonnée à son accord. Comme tout avenant, celui-ci ne peut bouleverser l'économie générale du marché, en en modifiant l'objet ou l'étendue.

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

Même si le montant maximum du marché permet de passer le marché selon une procédure adaptée, il est nécessaire de passer le marché selon une procédure formalisée, s'il existe un risque de dépassement du seuil de procédure formalisée en cours d'exécution du marché. Cette remarque vaut aussi au regard des obligations de publicité, si l'on peut supposer que le montant peut atteindre 90 000 euros en cours d'exécution. Il en est de même pour les marchés publics qui relèvent de l'article 30 du code des marchés publics : lorsqu'il n'est pas assorti d'un maximum, l'acheteur devra considérer que son montant excède le seuil prévu à cet article (79).

Le cas échéant, l'acheteur veillera, dans la mesure du possible, à communiquer, aux candidats potentiels, le bilan du marché précédent, même si la ventilation des commandes et les quantités demandées sont susceptibles d'évolution. Toutefois, un acheteur qui a prévu un minimum et un maximum en valeur pour un marché comportant plusieurs

prestations distinctes ne manque pas à ses obligations de publicité s'il ne fournit pas une estimation de la part que peut représenter chaque prestation distincte (80).

Dans le cadre des marchés à bons de commande, la comparaison des offres sur le critère du prix s'opère souvent sur la base d'un bordereau des prix unitaires avec indication des quantités commandées. Les acheteurs publics doivent faire attention à ce que ce document représente le plus fidèlement possible une commande type.

Les bons de commande (81), qui déterminent la quantité des prestations ou des produits demandés, sont ensuite émis sans négociation, ni remise en concurrence des titulaires, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques. Ils sont répartis entre ces titulaires, selon les modalités fixées par le marché, qui doivent être objectives, transparentes et non discriminatoires. Ils peuvent, par exemple, être attribués à tour de rôle, ou selon la méthode dite « en cascade », qui consiste à faire appel, en priorité, aux titulaires les mieux-disant : l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première et, si celui-ci n'a pas la capacité de répondre dans les délais exigés, l'acheteur s'adresse au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite, etc.

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

Les marchés à bons de commande sont passés, sauf cas exceptionnels justifiés, pour une durée maximale de quatre ans. Au-delà de cette durée, il n'est plus possible d'émettre des bons de commande. En revanche, la durée d'exécution des bons de commande émis durant la durée de validité du marché peut s'étendre au-delà de cette durée. Elle est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Si un bon de commande est émis en fin d'exécution, il restera valide, après l'expiration du marché en application duquel il a été émis. Il est donc possible d'utiliser l'émission de bons de commande en fin de marché, par exemple, pour assurer la continuité d'un approvisionnement le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant, notamment, lorsque cette procédure a pris du retard (82).

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

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

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

Il est possible de passer des marchés à bons de commande pour une durée inférieure à quatre ans, notamment en cas de forte volatilité des prix. En particulier, il est possible de limiter à un an la durée d'un marché à bons de commande portant sur des fournitures ou

des services destinés à répondre à un besoin régulier, ce qui permet de ne prendre en compte que les besoins d'une année, dans le calcul de la valeur totale estimée du besoin.

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

Enfin, il est possible d'inclure dans un marché unique des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations. Les deux catégories de prestations doivent, toutefois, être clairement distinguées et les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article 77 du code. En tout état de cause, la conclusion d'un tel marché global doit respecter les dispositions de l'article 10 relatives à l'allotissement (83).

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

L'accord-cadre a pour caractéristique essentielle de séparer la procédure de choix du ou des titulaires de l'attribution des marchés. Il s'agit davantage d'un instrument de planification et d'optimisation de l'achat que d'une façon de différer les commandes. Il permet de sélectionner plusieurs prestataires, qui seront remis en concurrence lors de la survenance du besoin (84).

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

L'accord-cadre n'est pas un système de référencement (85). Il constitue un système fermé. Aucun nouveau prestataire ne peut entrer dans l'accord-cadre après son attribution.

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

L'avis de publicité doit contenir des informations, à titre indicatif et prévisionnel, permettant aux candidats potentiels d'apprécier l'étendue du marché. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que la rubrique « Quantité ou étendue globale » du formulaire européen d'avis de marché doit être remplie, même lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de montant minimum ou maximum (86).

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

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

substantielles aux termes fixés par l'accord-cadre. Les critères d'attribution des marchés subséquents ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion de l'accord-cadre, même s'il peut y avoir une certaine complémentarité entre eux. Ainsi, il est possible de fonder l'attribution de l'accord-cadre exclusivement sur la base de critères « qualitatifs » et de fonder la conclusion des marchés subséquents sur le critère unique du prix, à condition que ces modalités aient été précisées dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Les marchés subséquents sont attribués par le représentant du pouvoir adjudicateur ou l'autorité exécutive locale. Les marchés subséquents des collectivités territoriales n'ont pas à être soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres. Toutefois, il peut être judicieux d'en organiser la consultation, dès lors que les marchés subséquents fixent à leur niveau des éléments essentiels concernant, en particulier, le prix. C'est pourquoi il est recommandé de soumettre à l'avis de la commission d'appel d'offres les marchés subséquents d'un montant supérieur aux seuils communautaires. La commission ne dispose alors que d'un pouvoir d'avis : elle n'est pas compétente pour attribuer le marché.

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en concurrence, si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure formalisée. La négociation directe avec les cotitulaires n'est possible que si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée ou si l'acheteur public se trouve dans l'une des hypothèses définies à l'article 35 du code des marchés publics (87).

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

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

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

7.2.3. Le cas particulier des achats d'énergies

non stockables (art. 76-VIII)

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

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

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

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

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

Le marché peut prévoir que lorsqu'une tranche conditionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit. Le versement de cette indemnité doit alors tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché. Les règles applicables, les conditions de versement de cette indemnité, son montant ou ses modalités de calcul doivent être prévus par le marché.

Le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées par le contrat, conformément à l'article 18, III-2° du code des marchés publics.

Les tranches non affermées pourront, le cas échéant, être exécutées par un autre opérateur économique dans le cadre d'un autre marché (88). Néanmoins en matière de maîtrise d'œuvre, pour les opérations de bâtiment relevant de la loi MOP, la mission de base doit faire l'objet d'un contrat unique. Dès lors l'ensemble des tranches du marché qui seront exécutées le seront par le titulaire du contrat, sauf exception prévue par l'article 17 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé (89).

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

Le système d'acquisition dynamique (90) est une procédure d'acquisition entièrement électronique destinée à l'achat de fournitures et de services courants (91). Il est limité dans le temps, mais constitue un dispositif ouvert, ce en quoi il diffère de l'accord-cadre. Pendant toute la durée de son existence, tous les opérateurs économiques peuvent, en effet, le rejoindre, pour autant qu'ils satisfont aux critères de sélection et présentent des offres indicatives conformes aux documents de la consultation.

La définition des besoins doit être préalable.

Les marchés passés en application du système d'acquisition dynamique sont dits « marchés spécifiques ». Le pouvoir adjudicateur doit publier un avis de marché simplifié, établi conformément au formulaire standard 9, prévu par le règlement (CE) n° 842/2011 du 19 août 2011 (92), au Journal officiel de l'Union européenne. Un délai de quinze jours à compter de la date d'envoi de cet avis doit être respecté avant de procéder à la mise en concurrence.

Le pouvoir adjudicateur invite ensuite les opérateurs admis dans le système à présenter

leurs offres définitives.

7.4. Les marchés reconductibles (art. 16)

Lorsqu'un acheteur ne veut pas s'engager d'emblée sur une durée trop longue, il peut recourir aux marchés reconductibles. Cette modalité lui permet d'apprécier la qualité des prestations, avant de poursuivre avec le même titulaire.

Le marché reconductible suppose, sauf clause de variation des prix, une reconduction à l'identique du marché.

Dans tous les cas, la procédure de passation doit être déterminée en tenant compte de la durée totale du marché, périodes de reconduction incluses. Les acheteurs doivent donc, lors de la publicité initiale, mentionner la durée totale du marché en incluant l'ensemble des reconductions prévues. En l'absence d'une telle mention, le contrat reconduit serait considéré comme un nouveau contrat et par suite irrégulier pour avoir été conclu sans publicité et mise en concurrence préalables (93). Les documents de la consultation et les pièces contractuelles doivent préciser que le marché est reconductible, ainsi que les conditions de sa reconduction (en particulier, le nombre et la durée des reconductions).

La reconduction d'un marché reconductible est tacite, sauf stipulation contraire prévue expressément dans le marché (art. 16 du code des marchés public dans sa rédaction issue du décret du 25 août 2011). En cas de silence gardé par l'acheteur public, le marché reconductible est donc automatiquement reconduit dans la limite du nombre de reconductions fixé à l'origine dans le marché.

Le pouvoir adjudicateur peut ainsi opter pour l'une des deux modalités suivantes :

— soit il prévoit dans le contrat que la reconduction du marché est soumise à une décision expresse de sa part ;

— soit il indique uniquement que le marché est reconductible : en cas de silence gardé par l'acheteur public, le marché reconductible est automatiquement reconduit.

Les conditions d'information du titulaire du marché, concernant la reconduction ou non du marché, varient en fonction des deux hypothèses envisagées ci-dessus :

— 1er cas : le marché prévoit que la reconduction est soumise à une décision expresse de l'acheteur public. La décision doit être notifiée au titulaire avant la date d'échéance du marché. En effet, la reconduction s'entend comme étant le prolongement d'un même contrat, et non comme un nouveau marché. Si l'acheteur n'a notifié aucune décision avant l'échéance du marché, les relations contractuelles entre l'acheteur et le titulaire prennent fin et le marché n'existe plus. Il est recommandé de prévoir dans le marché les conditions dans lesquelles peut être prononcée la reconduction : un délai peut, par exemple, être fixé, au-delà duquel le marché ne peut plus être reconduit ;

— 2e cas : le marché reconductible ne prévoit pas les modalités de sa reconduction. Si l'acheteur ne souhaite pas reconduire le marché, il doit prendre une décision expresse de non-reconduction, qu'il notifie au titulaire avant la date d'échéance du marché. Les conditions dans lesquelles peut être prononcée la non-reconduction doivent être prévues par les clauses du marché : un délai peut ainsi être fixé, au-delà duquel le marché ne peut plus être interrompu.

La situation est donc la suivante :

MARCHÉ RECONDUCTIBLE

Clause de reconduction
expresse

dans le contrat

A
u
c
u
n
e
c
l
a
u
s
e
d
e
r
e
c
o
n
d
u
c
t
i
o
n

d
a
n
s
l
e
c
o
n
t
r
a
t

L'acheteur veut reconduire.

L'acheteur doit notifier sa
décision de reconduire au
titulaire (*).

L'acheteur n'a rien à faire.

L'acheteur ne veut pas
reconduire.

L'acheteur n'a rien à faire.

L'acheteur doit notifier sa
décision de ne pas
reconduire au titulaire (*).

(*) Avant le terme du contrat
ou, le cas échéant,
l'expiration du délai de
préavis fixé par le contrat.

Le pouvoir adjudicateur détient une compétence exclusive pour décider de reconduire ou non le marché, que la reconduction soit expresse ou tacite. Le titulaire ne peut, en aucun cas, s'y opposer.

8. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

Les seuils de déclenchement des procédures formalisées sont les seuils prévus par les directives communautaires. Ils sont mentionnés à l'article 26 du code et fixés par un règlement communautaire pris tous les deux ans.

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

Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur à ces seuils, le pouvoir adjudicateur doit recourir à une procédure formalisée. En cas de pluralité de marchés pour satisfaire ce besoin, chacun des 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 ci-dessous.

8.1. Pour les marchés de travaux :

les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27, II [1°])

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

Attention ! Certains marchés relatifs à des travaux constituent des marchés de services, au sens communautaire. Ainsi il a été jugé que des travaux d'entretien d'espaces verts constituent des services d'entretien, au sens des directives, même s'ils constituent des travaux publics, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat (94). En conséquence, les marchés qui s'y rapportent ne constituent pas des marchés de travaux, mais des marchés de services. Leurs modalités de passation doivent être déterminées en fonction des seuils

communautaires applicables à de tels marchés, sensiblement plus bas que celui en vigueur pour les marchés publics de travaux.

8.1.1. La notion d'opération de travaux

La notion d'opération de travaux revêt une importance particulière pour le calcul des seuils (95).

Un marché de travaux, au sens du code, est un marché conclu avec des entrepreneurs qui a pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, qui en exerce la maîtrise d'ouvrage (art. 1er-III).

L'opération de travaux ne peut être scindée en fonction de l'objet des travaux, des procédés techniques utilisés ou de leur financement, lorsqu'ils sont exécutés dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Constitue, ainsi, une seule et même opération, les travaux suivants : des marchés conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet (96), des marchés conclus simultanément pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune (97) ; des travaux d'étanchéité de peinture effectués par le même syndicat pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées (98).

8.1.2. La notion d'ouvrage

Le code des marchés publics définit la notion d'ouvrage, conformément au droit communautaire (99), comme désignant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir, par lui-même, une fonction économique ou technique (art. 1er-III). Il en résulte que peuvent constituer un ouvrage des travaux réalisés par plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil.

8.2. Pour les marchés de fournitures et de services :

le caractère homogène (art. 27, II [2°])

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

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

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

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre et qu'il lui

appartient d'apprécier, en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action. A titre d'exemple, une paire de ciseaux constitue pour une administration centrale une fourniture de bureau, mais du matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers. Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité. Cette classification leur permettra, en fin d'exercice budgétaire N — 1, de déterminer, par rapport au montant total des dépenses récurrentes enregistrées, la procédure à utiliser pour conclure les marchés correspondant à ce besoin récurrent, au cours de l'année budgétaire N. Pour un marché d'une durée inférieure à un an, à conclure au cours de l'année budgétaire N, le montant à prendre en compte pour déterminer la procédure applicable est alors celui du montant des dépenses récurrentes enregistrées au cours de l'exercice N — 1, et non la valeur estimée du marché envisagé. En effet, l'article 27 du code précise que « pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année ».

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, est pris en compte de manière globale. Si le montant total de cette évaluation est supérieur aux seuils de procédures formalisées, l'acheteur devra s'y conformer. Dans le cas contraire, il pourra recourir à une procédure adaptée.

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

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

Le montant des marchés de service non prioritaires passés en application de l'article 30 du code des marchés publics est évalué selon les règles décrites ci-dessus.

8.3. La détermination du montant du marché

en l'absence de prix versé par le pouvoir adjudicateur

On prendra garde que des marchés peuvent être des contrats à titre onéreux, alors même qu'ils ne donneraient pas lieu au versement d'un prix par l'acheteur public. C'est, en particulier, le cas lorsque la rémunération du titulaire est constituée par le droit qui lui est accordé de percevoir une partie des recettes nées de l'exécution du contrat (voir point 2.2). Dans ce cas, le montant estimé du marché est évalué à partir du montant des recettes concédées (100).

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

9. Comment obtenir l'aide nécessaire à l'élaboration

et à la passation d'un marché ?

Les services centraux de l'Etat et les établissements publics nationaux peuvent trouver une assistance par courriel auprès du bureau du conseil des acheteurs publics de la direction des affaires juridiques du ministre chargé de l'économie (101).

Les collectivités locales et les services déconcentrés trouveront une assistance téléphonique auprès de la cellule d'information juridique aux acheteurs publics, située à Lyon (102). Cette cellule, relevant de la direction générale des finances publiques, est sous l'autorité fonctionnelle de la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie, à laquelle la lie une convention de partenariat.

L'article 129 du code prévoit, par ailleurs, que la commission consultative des marchés publics (CCMP) est chargée de fournir aux acheteurs publics une assistance pour l'élaboration ou la passation de leurs marchés et de leurs accords-cadres (103).

TROISIÈME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE

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

10.1. Pourquoi faut-il procéder à des mesures

de publicité et de mise en concurrence ?

10.1.1. La garantie du respect des principes

de la commande publique

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

Ces principes découlent des règles du traité instituant l'Union européenne et, notamment, du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (104). Le Conseil constitutionnel a consacré par ailleurs la valeur constitutionnelle de principes comparables, qu'il déduit des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (105). Le juge administratif veille au respect de ces principes généraux du droit des marchés publics (106).

La publicité présente une double utilité. Elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés en informant les secteurs économiques concernés du lancement d'une procédure d'achat.

Elle suscite une plus grande diversité des offres, elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics.

Les modalités de publicité et de mise en concurrence à mettre en œuvre sont déterminées en fonction du montant estimé du besoin à satisfaire, évalué conformément aux dispositions de l'article 27 du code (voir point 8).

Lorsque l'acheteur public organise un appel à projets, mais ne connaît pas la nature du futur contrat, il doit appliquer la procédure de passation la plus rigoureuse (107).

Lorsqu'il s'agit d'une modalité de publicité obligatoire (art. 40-III [1°], premier alinéa, et 150-III, premier alinéa, et art. 150-III, premier alinéa), le contenu de l'avis d'appel public à concurrence publié dans différents supports doit être identique et comporter les mêmes renseignements, quel que soit le support (108).

Lorsqu'il s'agit d'une publicité complémentaire (art. 40-III [1°], deuxième alinéa, et 40-IV, art. 150-III, deuxième alinéa, et 150-IV), les avis peuvent ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'un des avis publiés à titre principal (109), à condition qu'ils indiquent expressément les références de ces avis (110).

10.1.2. Le cas des offres spontanées

Certaines entreprises peuvent adresser à l'acheteur public une offre spontanée, afin de lui présenter un projet répondant à un besoin qu'il n'aurait pas identifié.

Les offres spontanées ne permettent pas à l'acheteur de contracter directement avec les entreprises qui en sont à l'origine. Si la personne publique souhaite donner suite à un tel projet, elle doit organiser la mise en concurrence de tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés par sa mise en œuvre, offrant toutes les garanties d'impartialité de sélection. Elle ne peut recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence que dans les hypothèses expressément prévues par le code, notamment lorsque l'offre spontanée s'appuie sur une technologie particulière que seule l'entreprise détient ou maîtrise et qu'aucune alternative n'existe pour satisfaire le besoin de l'acheteur (art. 35-II [8°]).

S'il procède à une mise en concurrence, l'acheteur public doit veiller à éviter deux écueils :

— porter atteinte à l'égalité entre les candidats en reprenant dans le cahier des charges des indications techniques directement inspirées de celles présentées par l'entreprise initiatrice ;

— diffuser des informations commerciales ou techniques protégées par le secret des affaires.

Les offres spontanées ne doivent pas être confondues avec les offres de concours qui sont des contrats par lesquels une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir gratuitement une participation à l'exécution de ces travaux. Cette participation peut être financière ou en nature (fourniture d'un terrain ou de main-d'œuvre ou réalisation de prestations). L'offre de concours n'est pas un marché public mais un contrat spécifique unilatéral qui ne détermine d'obligations qu'à la charge du cocontractant.

10.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée

Sauf s'ils relèvent de l'article 30 du code (voir point 10.4), les marchés dont le montant est supérieur ou égal aux seuils fixés à l'article 26 doivent être passés selon une procédure « formalisée » précisée par le code.

10.2.1. Quelle publicité ?

Au-dessus de ces seuils, les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Les acheteurs publics peuvent, en outre, publier un avis de préinformation et procéder à des publicités complémentaires.

10.2.1.1. La publication obligatoire

au BOAMP et au JOUE

Au-dessus des seuils de procédure formalisée, les avis publiés au BOAMP et au JOUE sont établis conformément aux formulaires obligatoires établis par le règlement communautaire (CE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

En cas de transmission sur support papier des avis de publicité au JOUE (111), leur contenu ne doit pas dépasser 650 mots (équivalent d'une page du JOUE). A défaut, l'Office de publication de l'Union européenne (OPUE) pourra en refuser la publication.

Les acheteurs publics ont donc toujours intérêt à publier leurs avis en ligne (112) :

— il n'y a aucune limitation du nombre de mots pour une publication effectuée au moyen des formulaires en ligne ;

— dans cette hypothèse, l'avis est publié dans un délai de cinq jours, au lieu de douze jours pour la transmission sur support papier.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de faire référence au numéro de nomenclature du règlement n° 2195/02/CE modifié (113) relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics, dit CPV (Common Procurement Vocabulary). L'utilisation de cette nomenclature garantit la transparence de l'information et l'ouverture des marchés publics européens, en traduisant l'objet du marché par des codes communs qui permettent de lever les barrières linguistiques.

L'attention des acheteurs est attirée sur deux points :

— les avis publiés au JOUE et au BOAMP doivent avoir un contenu identique ;

— la publication au BOAMP ne doit pas intervenir avant l'envoi à l'OPUE.

En pratique, le risque de contrevenir à ces prescriptions est faible, compte tenu du système de transmission automatique mis en place par les services du BOAMP. Ce dispositif a amené le Conseil d'Etat à juger que, lorsque l'acheteur public a recours au formulaire électronique unique (« formulaires UE »), dont le BOAMP assure lui-même la transmission en vue de la publication au JOUE, en même temps qu'il l'utilise pour sa

propre publication, l'absence de mention relative à la date de transmission de l'avis à l'OPUE est sans incidence sur la régularité de la procédure, la date d'envoi figurant sur l'avis publié au BOAMP devant être regardée comme étant également celle de l'envoi à l'OPUE (114).

Les rubriques du modèle d'avis doivent être remplies avec la plus grande attention (115). La jurisprudence administrative a précisé les modalités d'utilisation des formulaires. Elle indique, notamment, que :

— les marchés à bons de commande, au sens du droit national, constituent des accords-cadres, au sens du droit communautaire. Dès lors, pour un marché à bons de commande, la rubrique relative aux informations sur l'accord-cadre doit être renseignée (116) ;

— l'information selon laquelle le marché est ou non couvert par l'accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'OMC est obligatoire (117 et 118) ;

— la quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, y compris en cas d'accord-cadre ou de marché à bons de commande sans minimum ni maximum. Dans ce cas, les acheteurs publics doivent renseigner la rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché (119) ;

— la rubrique relative aux options doit être renseignée, lorsque sont prévues des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations commandées de manière ferme dans le marché dans le cadre d'éventuelles tranches conditionnelles ou de marchés similaires. Ces options, que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils. Ne sont pas des options des prestations dont le besoin apparaît en cours d'exécution (avenants et marchés complémentaires) ;

— l'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement impose à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché, qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers (120) ;

— l'avis de marché doit énoncer les documents ou renseignements, à partir desquels le pouvoir adjudicateur entend contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats (121). A cette fin, l'acheteur peut demander aux candidats d'utiliser les formulaires DC1 et DC2 (122), sans toutefois aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'appréciation des capacités des candidats au regard de l'objet du marché ;

— la mention de la date limite de communication du dossier de la consultation ne doit être renseignée que si l'acheteur public entend fixer une telle date limite (123) ;

— l'absence d'indication sur la ou les langues dans lesquelles l'offre peut être rédigée constitue un manquement aux obligations de publicité (124) ;

— en l'absence, en droit français, d'obligations imposant le caractère public de la séance d'ouverture des plis, l'acheteur public n'est pas tenu de faire figurer, dans l'avis, des précisions relatives aux personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres, ainsi qu'aux date, heure et lieu de cette ouverture (125) ;

— dans la rubrique VI-4 relative aux procédures de recours, l'acheteur doit renseigner dans tous les cas la sous-rubrique VI-4.1 sur « l'instance chargée des procédures de recours », c'est-à-dire le tribunal administratif territorialement compétent, ainsi que l'une au moins des sous-rubriques VI-4.2 sur « l'introduction des recours » ou VI-4.3 sur « le service auprès duquel des renseignements peuvent être obtenus concernant l'introduction des recours » (126). S'il renseigne la rubrique VI-4.2, il peut se borner à renvoyer aux articles pertinents du code de justice administrative (127) ou à indiquer la possibilité de former un référé précontractuel avant la signature du marché (128) ; s'il renseigne la rubrique VI-4.3 : la mention du nom et des coordonnées du tribunal administratif compétent est suffisante (129 et 130).

Les omissions, erreurs ou ambiguïtés dans le renseignement des rubriques sont autant d'occasion pour les candidats évincés de demander l'annulation de la procédure. Ils ne peuvent, cependant, utilement invoquer devant le juge des référés précontractuel et contractuel que des manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de les avoir lésés ou risquent de les léser (131).

En cas d'erreur affectant un avis d'appel public à la concurrence, l'acheteur public peut publier un avis rectificatif. Toutefois, si cette rectification apporte une modification substantielle au marché, il est nécessaire de reporter la date limite de dépôt des candidatures, pour respecter à nouveau le délai minimum fixé par le code (132).

10.2.1.2. La publication obligatoire

sur le profil d'acheteur

Sauf pour les marchés de services relevant de l'article 30, le pouvoir adjudicateur doit publier les avis d'appel public à la concurrence, ainsi que les documents de la consultation, sur son profil d'acheteur. Attention : cette obligation s'impose dès 90 000 euros HT (art. 40-III [1°]).

Le profil d'acheteur (133) est « le site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats » (art. 39). Il s'agit d'un site, généralement une « plate-forme », accessible en ligne, par l'intermédiaire du réseau internet, offrant toutes les fonctionnalités nécessaires à la dématérialisation des procédures. Il doit permettre, au minimum, de mettre en ligne les avis de publicité et les DCE, de recevoir des candidatures et des offres électroniques de manière sécurisée et confidentielle et de gérer les échanges d'information entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques pendant la procédure de passation de marché. Le site internet d'une collectivité ne peut tenir lieu de profil d'acheteur que s'il offre l'accès à ces fonctionnalités.

Il est de bonne pratique de mettre en place une plate-forme spécifique pour l'ensemble de ses marchés et d'y prévoir un répertoire des avis de marché avec inscription à une liste de diffusion ; les possibilités offertes par Internet sont ainsi pleinement exploitées, au profit d'une transparence et d'une efficacité accrues (134).

10.2.1.3. La publication facultative

d'un avis de préinformation

L'article 39 du code prévoit que les marchés de fournitures ou de services d'un montant

supérieur à 750 000 euros HT et les marchés de travaux supérieurs au seuil de procédure formalisée peuvent donner lieu à la publication, soit au JOUE, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur, d'un avis de préinformation, qui doit être conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 842/2011 du 19 août 2011 (135).

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

La publication de cet avis de préinformation présente l'avantage de réduire les délais de réception des offres des candidats (art. 57-II [2°] et 62-II [2°]).

10.2.1.4. La publicité complémentaire

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

La publicité complémentaire permet à l'acheteur public de recevoir des candidatures ou des offres plus nombreuses. Ainsi, pour des marchés d'un montant élevé, où le surcoût d'une publication complémentaire dans un organe de presse est insignifiant au regard du montant du marché, il peut être opportun de chercher à favoriser, le plus possible, la concurrence par des publications complémentaires.

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

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

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

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

Le contenu des avis de publicité complémentaires est laissé à l'appréciation de l'acheteur public, qui peut se contenter d'informations minimales, à la condition expresse qu'il renvoie aux insertions faites dans le cadre des publications obligatoires et qui contiennent la totalité des renseignements publiés (136). La publicité complémentaire peut intervenir postérieurement aux publications obligatoires. Elle n'a, toutefois, jamais pour effet de prolonger le délai de réception des candidatures.

10.2.2. Quelles mesures de mise en concurrence ?

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

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

Si les conditions en sont réunies, il est possible de recourir au marché négocié (art. 35), à la procédure définie par l'article 30 ou à la procédure de dialogue compétitif (art. 36).

Le code prévoit, en outre, la possibilité de recourir à des procédures spécifiques, telles que la procédure de conception-réalisation (art. 37) (137), la procédure du concours (art. 38), ou encore, selon l'objet du marché, les procédures particulières prévues aux articles 68 (opérations de communication), 71 (décoration des constructions publiques) et 74 (maîtrise d'œuvre).

Il est indispensable de respecter l'ensemble des délais de procédure prescrits. Ces délais sont toujours des délais minima, que l'acheteur a la faculté d'augmenter. Comme tous les délais mentionnés dans le code, il s'agit de délais calendaires incluant les jours chômés et fériés. Le délai de réception des plis est un délai non franc : il expire le dernier jour du délai.

L'emploi par l'acheteur de moyens électroniques lui offre, toutefois, la faculté, dans certains cas, de réduire les délais de présentation des candidatures et des offres. Les acheteurs peuvent également bénéficier d'une réduction des délais, soit en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique, soit lorsqu'ils ont publié un avis de préinformation.

Les délais de réception des offres doivent être allongés, s'il est prévu une visite sur les lieux d'exécution du marché ou la consultation sur place de documents complémentaires. Cette prolongation, laissée à l'appréciation de l'acheteur public, doit être suffisante pour permettre aux entreprises de concourir dans des conditions équitables.

10.3. En dessous des seuils de procédure formalisée :

les marchés à procédure « adaptée »

Les marchés dont le montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 26 peuvent être passés selon une procédure dite « adaptée ». Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs sont libres de définir eux-mêmes les règles de publicité et de mise en concurrence proportionnées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché, aux conditions dans lesquelles l'achat est réalisé et au degré de concurrence entre les opérateurs économiques potentiellement intéressés (art. 28).

Toutefois, la question de la détermination des modalités de publicité se pose surtout pour les achats compris entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros HT. En effet, en dessous de 15 000 euros HT, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code et, à partir de 90 000 euros HT, le code impose des modalités de publicité précises.

10.3.1. Les marchés inférieurs

au seuil de dispense de procédure

Lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 15 000 euros HT (138), le pouvoir adjudicateur « peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables » (art. 28-III).

Les marchés inférieurs à ce seuil ne sont pas considérés, en raison de leur enjeu économique réduit, comme présentant un intérêt transfrontalier, qui rendrait nécessaire une publicité « insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché, y compris ceux implantés dans d'autres Etats membres de l'Union européenne » (139).

Les marchés en dessous de ce seuil ne sont dispensés que des mesures de publicité et de mise en concurrence imposées par le code des marchés publics. Ils n'en restent pas moins dans le champ du code. C'est pourquoi l'article 28 impose des garanties destinées à respecter les principes de la commande publique. L'acheteur doit veiller :

- à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin ;
- à faire une bonne utilisation des deniers publics ;
- à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire, lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

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

La collectivité publique doit se comporter en gestionnaire avisé et responsable des deniers publics. L'acheteur public doit toujours garder à l'esprit qu'il doit pouvoir être à même de justifier de son choix et d'assurer la traçabilité des achats effectués, selon la nature et le montant de la prestation achetée, y compris éventuellement devant le juge (par exemple, en produisant les catalogues consultés, les devis sollicités, les référentiels de prix ou les guides d'achat utilisés, tels ceux validés par l'Observatoire économique des achats publics ou le service des achats de l'Etat, etc.). L'établissement d'une note de traçabilité de l'achat est recommandé.

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

10.3.2. Les marchés d'un montant égal ou supérieur

au seuil de dispense de procédure

10.3.2.1. Quelle publicité ?

S'il hésite sur le support de publicité le plus approprié, l'acheteur public a toujours intérêt à procéder à la publicité la plus large possible.

Les cas de dispense de procédure

au-dessus du seuil de 15 000 euros HT

Au-delà du seuil de dispense de procédure, le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les deux cas précisés au II de l'article 28 :

— lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles au regard de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré (140). Ces circonstances s'apprécient au cas par cas. Ainsi, par exemple, lorsque le marché concerne l'achat d'un produit ou d'un service très spécifique pour lequel il n'existe aucune concurrence ou bien dans le cas d'un achat à faire dans l'urgence pour un montant peu supérieur à 15 000 euros et qu'un seul fournisseur est en mesure de satisfaire dans les délais nécessaires ;

— dans les situations décrites au II de l'article 35, c'est-à-dire, notamment, en cas d'urgence impérieuse, d'absence d'offres appropriées, pour les marchés complémentaires et les marchés similaires ou encore lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé (voir point 12.1.2.2).

Entre 15 000 et 90 000 euros HT

Le choix du support de la publicité :

Pour les marchés dont le montant estimé est compris entre 15 000 et 90 000 euros HT, il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé » (141).

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

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

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

Ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre du pouvoir adjudicateur. Les mesures de publicité intervenues indépendamment de sa volonté sont sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles il a procédé.

Les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. On prendra garde que ce moyen de publicité ne peut être un moyen unique suffisant que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché. Pour des sites à audience réduite, ce mode d'information ne doit être utilisé que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

L'information des candidats potentiels peut également être publiée au BOAMP, dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée. Ces supports offrent souvent des tarifs préférentiels pour la publicité des marchés en dessous des seuils de procédure formalisée.

La publicité ne signifie pas nécessairement publication (142). Il conviendra toutefois de démontrer, en l'absence de publication, que les entreprises susceptibles d'être intéressées ont été contactées, par tout moyen utile (courriel, fax...). Ainsi, pour un marché de faible montant, une demande de devis à quelques entreprises locales susceptibles de fournir la prestation, dont on gardera la trace, pourra être considérée comme suffisante (143). L'acheteur prendra garde à conserver la trace de ces demandes afin d'être à même de justifier son choix.

La détermination du contenu de la publicité :

Quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi doivent toujours être mentionnés : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères (144).

Entre 90 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée

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

Les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL), ainsi que sur le profil d'acheteur (voir supra, point 10.2.1.3). Ces avis sont établis selon le modèle fixé par l'arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres.

Le code impose, en outre, aux acheteurs de compléter ces avis, s'ils estiment que cela est nécessaire pour garantir un degré de publicité adéquat, 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. Les avis publiés à titre complémentaire peuvent ne pas reprendre la totalité des informations qui figurent dans l'avis publié à titre principal, à

la condition expresse qu'ils mentionnent les références précises de cet avis.

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

10.3.2.2. Quelle mise en concurrence ?

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

Le respect des principes constitutionnels :

L'acheteur est tenu de respecter les principes à valeur constitutionnelle rappelés à l'article 1er du code : liberté d'accès à la commande, égalité de traitement des candidats, transparence de la procédure.

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

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

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

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

Le choix des délais de procédure :

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

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

Le choix des modalités de la mise en concurrence :

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

L'article 28 du code précise que le pouvoir adjudicateur peut recourir à la négociation.

Si l'acheteur décide de recourir à la négociation, il doit en informer les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Les dispositions de l'article 42 du code des marchés publics imposent, en effet, au pouvoir adjudicateur de définir, dans les documents de la consultation, les caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre. Par conséquent, si l'article 28 du code permet, de manière générale, au pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation en procédure adaptée, il lui appartient d'indiquer expressément, pour chaque consultation, s'il entend, effectivement, faire usage de cette faculté. Il ne peut pas « se réserver le droit de recourir à la négociation », empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

En outre, dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, il est obligé de négocier et ne peut y renoncer en cours de procédure (sur la négociation, voir point 12).

10.4. Le cas particulier des marchés de services

de l'article 30

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

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

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

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

En conséquence, les modalités de publicité et de mise en concurrence seront déterminées par le pouvoir adjudicateur, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. Le seuil de publicité de 90 000 euros HT n'étant pas applicable aux marchés de services de l'article 30, aucun support de publicité n'est imposé par le code. Les acheteurs ne sont pas

tenus de publier les avis de publicité et le dossier de consultation des entreprises sur leur profil d'acheteur, même si une telle publicité reste souhaitable.

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

— lorsque leur montant est égal ou supérieur à 200 000 euros HT, ces marchés doivent obligatoirement, pour leur passation, fixer préalablement des spécifications techniques et faire l'objet d'un avis d'attribution (145) ;

— pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, ils sont attribués par la commission d'appel d'offres si leur montant est égal ou supérieur à 200 000 euros HT, et les marchés ayant pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au contrôle de légalité (146) ;

— enfin, les marchés de services juridiques (services de conseils et de représentation juridiques, de conseils en matière de brevets et de droits d'auteur, de documentation et d'informations juridiques... [147]) sont dispensés de l'application du titre IV du code relatif à l'exécution des marchés.

11. Comment sélectionner les candidats ?

L'examen de la recevabilité des candidatures est obligatoire en procédure formalisée, comme en procédure adaptée (art. 52).

11.1. Qui peut se porter candidat ?

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

11.1.1. Le principe de la liberté d'accès

à la commande publique

Tout opérateur économique peut se porter candidat.

Il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public (148). Ainsi, la participation d'une entreprise à la définition d'un projet « d'investissements d'avenir » s'inscrivant dans le cadre des programmes prévus par la loi n° 2010-237 du 9 mars 2010 ne constitue pas, en elle-même, un motif justifiant que cette entreprise soit écartée des consultations futures mettant en œuvre le projet qu'elle aura contribué à définir. Il revient, en revanche, au pouvoir adjudicateur d'apprécier, au cas par cas, si une telle entreprise possède un avantage concurrentiel sur les autres candidats et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. En particulier, lorsque la collaboration préalable d'une entreprise lui a permis de recueillir des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux

autres candidats, l'acheteur public doit supprimer la différence de situation des entreprises en communiquant ces informations à tous les candidats (149).

De même, un acheteur public ne peut interdire, par principe, à des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles de soumissionner concurremment à l'attribution d'un même marché. Il doit apprécier, au cas d'espèce, si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises, de nature à justifier que ces entreprises soient écartées de la procédure (150).

Enfin, la candidature d'une entreprise ne peut être rejetée au seul motif que l'Etat dont elle est ressortissante n'est pas partie à l'accord sur les marchés publics (151) ou à un accord international comportant un volet « accès aux marchés publics », ou que, compte tenu de l'objet du marché ou de son montant, ces accords ne garantissent pas à l'entreprise concernée un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques européens. Les limites des engagements communautaires en matière d'accès aux marchés publics ne s'appliquent pas d'elles-mêmes. En effet, l'accord sur les marchés publics étant dépourvu de tout effet direct (152), il n'est ni opposable par le pouvoir adjudicateur ni invocable par un opérateur économique qui contesterait l'attribution d'un contrat à un opérateur originaire d'un pays tiers. Par ailleurs, le droit français n'autorise aucune discrimination qui serait fondée sur la nationalité des candidats. L'égalité de traitement constitue un principe constitutionnel et communautaire qu'aucune disposition nationale ne vient restreindre. Toute entreprise d'un pays tiers, signataire ou non d'un accord avec l'Union, partie ou non à l'accord sur les marchés publics, a accès en France à l'ensemble des procédures de marchés publics, au sens communautaire, au même titre que toute entreprise ressortissante de l'Union européenne (153).

11.1.2. Les interdictions de soumissionner

Les interdictions de soumissionner peuvent résulter de condamnations pénales, de la situation personnelle de l'entreprise ou de la violation de ses obligations fiscales et sociales.

Le code renvoie à la liste des interdictions établie par l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (154). Cette liste est complétée par l'article 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. S'ajoutent également, depuis 2011, les éventuelles interdictions administratives (décisions préfectorales) de postuler à l'attribution des contrats administratifs, prises sur le fondement des dispositions du code du travail (155).

11.1.2.1. Les condamnations pénales

Dans les hypothèses où la loi le prévoit, et qui correspondent à des condamnations pour participation à une organisation criminelle, pratique de corruption, de fraude ou de blanchiment de capitaux, mais également à des cas de faute professionnelle ou de fausse déclaration, le juge peut prononcer une interdiction de soumissionner à l'attribution de marchés publics.

Sont susceptibles, à ce titre, d'être exclues :

- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues, au code pénal, par :
 - l'article 222-38 (manipulation, dissimulation, blanchiment de capitaux liés au trafic de stupéfiants) ;
 - l'article 222-40 (importation, exportation, trafic, offre, cession de stupéfiants) ;
 - les articles 313-1 à 313-3 (escroquerie et tentatives d'escroquerie) ;
 - les articles 314-1 à 314-3 (abus de confiance) ;
 - les articles 324-1 à 324-6 (blanchiment de capitaux) ;
 - l'article 421-2-1 ou par le deuxième alinéa de l'article 421-5 (direction, organisation ou participation à une organisation ou à un acte terroriste) ;
 - l'article 433-1 (corruption active et trafic d'influence)
 - le deuxième alinéa de l'article 434-9 (délit d'entrave à l'exercice de la justice) ;
 - l'article 435-2 (corruption active de fonctionnaires de l'Union européenne et des Etats membres) ;
 - les articles 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8 ou par l'article 441-9 (faux et usage de faux) ;
 - l'article 450-1 (association de malfaiteurs) du code pénal ;
- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par l'article 1741 du code général des impôts (soustraction, dissimulation, défaut de paiement en matière d'impositions) ;
- 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, dans le code du travail :
 - aux articles L. 8221-1, L. 8221-2, L. 8221-3 ou L. 8221-5 (travail dissimulé) ;
 - aux articles L. 8251-1, L. 5221-8 ou L. 5221-11 (infractions aux règles d'emploi des travailleurs étrangers) ;
 - à l'article L. 8231-1 (délit de marchandage) ;
 - et aux articles L. 8241-1 et L. 8241-2 (prêt illicite de main-d'œuvre).

De plus, l'article 131-39 du code pénal dispose que « lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : [...] 5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ». Certaines des dispositions pénales inscrites au sein du code de l'environnement renvoient à cet article du code pénal prévoyant l'exclusion des marchés publics comme peine complémentaire. Le prononcé de cette peine est toujours

facultatif, en application du principe de personnalisation des peines.

11.1.2.2. L'exclusion administrative des contrats administratifs

L'interdiction de soumission aux marchés publics peut résulter d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs, ordonnée par le préfet, en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

Après avoir constaté une irrégularité en matière de travail dissimulé, de marchandage, de prêt illicite de main-d'œuvre ou d'emploi d'étranger sans titre de travail, les corps d'inspection concernés peuvent saisir le préfet du département dans lequel est situé l'établissement en cause. Le préfet peut alors, compte tenu de l'éventuelle réitération de l'infraction, de son ampleur ou de sa gravité, prononcer une exclusion temporaire des contrats administratifs, qui ne peut excéder six mois.

11.1.2.3. La violation des obligations sociales et fiscales

Au stade de la candidature, les attestations et certificats officiels ne sont pas exigibles. Les candidats ne sont tenus de produire que des déclarations sur l'honneur. Un candidat qui ne peut déclarer sur l'honneur qu'il est à jour de ses obligations sociales et fiscales ne peut être admis à candidater à l'attribution du marché.

La régularité de la situation des candidats au regard de leurs obligations sociales et fiscales est constatée par les organismes et administrations chargés de collecter les différentes taxes, impositions et contributions de sécurité sociale.

L'entreprise qui n'a pas souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale ou n'a pas acquitté les impôts et cotisations exigibles ne pourra pas se faire remettre d'attestation de régularité. Elle sera alors dans l'incapacité de satisfaire aux conditions de l'article 46 du code des marchés publics.

11.1.2.4. Les entreprises en difficulté

Les états de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle sont prononcés par le tribunal de commerce, en application des articles L. 640-1 et L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce. Ils entraînent automatiquement l'exclusion de la participation des entreprises concernées à la procédure de marché public.

L'admission au redressement judiciaire, prévu à l'article L. 631-1 du code de commerce, est prononcée par un juge. L'acheteur doit vérifier sur la base des justificatifs fournis par le candidat (copie du ou des jugements concernés) que ce dernier a été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Si tel est le cas, il n'est pas possible de rejeter le candidat concerné.

11.2. Le dossier de candidature

11.2.1. Présentation du dossier de candidature

La présentation du dossier de candidature n'est soumise à aucun formalisme particulier. Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, il n'est, en particulier, plus exigé, en appel d'offres ouvert, que les opérateurs économiques présentent les

pièces à l'appui de leur candidature dans une enveloppe distincte de celle contenant les pièces relatives à leur offre.

Toutefois, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, toujours, examiner les candidatures avant les offres. La suppression de la double enveloppe n'a pas mis fin, en effet, à l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de distinguer la phase de sélection des candidatures de la phase de sélection des offres (156). Ces deux opérations distinctes peuvent, cependant, avoir lieu le même jour ou au cours de la même réunion de la commission d'appel d'offres.

11.2.2. Le contenu du dossier de candidature

Les pièces composant le dossier de candidature sont exigées des candidats dans un délai minimal. Ce délai est précisé par le code pour les procédures formalisées. Dans le cas des procédures adaptées, il doit être proportionné aux niveaux d'exigence et de précision demandés. Il est, en effet, indispensable de laisser aux candidats un délai suffisant pour préparer leur dossier de candidature.

11.2.2.1. Les attestations de non-exclusion des marchés publics

Les candidats à un marché public doivent attester sur l'honneur qu'ils ne sont pas dans une situation leur interdisant de soumissionner à l'attribution d'un marché public.

A cette fin, le formulaire DC1 « Lettre de candidature — habilitation du mandataire par ses cotraitants » intègre l'ensemble des déclarations sur l'honneur demandées. La signature par le candidat de ce formulaire vaut attestation sur l'honneur de la régularité de la situation du candidat au regard de ses obligations sociales et fiscales, ainsi qu'au regard de l'ensemble des interdictions de soumissionner à l'attribution d'un marché public. La fourniture de ce formulaire, non obligatoire, le dispense donc de fournir l'ensemble des attestations et certificats officiels à ce stade de la procédure.

L'attestation sur l'honneur doit être datée et signée. Elle ne peut être une photocopie. En revanche, les attestations et certificats officiels peuvent être fournis sous forme de photocopie ; l'acheteur public ne peut exiger la fourniture des originaux ou des certifications conformes (157).

Depuis 2001, les attestations et certificats officiels ne sont exigés que du seul titulaire pressenti. Le marché ne pourra lui être attribué que s'il fournit les attestations et certificats demandés, lorsqu'il est avisé qu'il a été désigné comme titulaire pressenti (voir point XX).

11.2.2.2. Les renseignements permettant de vérifier les garanties

professionnelles, techniques et financières du candidat

La vérification des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés, à cet effet, dans les avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de consultation. Il ne peut être exigé des candidats que les pièces mentionnées par l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements

objectivement nécessaires à l'objet du marché et à la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières, ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager (158). Il en est de même dans les procédures adaptées, notamment pour les marchés de service passés en application de l'article 30 du code. Le respect de cette règle est particulièrement important ; il en va de l'allègement des charges administratives et de la légalité de la procédure. Ainsi, exiger des candidats la production d'extraits de bilan pour les trois derniers exercices est disproportionné lorsque le marché a une durée d'exécution, période de garantie incluse, de trois mois.

Cependant, la faculté offerte au pouvoir adjudicateur de choisir les documents ou renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ne peut pas conduire à ne demander aucun document ou renseignement pour l'une ou l'autre des trois capacités. Chacune de ces trois catégories de capacités doit être évaluée (159).

Pour aider les candidats, la DAJ met à disposition, sur son site internet (160), des formulaires DC1 « Lettre de candidature — habilitation du mandataire par ses cotraitants » et DC2 « Déclaration du candidat individuel ou du membre du groupement », qui contiennent des rubriques permettant de fournir l'ensemble des renseignements habituellement demandés par les acheteurs publics. L'acheteur public peut imposer l'utilisation des formulaires DC1 et DC2 lorsque les caractéristiques du marché le justifient (161). Les candidats peuvent toujours y recourir pour simplifier leurs démarches.

11.2.3. La possibilité de mutualiser le dossier

de présentation des entreprises

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

Il appartiendra au candidat de vérifier que les documents, certificats et attestations fournis à l'occasion de la précédente procédure sont toujours valables et que l'acheteur n'a pas exigé d'autres renseignements ou documents qui n'auraient pas déjà été fournis.

11.3. Que se passe-t-il si le dossier du candidat

est incomplet ?

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

S'il utilise cette faculté, le représentant du pouvoir adjudicateur procède à une demande de régularisation, qu'il adresse aux candidats concernés. Le principe d'égalité de traitement des candidats commande que l'acheteur permette à tous les candidats dont le dossier est incomplet de compléter leur dossier (162). Aussi, tous les candidats doivent-ils être avisés de ce qu'une demande de régularisation a été faite.

Le délai octroyé par le pouvoir adjudicateur pour compléter le dossier de candidature doit être raisonnable et identique pour tous les candidats. Le code précise qu'il ne saurait être supérieur à dix jours. Ce n'est qu'au terme de ce délai que l'autorité compétente peut statuer sur les candidatures.

En aucun cas, ce délai ne peut être mis à profit par les candidats pour compléter ou régulariser leur offre (par exemple, en complétant l'offre par la production d'un mémoire technique manquant [163]).

11.4. L'examen des candidatures

11.4.1. L'admission des candidatures

Les dispositions du code des marchés publics font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler, en procédure formalisée comme en procédure adaptée (164), les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public. Cette vérification s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de consultation (voir point 11.2.2)

Le code prévoit deux processus de choix des candidatures. Le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure ouverte, dans laquelle tout candidat remet simultanément son dossier de candidature et son offre, ou à une procédure restreinte, qui se déroule en deux étapes successives : seuls les candidats sélectionnés sont invités à remettre une offre.

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

11.4.1.1. L'élimination des candidatures

en procédure ouverte

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

Si le pouvoir adjudicateur a fixé des niveaux minimaux de capacités et qu'il les a préalablement publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, il doit éliminer les candidats qui n'atteignent pas ces niveaux minimaux. Ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché

S'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacités (165), il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché (166).

Afin de ne pas pénaliser les entreprises nouvellement créées et les PME, le code précise que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat. Cette disposition ne dispense pas l'acheteur public de procéder à l'examen des capacités de ces entreprises, sur la base des renseignements fournis.

Lorsque des pièces sont exigées dans le règlement de la consultation à l'appui des candidatures, l'acheteur public est tenu de rejeter les candidats qui ne les produisent pas, sauf à demander un complément de transmission (voir point 11.3).

S'il souhaite favoriser la participation à la procédure des sociétés nouvellement créées, l'acheteur doit indiquer dans le règlement de la consultation, ou tout document en tenant lieu, que les autres moyens de preuve des capacités techniques et financières sont admis. A défaut, il ne pourra pas tenir compte de ces autres moyens de preuve (167). On prendra garde que cette règle ne s'applique pas aux certificats de qualité, aux certificats de capacités fournis par des organismes indépendants et aux certificats EMAS : pour ces documents, l'acheteur est tenu d'accepter tout moyen de preuve équivalent, y compris ceux fournis dans d'autres Etats membres de l'Union européenne (art. 45-II, alinéa 4).

Le pouvoir adjudicateur peut écarter la candidature d'une entreprise qui n'aurait pas exécuté correctement des marchés antérieurement conclus. Toutefois, il ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de garanties techniques et financières suffisantes (168). Concrètement, cela signifie qu'il peut écarter une entreprise si celle-ci ne présente comme référence unique que les marchés dont l'exécution avait été incorrecte.

11.4.1.2. La sélection des candidatures

en procédure restreinte

La sélection des candidatures est pratiquée dans le cadre des procédures restreintes, pour lesquelles l'acheteur a décidé de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Cette sélection s'effectue sur la base de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, qui doivent être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, y compris en procédure adaptée. Dans ce dernier cas, l'information appropriée des candidats n'implique pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures (169).

Ainsi, la sélection des candidatures se distingue de l'élimination présentée ci-dessus. Dans le cadre de la sélection, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui ont les niveaux de capacités requis. Dans le cadre de l'élimination des candidatures, l'acheteur se contente de renoncer à celles dont les capacités sont jugées insuffisantes. Il est possible, en procédure restreinte, de procéder à la fois à l'élimination, puis à la sélection des candidatures, dès lors que les éventuels niveaux minimaux et les critères de sélection ont été publiés dans l'avis d'appel public à la

concurrence ou, dans le règlement de la consultation.

11.4.2. Les capacités nécessaires à l'exécution du marché

Les critères de sélection des candidatures sont de deux sortes : les capacités techniques et professionnelles et les capacités financières. Ces critères doivent être pertinents, proportionnés et justifiés par l'objet du marché.

11.4.2.1. Les capacités techniques et professionnelles

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

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

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

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

S'agissant des certificats professionnels, le pouvoir adjudicateur doit préciser que la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle, attestant de la compétence de l'opérateur économique à effectuer la prestation pour laquelle il se porte candidat. Les qualifications professionnelles sont établies par des organismes professionnels de qualification (170).

Il en va de même des certificats de qualité, pour lesquels le pouvoir adjudicateur doit accepter d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés (171).

Dans les deux cas, l'obligation d'accepter les équivalences est satisfaite si le pouvoir adjudicateur a déclaré accepter ces certificats, ainsi que « d'autres justificatifs regardés comme équivalents » (172).

Les références demandées doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché : le candidat choisit celles qui lui semblent les plus appropriées. L'acheteur en vérifie la réalité,

en respectant le secret des affaires. Mais « l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat » (art. 52-I), afin de ne pas pénaliser l'accès des entreprises nouvelles, notamment les petites et moyennes entreprises, à la commande publique.

11.4.2.2. Les capacités financières

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

On prendra garde à éviter des exigences qui ne seraient pas justifiées par l'objet du marché. Ainsi, par exemple, l'acheteur public ne peut exiger un chiffre d'affaires 24 fois supérieur au montant minimum du marché et 6 fois supérieur à son montant maximum (173). De même, l'acheteur public ne saurait imposer la production des chiffres d'affaires des trois derniers exercices, si cette exigence a pour effet de restreindre l'accès au marché d'entreprises de création récente et qu'elle n'est pas rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Dans ce cas, si l'acheteur public souhaite favoriser l'accès de ces entreprises à ces marchés, il peut leur permettre de prouver leur capacité financière par d'autres moyens que la production de chiffres d'affaires et, notamment, par une déclaration appropriée de banque (174). Ce document facilite la preuve de la crédibilité financière du candidat. Le choix de sa forme est laissé à la discrétion de l'établissement de crédit qui la fournit.

Si les garanties financières exigées des candidats peuvent être utilisées comme critère de sélection des entreprises admises à présenter une offre, au stade de la sélection des offres, la présentation de garanties financières ne peut plus être exigée (175).

11.4.3. Faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises

à la commande publique au stade de la sélection des candidatures

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

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

De même, au III de son article 45, il dispose que, pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature des liens existant entre ces opérateurs et lui.

Il peut s'agir, par exemple, des moyens d'une entreprise tierce. En effet, toute entreprise,

petite ou moyenne, peut s'appuyer sur les moyens d'une entreprise tierce si, par exemple, elle fait partie du même groupe de sociétés ou si elle démontre qu'elle pourra bénéficier de capacités de sous-traitants. Les liens juridiques de toute nature entre les sociétés sont pris en compte, pour permettre à une société d'invoquer les capacités d'autres entreprises soit en cas de sous-traitance, soit en cas de cotraitance, lorsqu'elle associe sa candidature à celles d'autres entreprises en créant un « groupement momentané d'entreprises » (art. 45-III et 51).

Elle doit alors établir dans son dossier de candidature qu'elle dispose effectivement des moyens extérieurs dont elle se prévaut. Les preuves apportées doivent prendre la forme d'une obligation juridiquement contraignante, afin de garantir que les moyens et compétences de l'entreprise tierce seront effectivement à la disposition de l'entreprise titulaire. Si une entreprise demande que soient prises en compte les capacités d'un sous-traitant, le fait pour une entreprise d'indiquer, dans une procédure ouverte, que la déclaration de sous-traitance figure dans l'offre, donne une telle garantie. L'acheteur public doit alors vérifier que ce sous-traitant possède les capacités complémentaires nécessaires et n'est pas sous le coup d'une interdiction d'accès à la commande publique (176).

12. Quand, pourquoi et comment négocier ?

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

12.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

12.1.1. En dessous des seuils des marchés formalisés

et pour les marchés de services de l'article 30

Lorsque le montant du marché est inférieur aux seuils fixés à l'article 26 ou lorsqu'il relève de l'article 30, le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats.

Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. Il ne peut pas « se réserver le droit de recourir à la négociation », empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (voir point 10.3).

Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier. Il est vivement recommandé de faire porter la négociation sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix.

La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats. Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre (177). L'acheteur peut choisir de négocier même avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées (178).

Lorsque la mise en concurrence est infructueuse, une nouvelle procédure adaptée doit être lancée. Néanmoins, le règlement de la consultation peut prévoir une procédure inspirée des dispositions de l'article 35 en cas d'offres irrégulières, inacceptables et inappropriées.

12.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés

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

Il existe deux catégories de marchés négociés.

12.1.2.1. Les marchés négociés passés après publicité

et mise en concurrence (art. 35-I)

Parmi ces marchés, une attention toute particulière doit être portée aux marchés négociés de l'article 35-I (1°). Il s'agit des marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables.

Une offre irrégulière est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, mais qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation (179) ou qui ne contient pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation (180).

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

Une offre peut être aussi inacceptable parce que les crédits alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. On prendra garde que cette évaluation doit avoir été réaliste (181).

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il fait participer à la négociation l'ensemble des candidats ayant déposé une offre respectant les exigences relatives aux délais et modalités de présentation formelles des offres (182), à l'exception des candidats qui font l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées durant la négociation. A défaut, la procédure serait irrégulière pour méconnaissance des obligations de mise en concurrence. Peuvent, notamment, être considérées comme substantielles les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de

variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution, l'introduction d'une variante non autorisée et, d'une manière générale, toute autre modification des conditions de mise en concurrence initiale.

En pratique, il est toutefois difficile d'accorder beaucoup de place à la négociation dans le cadre de l'article 35-I (1°) : la négociation après un appel d'offres infructueux affecte, en effet, presque toujours les conditions initiales de la mise en concurrence. Cette hypothèse particulière se distingue ainsi des autres cas d'ouverture des marchés négociés ou des procédures adaptées, dans lesquels il est possible de tout négocier.

12.1.2.2. Les marchés négociés passés sans publicité

ni mise en concurrence (art. 35-II)

Cette procédure dérogatoire est particulièrement encadrée.

a) Le cas de l'urgence impérieuse.

On peut recourir à cette procédure, pour faire face à une situation d'urgence impérieuse (art. 35-II [1°]), telle que, notamment, celles résultant de la nécessité d'engager la recherche de victimes d'une catastrophe aérienne ou de garantir la sécurité des personnes et des biens à la suite d'un événement climatique imprévu, comme une tempête ou une soudaine inondation. Une urgence peut être qualifiée d'impérieuse lorsque l'acheteur public est confronté à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, telles que, par exemple, celles menaçant la sécurité des personnes. L'urgence impérieuse s'interprète très strictement.

Elle a été admise dans les circonstances suivantes :

— pour la mise en service du réseau téléphonique d'un établissement public de santé, en raison de retard pris à la suite de l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres mise en œuvre (183) ;

— pour la réalisation de travaux de sécurité de première nécessité conditionnant l'accès à un bâtiment par le public à la suite de la tempête de décembre 1999, dès lors que les marchés en cause sont passés dans les heures, les jours, au plus les semaines suivant la survenance de la tempête (184).

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

— pour les travaux de renforcement d'un transformateur électrique, alors même qu'il suscitait de fréquentes coupures de courant dans un quartier entier de la commune ;

— pour les travaux nécessaires à la réalisation d'une maison des familles par une commune, alors qu'il ne s'agissait que de minimiser la gêne causée par le chantier aux riverains (185) ;

— pour un marché négocié passé trois mois après le passage d'un cyclone en janvier 1985 (186) ;

— pour des marchés de rénovation de lycées passés deux ans après l'adoption du plan régional de rénovation de ces établissements et ce malgré l'infructuosité de la procédure

d'appel d'offres (187).

b) Le cas des offres inappropriées.

Il est également possible d'utiliser cette procédure, lorsque seules des offres inappropriées ont été déposées (art. 35-II [3°]).

Une offre inappropriée est une offre ne correspondant pas aux besoins du pouvoir adjudicateur indiqués dans les documents de la consultation. La présentation d'une telle offre est assimilable à une absence d'offres. Le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence est possible si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées.

Le recours à cette procédure suppose que l'acheteur public ait organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite. Tel ne serait pas le cas, par exemple, si les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissaient à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de transport légers de petite capacité, les seules offres reçues ne concernaient que des avions de transport de grande capacité.

Un rapport particulier peut être demandé par la Commission européenne. Il a pour objet de démontrer à la Commission que les conditions du recours à cette procédure dérogatoire ont été satisfaites.

c) Le cas des marchés complémentaires.

Le recours aux marchés complémentaires (art. 35-II [4°] et 35-II [5°]) ne peut être envisagé que dans le cas où le changement de prestataire obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel technique entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis, ou à être confronté à des difficultés techniques disproportionnées par rapport à la fourniture ou à la réalisation des prestations du marché initial.

d) Le cas des marchés similaires.

Les prestations similaires (art. 35-II [6°]) doivent être entendues comme réalisables, à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial. Le marché initial doit en avoir fait mention et la mise en concurrence initiale doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui de prestations similaires à commander ultérieurement.

e) Le cas de l'opérateur exclusif.

L'article 35-II (8°) vise les cas dans lesquels l'acheteur public peut être contraint de faire appel à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou parce qu'il est titulaire de droits d'exclusivité. Les raisons techniques justifiant le recours à cette procédure doivent être démontrées par le pouvoir adjudicateur (188). Concernant la maîtrise d'œuvre, le Conseil d'Etat a également fixé les limites du recours à l'article 35-II (8°) en précisant les points suivants :

— dans le cas de la réhabilitation d'un bâtiment existant, le droit moral au respect de l'œuvre de l'architecte d'origine ne lui confère pas un droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage (189).

Toutefois, le maître d'ouvrage qui a l'intention de réaliser des travaux significatifs sur un ouvrage existant vérifie, au moment de l'établissement du programme, si les modifications conduisent à une dénaturation de l'œuvre. Si de telles modifications sont prévues et confiées à un autre architecte que celui d'origine, le maître d'ouvrage demandera à l'architecte de la nouvelle opération de se rapprocher de l'auteur du bâtiment, ou de ses ayants droit, pour les en informer. L'architecte-auteur ne peut prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre au maître de l'ouvrage. Cependant, ce dernier ne peut porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre que si les modifications sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimée par les nécessités du service public, et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux. En cas de désaccord de l'auteur ou de ses ayants droit, l'existence de solutions alternatives qui ne dénatureraient pas l'œuvre initiale est de nature à faire obstacle aux modifications envisagées (190). L'atteinte au droit moral de l'architecte lui donne droit à indemnisation (191) ;

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

La situation de monopole et la détention de droits d'exclusivité ne dispensent pas l'acheteur public de négocier avec l'entreprise concernée.

12.2. Quels sont les avantages de la négociation ?

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

La négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché, telles que, notamment, son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. La négociation ne peut jamais aboutir à l'abandon d'un critère en cours de procédure (192). Mais elle laisse à l'acheteur public la possibilité de négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, à la différence d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, où le cahier des charges joint au dossier de consultation des entreprises est intangible.

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

Il est ainsi possible de négocier sur :

— le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;

— la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;

— la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;

— le délai : peuvent être négociées l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;

— les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient difficiles à négocier lorsque les négociations sont menées avec plusieurs candidats.

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière. Une formation des acheteurs à cette technique est indispensable.

12.3. Quelles sont les contraintes de la négociation ?

Dans le cadre de la négociation, l'acheteur public doit faire face à trois contraintes. La première est de respecter l'égalité de traitement des candidats, tout au long de la procédure. La deuxième contrainte est d'assurer la transparence de la procédure. La troisième est de respecter le secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats.

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

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

Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à un pouvoir adjudicateur souhaitant passer un marché en procédure négociée d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre (193). Il est toutefois vivement recommandé aux acheteurs de fixer ce délai. A défaut, il s'expose à ce que les candidats indiquent eux-mêmes une durée de validité qui peut ne pas être identique.

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

nombre, à la condition de l'avoir annoncé préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence, s'il a été procédé à la publication d'un tel avis. Les critères de sélection des candidats et leurs conditions de mise en œuvre doivent également être indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence ou les documents en tenant lieu. Le nombre minimal de candidats ne peut être inférieur à trois. Dans la pratique, toutefois, si seulement un ou deux candidats se présentent, l'acheteur peut continuer la procédure. Les acheteurs publics doivent alors négocier avec tous les candidats admis à cette négociation.

En procédure adaptée, les acheteurs publics peuvent également limiter la négociation à certains candidats seulement. Toutefois, cette restriction n'est possible que si l'acheteur a indiqué les critères sur la base desquels le choix des candidats admis à négocier sera opéré (voir points 12.1 et 12.2).

13. Comment mener un dialogue compétitif ?

Défini à l'article 36 du code des marchés publics, le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion des marchés complexes. L'acheteur prendra garde que le dialogue n'a pas pour objectif l'accélération des procédures, mais l'amélioration de la définition des besoins. Le dialogue compétitif est, de fait, une procédure assez compliquée, lourde à gérer et souvent chronophage.

13.1. Les cas de recours au dialogue compétitif

La procédure du dialogue compétitif peut être utilisée :

- a) Lorsque 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 (art. 36). Cette situation peut se présenter, notamment pour la réalisation de certains projets ou réseaux informatiques, pour des campagnes de communication ou, plus généralement, pour des projets pour lesquels l'acheteur ne dispose pas d'une visibilité suffisante ;
- b) Pour la passation d'un marché de conception-réalisation, dans le cas d'opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, lorsque les conditions définies aux articles 36 et 37 du code des marchés publics sont réunies (art. 69-II) ;
- c) Pour la passation d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager, lorsque les conditions définies à l'article 36 sont remplies (art. 74-IV).

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 précises.

Il offre aux acheteurs publics des possibilités plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites. De ce point de vue, le déroulement du dialogue compétitif s'apparente à une négociation. L'acheteur public doit faire face aux trois mêmes contraintes que celles mentionnées au point 12.3 : assurer aux candidats l'égalité de traitement, tout au long de la procédure, garantir la transparence de la procédure et le secret industriel et commercial protégeant le savoir-faire des candidats. L'acheteur prendra garde que le risque de porter

atteinte aux secrets industriels ou commerciaux est, en effet, accru dans le cadre de la procédure du dialogue compétitif. La responsabilité de l'acheteur peut, le cas échéant, être engagée du fait de sa violation.

13.2. La procédure du dialogue compétitif

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

Au terme du dialogue, l'acheteur doit disposer d'un marché comportant les principales dispositions permettant de gérer et de payer ce marché (durée, forme du prix, révision, acomptes, pénalités, résiliation et les éléments énumérés à l'article 12).

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

En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits dans le programme fonctionnel. 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 l'acheteur mènera avec chaque candidat. Un candidat peut avoir besoin d'informations complémentaires sur le site (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique). Le pouvoir adjudicateur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications permettant de mieux tirer profit des potentialités de cette proposition.

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

A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qu'il estime inadaptées à son besoin. 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 de présenter une offre finale. Lorsque les offres ont été déposées, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie, selon les critères de sélection annoncés en début de procédure.

L'élaboration des propositions par les candidats tout au long du dialogue compétitif peut entraîner des coûts élevés susceptibles de dissuader des concurrents potentiels. Il est

donc toujours de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes de dédommagement à hauteur de l'effort demandé (art. 67-X). La prime permettra de susciter une réelle concurrence en incitant le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer au dialogue.

Après attribution du marché, l'acheteur peut encore demander au titulaire choisi de clarifier des aspects de son offre finale ou de confirmer les engagements, notamment financiers, figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations (art. 67-VIII). Cette possibilité a été ouverte, notamment, afin de tenir compte de la réticence des institutions financières à souscrire des engagements fermes avant ce stade de la procédure (directive 2004/18, cons. 31).

14. Comment choisir son maître d'œuvre ?

L'article 74 dédié aux procédures spécifiques de passation des marchés de maîtrise d'œuvre a été modifié par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 précité (194).

Rappel : les contrats de maîtrise d'œuvre doivent être écrits, y compris lorsqu'ils sont d'un montant inférieur à 15 000 euros (HT) et comporter certaines clauses obligatoires (art. 5 de la loi MOP).

14.1. En procédure adaptée

En procédure adaptée, il est recommandé au maître d'ouvrage de recourir à une procédure restreinte. Ainsi, il peut procéder à une sélection des candidats par une mise en concurrence fondée sur l'analyse des compétences, des références et des moyens des candidats pour sélectionner le ou les meilleurs candidats avec qui il engagera ensuite un dialogue, une négociation en vue du choix de l'attributaire du marché.

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

Rappelons qu'en dessous des seuils européens, le maître d'ouvrage peut recourir à une procédure inspirée du concours défini à l'article 74 du code. L'anonymat dans l'examen des projets par le jury n'est alors pas obligatoire.

Il est recommandé à l'acheteur public d'assurer la traçabilité de la procédure en tenant un compte rendu précis des échanges intervenus lors des négociations, retraçant, notamment, les modifications apportées à la proposition initiale par les candidats.

14.2. En procédure formalisée

Au-dessus des seuils de procédure formalisée, le maître d'ouvrage a l'obligation de recourir à la procédure du concours s'il construit un bâtiment neuf. Mais un concours peut aussi être opportun en cas d'enjeu architectural, par exemple pour une réutilisation d'ouvrage ou une construction d'ouvrages d'art.

Lorsque le concours n'est pas obligatoire, par exemple en cas de réutilisation ou de réhabilitation d'un ouvrage existant, en cas d'ouvrage d'infrastructure ou d'ouvrage réalisé à titre de recherche ou d'essai, la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence est utilisée, lorsque les conditions du 2° du I de l'article 35 sont remplies. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, un appel d'offres doit être organisé.

Depuis le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 précité, il est aussi possible de mettre en œuvre la procédure du dialogue compétitif pour attribuer un marché ou un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager, lorsque le marché est considéré comme complexe. L'article 74 apporte quelques aménagements à la procédure du dialogue compétitif, en prévoyant :

- le versement obligatoire d'une prime, dont le montant est encadré, à chaque participant ;
- la possibilité de mettre en place un jury, dont le rôle est identique à celui d'un jury de concours. S'agissant d'une procédure formalisée, l'anonymat dans l'examen des projets par le jury est alors obligatoire.

Il est recommandé à l'acheteur public de tenir un compte rendu précis des échanges intervenus lors du dialogue, retraçant notamment les modifications apportées à la proposition initiale par les candidats. La rédaction de ce compte rendu est strictement encadrée dans la procédure du concours (art. 74).

14.3. Attribution des marchés de maîtrise d'œuvre

des collectivités territoriales

Depuis le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011, le code des marchés publics ne prévoit plus de disposition spécifique pour l'attribution des marchés de maîtrise d'œuvre des collectivités territoriales. Les dispositions de droit commun s'appliquent (voir point 5) :

- si le marché de maîtrise d'œuvre est passé selon la procédure du concours, c'est l'assemblée délibérante qui l'attribue (art. 70-VIII). Le jury de concours formule un avis motivé sur les candidatures et sur les prestations proposées. Cet avis est consultatif ;
- si le marché est passé en procédure négociée, appel d'offres ou dialogue compétitif, c'est la commission d'appel d'offres qui l'attribue, après avis du jury ;
- si le marché est passé selon une procédure adaptée, c'est l'assemblée délibérante qui est, en principe, compétente. En application des articles L. 2122-22, L. 3221-11 et L. 4231-8 du code général des collectivités territoriales, l'assemblée délibérante peut déléguer le pouvoir d'attribution des marchés à l'exécutif local.

15. Comment choisir l'offre

économiquement la plus avantageuse ?

Avant tout appel à la concurrence, l'acheteur devra, afin d'obtenir les conditions économiques et qualitatives les plus favorables :

— définir, au mieux, son besoin, affiner sa connaissance du secteur d'activité, limiter ses exigences à ce qui est proportionné à son besoin, afin de susciter une mise en concurrence optimale et de limiter le coût des procédures ;

— connaître et adapter sa procédure aux mécanismes de formation des prix, en choisissant le bon moment et en sélectionnant la forme de prix (ferme, actualisable, révisable) lui garantissant la meilleure économie de ses achats pendant toute la durée du marché.

Il est recommandé de sélectionner les offres en usant de plusieurs critères. Le critère du mieux-disant est toujours préférable à celui du moins-disant. Le critère du prix n'est, en effet, qu'un critère parmi l'ensemble des critères de choix possibles (voir point 15.1.1). L'offre économiquement la plus avantageuse n'est donc pas assimilable au prix le plus bas, ce qui, bien entendu, ne doit pas conduire l'acheteur à minorer l'importance du critère du prix dans l'analyse des offres. L'acheteur doit, en effet, être en mesure d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.

Pour les seuls marchés de fournitures passés selon une procédure formalisée, l'acheteur peut recourir au mécanisme d'enchères électroniques inversées. Il opère, alors, la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse, par l'intermédiaire d'un système automatique de classement des offres construit sur le critère du prix le plus bas ou sur d'autres critères quantifiables (art. 54).

15.1. Les critères de choix

Les offres doivent répondre aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges ou dans les documents de la consultation.

Pour choisir la meilleure offre, l'acheteur ne peut se fonder sur la renommée de l'entreprise ou sur le souvenir d'une expérience passée pour tel marché exécuté antérieurement. Il doit clairement distinguer, d'une part, les critères de sélection des candidatures qui permettent d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats et, d'autre part, les critères d'attribution qui permettent de choisir les offres. En application des dispositions des articles 52 et 53 du code des marchés publics, la vérification de la capacité des candidats à livrer ou exécuter les produits ou les prestations objet du marché, puis l'attribution du marché sont deux opérations différentes. Les offres ne peuvent donc être jugées sur des critères qui relèvent de l'appréciation des capacités des candidats.

En procédure adaptée, néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut retenir un critère reposant sur l'expérience des candidats, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire (195).

Les critères choisis doivent toujours être objectifs, opérationnels et liés à l'objet du marché.

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

15.1.1. Le choix des critères de sélection

des offres (art. 53)

L'acheteur public peut librement choisir les critères de sélection des offres (196). Ces critères devront être rendus publics dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Ils ne doivent pas être discriminatoires, mais liés à l'objet du marché et suffisamment précis pour ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur (197).

15.1.1.1. Un ou plusieurs critères ?

Il est possible de ne choisir qu'un seul critère, compte tenu de l'objet du marché. Ce critère est alors obligatoirement le prix. On prendra garde cependant que, hormis pour les achats de fournitures ou de services standardisés, le fait de ne retenir que le seul critère du prix peut être contraire aux dispositions de l'article 53 du code (198).

Il est, en général, préférable de choisir plusieurs critères. Le prix n'est pas, dans ce cas, un critère obligatoire, si les critères retenus permettent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard à l'objet du marché (199).

Dans certains cas, le prix peut résulter de l'application d'un barème fixé par l'administration (par exemple, pour les prestations de fouilles archéologiques). Dans d'autres cas, le prix peut être imposé par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges. Ces cas exceptionnels peuvent, par exemple, se rencontrer lorsque l'acheteur connaît le prix de la prestation et qu'il veut imposer aux prestataires un prix plus bas. La mise en concurrence se fait alors sur d'autres critères qualitatifs ou de délais. Mais le risque de cette démarche est celui de la fixation d'un prix trop bas pour susciter des candidatures ou des offres ou susceptible de constituer une entrave à la concurrence (éviction des petits au profit des gros).

Toutefois, le plus souvent, le prix n'est qu'un des critères retenus par l'acheteur public. Le critère du prix n'est pas nécessairement affecté de la pondération la plus élevée. La complexité ou la nature des prestations peut imposer que ce critère ait une pondération plus faible que d'autres : ainsi, la sécurité de l'approvisionnement l'emporte-t-elle sur le prix pour une prestation de transport de produits sanguins.

Les acheteurs doivent aussi prendre en compte 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 termes d'économies résultant d'avancées technologiques ou d'innovation. Ainsi, un investissement dans des équipements conçus avec le souci de la maîtrise d'énergie ou utilisant une énergie renouvelable, s'il coûte plus cher à l'achat, est susceptible de se révéler à l'usage plus rentable qu'un équipement standard.

Les acheteurs devront, en particulier, veiller à ce qu'un achat effectué par souci

d'économie ne se révèle pas, à l'usage, plus coûteux. C'est pourquoi le coût global d'utilisation ou la rentabilité devraient, le cas échéant, figurer parmi les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

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

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

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

Le critère peut ne pas présenter de caractère uniquement économique. Il peut être, par exemple, environnemental (200). Il peut également s'agir d'un critère esthétique (201).

15.1.1.2. La transparence des critères de sélection

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

Afin de permettre aux candidats d'être « raisonnablement informés » et d'interpréter les critères d'attribution de la même manière, le caractère assez subjectif de critères tels que « la valeur technique de l'offre » ou son « caractère esthétique », impose à l'acheteur public de définir, avec précision, ce qu'il entend par ce critère, en ayant recours à des sous-critères (202). Ces sous-critères doivent alors, également, être objectifs, opérationnels et non discriminatoires.

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

— des caractéristiques techniques ou économiques attendues par l'acheteur, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères ;

— du poids de ces critères et sous-critères ;

— des informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères.

Les règles du jeu applicables doivent être connues à l'avance par les soumissionnaires. L'acheteur public est donc tenu d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou de leur hiérarchisation, dès le lancement de la

consultation, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents le règlement de la consultation. De même, si le pouvoir adjudicateur décide de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères, dès lors qu'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection (203).

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les principes fondamentaux de la commande publique impliquent l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution du marché, ainsi que, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, sur leurs conditions de mise en œuvre (204).

En procédure formalisée (205), comme en procédure adaptée (206), le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Cependant, le choix de la méthode étant déterminant sur le résultat obtenu, il doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et pouvoir en justifier devant le juge. Dans un souci de bonne administration et afin d'éviter d'éventuelles contestations, il est recommandé d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation.

Après le dépôt des offres des candidats, l'acheteur ne peut pas modifier les critères de sélection des offres (207). Il ne peut pas, non plus, modifier unilatéralement les offres des candidats. De même, les candidats ne peuvent pas modifier leurs offres, « sauf dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue » (208).

15.1.2. Les modalités de mise en œuvre

des critères de sélection des offres

Deux modalités de classement des critères peuvent être utilisées : la hiérarchisation ou la pondération.

— la hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres ;

— la pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la mieux-disante. Les modalités de la pondération relèvent de la liberté de l'acheteur.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours, la pondération est le principe. On prendra garde que le recours à la hiérarchisation ne soit possible que si la pondération est rendue impossible par la complexité du marché. Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prouver cette impossibilité (209). Dans la pratique, dès lors que chaque critère peut être affecté d'un coefficient, exprimé le cas échéant par une fourchette, une telle démonstration est très difficile (210).

Même lorsqu'elle n'est pas obligatoire (concours et procédure adaptée), la pondération est, néanmoins, recommandée. Elle est, en effet, d'un usage plus pratique que la hiérarchisation, car elle facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et

garantit, plus sûrement, le respect de l'égalité des candidats. Elle permet à chaque entreprise de connaître, avec précision, l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de son offre.

Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables (voir point 12.1.2.1) sont éliminées, sans être classées. Tel est le cas, par exemple, de l'offre inacceptable, parce qu'elle excède le budget dont dispose le pouvoir adjudicateur (211).

Il n'est pas possible de déclarer inacceptable une offre, arrivée en tête lors du classement final, parce que son prix serait jugé excessif, alors même que les crédits budgétaires alloués au marché permettent de la financer. Une telle pratique est illicite : si cette offre arrive en tête, l'acheteur public est tenu de la choisir. S'ils entendent s'en tenir à un budget limité, les acheteurs publics prendront donc garde à affecter une pondération adéquate au critère du prix.

15.2. Les offres anormalement basses

Les acheteurs doivent veiller à détecter les offres anormalement basses (212). Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base. Dès lors, et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il appartient au pouvoir adjudicateur qui se voit remettre une offre paraissant anormalement basse, dans un premier temps, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, dans un second temps, d'éliminer cette offre, si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité.

La seule circonstance que le prix proposé soit très inférieur à l'estimation de l'acheteur public ne suffit pas à justifier le rejet de l'offre. Celui-ci doit tenir compte des justificatifs fournis à sa demande par le candidat et si celles-ci ne sont pas dénuées de pertinence et ne font pas apparaître une sous-évaluation manifeste des prestations, l'offre ne peut être considérée comme anormalement basse (213). Par exemple, une entreprise de travaux peut proposer un prix qui semble anormalement bas car elle exécute déjà un marché identique à proximité. Dans cette hypothèse, elle n'a donc pas les mêmes contraintes de déploiement de nouveaux équipements fixes de chantier, ce qui lui permet de réduire ses coûts.

Le caractère anormalement bas de l'offre doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses éléments et non pas d'une partie d'entre eux, même si les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision représentaient une part substantielle du marché.

Doit être suspectée d'anormalement basse, l'offre dont le prix ne correspond manifestement pas au taux horaire usuellement pratiqué dans un secteur d'activités et qui ne correspond d'ailleurs pas au taux horaire affiché par le candidat lui-même sur son site internet.

Lorsque les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, financières et techniques de l'entreprise, le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter l'offre.

Le rejet de l'offre au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être

motivé. Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification d'offres anormalement basses ou sur leur omission (214).

Les acheteurs publics doivent donc veiller à la bonne utilisation des deniers publics et être conscients des risques, tant opérationnels que juridiques, auxquels ils s'exposent en retenant une offre anormalement basse.

16. Comment intégrer des préoccupations de développement

durable dans l'achat public ?

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

L'article 5 relatif à la définition des besoins impose au pouvoir adjudicateur de tenir compte d'objectifs de développement durable, c'est-à-dire « des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social » (215).

16.1. Les préoccupations environnementales

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

Lors de la définition et de l'expression des besoins, l'article 6 relatif aux spécifications techniques permet de définir dans les documents de la consultation des exigences en matière environnementale. Le pouvoir adjudicateur pourra se référer aux écolabels attribués par des organismes indépendants. Les écolabels sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement. Il peut ainsi poser des exigences particulières en termes de consommation d'énergie des produits qu'il achète.

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

Lors de la présentation des candidatures, l'article 45 autorise les acheteurs publics à examiner le savoir-faire des candidats, en matière de protection de l'environnement, en appréciant leurs capacités techniques, notamment, pour les marchés publics de travaux ou de services, au travers des certificats de qualification à caractère environnemental ou de tout document équivalent.

Lors de la présentation des offres, l'article 53 permet aux acheteurs publics de prendre en compte un ou plusieurs critères environnementaux, alors même qu'il ne s'agit pas de critères purement économiques (216). Un critère dénué de caractère économique peut

être de nature à déterminer la valeur de l'offre pour l'acheteur public, par exemple, pour les marchés dans lesquels la collectivité publique ne verse pas une somme donnée à son cocontractant. Tel est le cas, par exemple, des contrats de mobiliers urbains, pour lesquels le juge a admis l'utilisation d'un critère esthétique (217).

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

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

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

Une démarche d'achat respectueuse des aspects environnementaux du développement durable peut être obligatoire. Ainsi, la directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie oblige les acheteurs publics à tenir compte, au-dessus des seuils des procédures formalisées, de la performance énergétique des produits qu'ils acquièrent (218).

Pour de plus amples informations, l'acheteur est invité à se reporter au guide publié par la Commission européenne, « Acheter vert : un manuel sur les marchés publics écologiques », ainsi qu'à sa communication interprétative relative à des marchés publics pour un environnement meilleur. Il est également conseillé de consulter les guides du groupe d'étude des marchés (GEM) développement durable, environnement (219).

16.2. Le cas particulier des véhicules à moteur

L'article 75-1 (220) du code prévoit que le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte des incidences énergétiques et environnementales déterminées, lorsqu'il achète certaines catégories de véhicules (voitures particulières, véhicules utilitaires légers, poids lourds, autobus et autocars), dès lors que la valeur estimée du marché ou de l'accord-cadre est égale ou supérieure au seuil de procédure formalisée.

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

— véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou dans les installations portuaires ou aéroportuaires ;

— véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de

l'ordre ;

— machines mobiles.

Les contrats de location, location avec option d'achat, leasing ou autres instruments de ce type ne rentrent pas dans le champ d'application de la nouvelle obligation.

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

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

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

L'arrêté précise les données nécessaires aux calculs, tels que la teneur énergétique des carburants, les coûts des émissions des différents polluants et, par catégorie de véhicules, le kilométrage total sur toute la durée de vie du véhicule (221).

16.3. Les performances en matière de développement

des approvisionnements directs de produits de l'agriculture

Le code des marchés publics permet aux acheteurs publics de favoriser le développement des circuits courts de commercialisation dans le domaine des produits agricoles, à condition que cette prise en compte ne soit pas source de discrimination entre candidats et qu'elle soit de nature à satisfaire les besoins exprimés par l'acheteur public.

Un circuit court est un mode de commercialisation des produits agricoles qui s'exerce soit par la vente directe du producteur au consommateur, soit par la vente indirecte, à condition qu'il n'y ait qu'un seul intermédiaire. Le critère du circuit court n'est pas un critère géographique. L'acheteur prend en considération le circuit de fourniture et non l'implantation géographique du producteur. La localisation du producteur ne peut donc pas constituer un critère d'attribution du marché.

Le code met à disposition des acheteurs publics plusieurs outils, à différents stades du processus d'achat public, permettant de développer les circuits courts :

— l'article 5 impose au pouvoir adjudicateur de déterminer la nature et l'étendue de ses besoins. L'approvisionnement par les circuits courts permet au mieux de satisfaire ceux-ci, lorsque le pouvoir adjudicateur a exprimé le souhait de se voir garantir la fraîcheur ou encore la saisonnalité des produits. Lors de l'expression des spécifications techniques exigées par l'article 6, le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, prévoir un

approvisionnement très régulier ou exclusivement en produits de saison ;

— l'allotissement des marchés prévu par l'article 10 est également de nature à susciter une large concurrence et à faciliter la participation directe des producteurs agricoles et de leurs groupements. Il est, par exemple, possible de décomposer le marché en lots définis par type de denrées correspondant chacun à des catégories de fournisseurs différents ;

— au moment de la publicité, l'article 40 n'interdit pas au pouvoir adjudicateur de procéder à une publicité qui aille au-delà des obligations réglementaires, lui permettant ainsi de multiplier les candidatures utiles, en choisissant des supports atteignant les producteurs agricoles et leurs groupements ;

— l'article 53 permet aux acheteurs publics, lorsqu'ils achètent des produits de l'agriculture, de prendre en compte, parmi les critères de sélection des offres, les performances en matière de développement des approvisionnements directs, par exemple, en demandant qu'il soit précisé le quantum de produits que le soumissionnaire s'engage à acquérir auprès de producteurs agricoles ou d'intermédiaires se fournissant auprès de producteurs agricoles. Outre ses effets favorables sur l'environnement, la prise en compte des performances en matière de développement des approvisionnements directs permet un approvisionnement en produits de l'agriculture de qualité ;

— au moment de l'exécution du marché, l'article 14 rend possible l'insertion, dans le cahier des charges, de conditions d'exécution du marché, liées à son objet, qui prennent en compte l'impact de cette exécution sur l'environnement et, indirectement, constituent autant de moyens efficaces de privilégier les circuits courts d'approvisionnement. Il est possible dans ce cadre, par exemple, de prévoir la réduction des déplacements des véhicules de livraison, de manière à limiter la production des émissions de gaz à effet de serre.

16.4. Les préoccupations sociales

En matière sociale, le pouvoir adjudicateur a intérêt à utiliser principalement la condition d'exécution de l'article 14, qui lui permet, par exemple, de faire effectuer la prestation en intégrant des heures de travail d'insertion ou toute autre considération sociale : recommandations fondamentales de l'Organisation internationale du travail, promotion de la diversité et de l'égalité des chances... (222)

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

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

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

— la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics ;

— la promotion du commerce équitable.

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

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

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

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

— offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ;

— ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause, mais offrir plusieurs possibilités. Ainsi, par exemple, si une invitation peut être faite aux candidats de sous-traiter un lot ou une partie du marché à des structures d'insertion agréées, en revanche, est illégale la clause imposant au titulaire du marché de sous-traiter à une entreprise d'insertion agréée par l'Etat certaines prestations ;

— ne pas être discriminatoire à l'égard des candidats potentiels et s'imposer, de manière égale, à toutes les entreprises concurrentes ;

— ne pas limiter la concurrence.

16.5. Les marchés réservés

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

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.

17. Comment achever la procédure ?

17.1. La vérification de la régularité

de la situation fiscale et sociale de l'attributaire

Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché doit produire des preuves de la régularité de sa situation au regard de ses obligations sociales et fiscales. A cette fin, il doit produire des attestations et certificats délivrés par les administrations compétentes (223).

Le défaut de présentation de ces documents par le candidat rend obligatoire le rejet de son offre. Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est alors sollicité pour produire à son tour les certificats et attestations nécessaires. Cette procédure est, le cas échéant, renouvelée jusqu'à épuisement des offres classées.

Dans le cas des accords-cadres, ces documents ne sont pas exigés des attributaires de l'accord-cadre, mais uniquement des attributaires des marchés subséquents.

17.1.1. Les attestations fiscales et sociales

Pour prouver qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales, le candidat, dont l'offre a été classée première retenue, doit produire des attestations et certificats délivrés par les administrations compétentes. Il peut s'agir d'une copie de l'état annuel des certificats reçus, dont le modèle figure au formulaire NOT12 (224).

Si le montant du contrat est égal ou supérieur à 3 000 euros, le candidat retenu doit, en outre, fournir les pièces prévues aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail relatifs à la lutte contre le travail dissimulé et établissant qu'il :

— s'est acquitté des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 (225) et L. 8221-5 (226) du code du travail ;

— est à jour de ses obligations de déclaration et de paiement auprès des organismes de recouvrement que sont les URSSAF, les caisses générales de sécurité sociales et caisses d'allocations familiales et les caisses de mutualité sociale agricole. L'attestation est délivrée dans les conditions de l'article L. 243-15 du code de sécurité sociale (227). Depuis le 1er janvier 2012, le donneur d'ordre est tenu de s'assurer de l'authenticité de cette attestation auprès de l'organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale (art. D. 8222-5 et D. 8222-7 du code du travail).

Le candidat peut se procurer ces certificats et attestations officiels aux lieux fixés par l'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.

A défaut de respecter ces obligations de vérification, si son cocontractant s'avère avoir recours au travail dissimulé, le donneur d'ordre sera reconnu solidairement responsable des sommes dues par le contrevenant, en application de l'article L. 8222-2 du code du travail (228).

En cours d'exécution du contrat, les obligations pesant sur le donneur d'ordre sont de deux natures :

— un dispositif de vigilance (art. L. 8222-1 du code du travail) :

— le donneur d'ordre demande, tous les six mois (art. D. 8222-4 à D. 8222-8 du code du travail), à son cocontractant, de lui transmettre l'ensemble des pièces prévues par le code du travail (art. D. 8222-4 et D. 8222-5 du code du travail pour le cocontractant établi en France, art. D. 8222-6 à D. 8222-8 pour celui établi à l'étranger) ; ces documents sont mentionnés dans le formulaire « NOTI1 — Information au candidat retenu » ;

— à défaut, il encourt la responsabilité solidaire de l'article L. 8222-2 du code du travail ;

— un dispositif d'alerte prévu à l'article L. 8222-6 (voir point 16.1.2).

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

Le contrôle de ces dispositifs revêt une particulière importance. L'attention de l'acheteur est attirée sur le fait que, en cas d'infraction commise par son cocontractant à la réglementation relative à l'emploi d'étrangers, il sera solidairement sanctionné, s'il n'a pas procédé aux vérifications exigées.

17.1.2. Cas particulier du dispositif d'alerte

en matière de lutte contre le travail dissimulé

L'article 93 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a modifié l'article L. 8222-6 du code du travail relatif à la lutte contre le travail dissimulé (229).

Tout contrat écrit, passé par une personne morale de droit public, doit désormais prévoir qu'une pénalité peut être infligée au cocontractant qui ne respecterait pas les obligations prévues aux articles L. 8221-3 à L. 8221-5 du code du travail.

Si, dans le cadre du dispositif d'alerte, le cocontractant n'a pas donné suite à la mise en demeure de régulariser sa situation, la personne publique pourra appliquer les pénalités contractuelles ou rompre le contrat sans indemnités, aux frais et risques de l'entrepreneur.

Cette clause doit prévoir le montant des pénalités applicables dans les limites suivantes :

— il doit être, au plus, égal à 10 % du montant du contrat ;

— il peut excéder celui des amendes encourues en application des articles L. 8224-1, L. 8224-2 et L. 8224-5 du code du travail.

L'obligation imposée par l'article L. 8222-6 n'exonère pas le pouvoir adjudicateur :

— de l'obligation de vérification, avant signature du contrat (procéder aux vérifications prévues par l'article L. 8222-1 du code du travail) ;

— de la mise en œuvre du dispositif de vigilance, en cours d'exécution du contrat (obligation de demander périodiquement l'ensemble des pièces prévues par les articles D. 8222-4 et D. 8222-5 ou D. 8222-6 à D. 8222-8 de ce même code).

17.2. L'information des candidats

L'information des candidats évincés constitue une formalité essentielle d'achèvement de la procédure (230).

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

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

— l'information immédiate des candidats, dès que l'acheteur public a fait son choix sur une candidature ou une offre (art. 80) ;

— l'information à la demande des entreprises ayant participé à la consultation (art. 83).

17.2.1. L'information immédiate des candidats

17.2.1.1. L'information immédiate des candidats

en procédure formalisée

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

L'information des candidats écartés au stade de l'examen des candidatures :

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

L'information des soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue :

Lorsque l'acheteur public a sélectionné le candidat auquel il envisage d'attribuer le marché, il notifie aux autres candidats qui ont été admis à présenter une offre le rejet de celle-ci et les motifs de ce rejet. Toutefois, cette notification ayant pour effet de délier les entreprises de leur engagement, y compris lorsqu'elle a été envoyée par erreur (231), le code des marchés publics précise, pour chaque procédure formalisée, que cette information n'intervient qu'après que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché a produit les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 du code. Cette sécurité permet, en cas de défaut de production de ces documents par l'attributaire, de solliciter le candidat classé en deuxième position.

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

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

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

Il est interdit aux acheteurs publics de communiquer des renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou à l'intérêt public ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques (232).

17.2.1.2. L'information des candidats

en procédure adaptée ou négociée

L'information des candidats évincés n'est pas obligatoire pour les marchés passés selon une procédure adaptée (233) et pour les marchés négociés sans publicité préalable et mise en concurrence, passés en application des dispositions du II de l'article 35 du code. L'acheteur public peut toujours, cependant, se soumettre volontairement à cette formalité, sans que cette démarche d'information volontaire ne ferme la voie du référé contractuel. En effet, seule la publication d'un avis d'intention de conclure et le respect d'un délai de onze jours avant la signature du marché permet à l'acheteur de bénéficier des dispositions de l'article L. 551-15 du code de justice administrative (voir point 17.4).

17.2.2. L'information à la demande des candidats

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

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

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

A l'instar de l'information immédiate, les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé (234).

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

attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

La communication du montant du marché n'est pas obligatoire. Cette information figure dans l'avis d'attribution, lorsqu'un tel avis est publié.

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

17.3. Le délai de suspension de la procédure

17.3.1. Marchés ou accords-cadres passés

selon une procédure formalisée

Après l'envoi de la décision d'attribution du marché ou de l'accord-cadre, l'acheteur doit respecter un délai minimal, avant de signer le marché, sauf lorsque le marché a été attribué au seul opérateur ayant candidaté (art. 80-I [1° et 2°]). Ce délai doit être précisé dans la notification de la décision. Il est destiné à rendre possible l'exercice d'un référé précontractuel (235). Ce recours est ouvert jusqu'à la signature du contrat.

Les délais minima de suspension à respecter sont les suivants (236) :

— lorsque la décision d'attribution est envoyée par voie postale, le délai minimal est de seize jours, entre la date d'envoi de la décision et la signature du contrat ;

— lorsque la décision est envoyée par voie électronique, y compris par voie de télécopie, le délai minimal à respecter est réduit à onze jours.

Une fois le marché signé, les documents relatifs à la procédure de passation deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, dans la limite du respect du secret en matière industrielle et commerciale (237).

17.3.2. Marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre

ou d'un système d'acquisition dynamique

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

17.4. La publication d'un avis d'intention de conclure

Les marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés passés selon la procédure de l'article 35 (II) du code ne sont soumis ni à l'obligation d'information des candidats évincés, ni au respect du délai de suspension de la signature prévue au I de l'article 80.

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

— envoyer au Journal officiel de l'Union européenne un avis relatif à l'intention de conclure le contrat. Cet avis remplace alors la décision d'attribution. Il doit être établi conformément au modèle communautaire (238) ;

— respecter un délai de onze jours, entre la date de publication de cet avis et la signature du marché.

Si ces deux formalités sont respectées, permettant ainsi aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel (239), le contrat ne pourra plus faire l'objet d'un référé contractuel, après sa signature.

17.5. La notification

Un marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT doit être notifié au titulaire du marché, avant tout commencement d'exécution (240) (art. 81).

L'acheteur public veillera à procéder rapidement à la notification du marché. La pratique consistant à retarder cette notification, sans motif sérieux et sans aviser l'entreprise retenue du terme de ce retard, est à proscrire.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification est faite par l'envoi d'une copie du contrat signé par l'autorité compétente. C'est à compter de la date de notification au titulaire, que le contrat commence à produire ses effets juridiques. L'acheteur a donc tout intérêt à connaître de manière certaine la date de réception de la notification par le titulaire du contrat, par exemple par envoi en recommandé avec accusé de réception, par remise directe au titulaire contre récépissé ou par envoi électronique via le profil d'acheteur si celui-ci permet d'obtenir la preuve de la réception.

Le titulaire doit attendre d'avoir reçu la notification, avant de commencer à exécuter le contrat, faute de quoi les prestations exécutées n'auront aucune base juridique et leur paiement pourra être refusé.

Une étape supplémentaire s'intercale entre la signature et la notification, dans les cas où un contrôle de légalité du contrat est prévu. Sont concernés les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les établissements publics sociaux et médico-sociaux (241). Ce contrôle de légalité est régi par des textes législatifs particuliers : code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales (art. L. 2131-1 et suivants pour les communes, art. L. 3131-1 et suivants pour les départements, art. L. 4141-1 et suivants pour les régions) et article L. 315-14 du code de l'action sociale et des familles pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux.

La transmission effectuée dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales doit concerner tant la délibération de l'assemblée délibérante autorisant l'autorité exécutive à signer le contrat, que le contrat signé (242). Tous les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur ou égal à un seuil fixé à 200 000 euros HT par l'article D. 2131-5-1 du code général des collectivités territoriales doivent être transmis au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité, à l'exception de ceux de représentation en justice (art. 30 [5°]). Lorsque plusieurs lots sont attribués à l'issue d'une même procédure et que le montant de l'ensemble de ces lots dépasse le seuil de 200 000

euros, tous les lots doivent être transmis afin que le contrôle de légalité puisse apprécier la computation des seuils et la régularité de la procédure.

Aussi convient-il de procéder en plusieurs étapes successives :

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

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

17.6. L'avis d'attribution

La publication d'un avis d'attribution est obligatoire pour les marchés et les accords-cadres donnant lieu à une procédure formalisée (art. 85).

Le pouvoir adjudicateur doit publier l'avis d'attribution dans un délai maximal de quarante-huit 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. Pour les marchés de services de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 200 000 euros HT, l'avis est envoyé à l'Office des publications de l'Union européenne mais l'acheteur public peut en refuser la publication (art. 85-IV).

La publication de l'avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne conformément aux formulaires établis par le règlement (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 déclenche le délai de recours de trente et un jours du référé contractuel (art. R. 551-7 du code de justice administrative).

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

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

La publication d'un tel avis d'attribution permet également de faire courir le délai de deux mois du recours en contestation de validité du contrat (« recours Tropic ») à condition que

l'avis mentionne à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation afin de pouvoir être regardée comme une « mesure de publicité appropriée », au sens de la décision Tropic (243).

18. Remplir les obligations d'information a posteriori

18.1. Le recensement des marchés publics

Le recensement des achats publics est imposé par l'article 131 du code des marchés publics et son décret d'application n° 2006-1071 du 28 août 2006. Il a pour objectif d'assurer le recueil et l'exploitation de données statistiques relatives à la passation, à la notification et à l'exécution des marchés publics et accords-cadres, conformément à l'article 75 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

Pour les contrats d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les données sont obtenues par l'intermédiaire d'une fiche de recensement que doivent établir les acheteurs publics, lors de la notification du contrat, de l'avenant ou de l'acte spécial de sous-traitance, et transmise au comptable du Trésor assignataire de la dépense ou à l'Observatoire économique de l'achat public.

Pour les contrats compris entre 20 000 à 90 000 euros HT, les données sont recueillies par une enquête réalisée auprès d'un échantillon représentatif d'acheteurs publics établi tous les ans de façon aléatoire par l'INSEE (244).

18.2. La liste des marchés conclus l'année précédente

Les acheteurs doivent publier, chaque année, une liste des marchés conclus l'année précédente.

L'arrêté du 21 juillet 2011 pris en application de l'article 133 du code des marchés publics et relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices en précise les modalités :

— les administrations ont le choix du support : publication sur le profil d'acheteur ou le site internet des collectivités, publication dans la presse, etc. ;

— les marchés de plus de 20 000 euros 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, comme précisé par l'arrêté du 21 juillet 2011 ;

— doivent également figurer sur la liste l'objet et la date du marché, ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France.

19. Comment garantir la traçabilité de la procédure ?

L'acheteur public doit garder trace de l'ensemble des étapes, opérations effectuées ou événements de la procédure. Ce suivi permet, en cas de besoin, de disposer des preuves de ces événements, des différentes décisions prises, etc.

Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée,

l'établissement d'un rapport de présentation (art. 79) est une obligation. En cas de procédure dématérialisée, il retrace l'ensemble des informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique. Lorsqu'il existe une procédure de contrôle public des marchés et accords-cadres, le rapport est communiqué, en même temps que le marché ou accord-cadre, aux instances chargées du contrôle.

Pour les marchés à procédure adaptée, les marchés de l'article 30 et les marchés passés selon une procédure négociée, sans publicité ni mise en concurrence, il est recommandé à l'acheteur public, de prendre toutes les mesures propres à assurer la sauvegarde des informations lui permettant de justifier de la régularité de la procédure (procédures de publicité éventuelles, retraits des dossiers, dépôts de candidatures et d'offres, etc.). Ces mesures sont proportionnées au montant du marché, à ses caractéristiques et aux circonstances de l'achat.

Par exemple, en cas de négociation ou de dialogue compétitif, il est recommandé à l'acheteur de rédiger un compte-rendu précis des échanges intervenus lors des négociations ou du dialogue, retraçant notamment les modifications apportées à la proposition initiale par les candidats.

Enfin, il est rappelé que les acheteurs publics doivent conserver, pendant un temps suffisant, les dossiers présentés par les candidats qui n'ont pas été retenus, afin de permettre aux juridictions financières d'effectuer les vérifications prescrites par la loi (245).

20. Comment dématérialiser les marchés publics ?

La voie électronique est de plus en plus utilisée pour les échanges qui interviennent dans le processus d'achat public.

Elle s'impose, notamment, dans le cadre du système d'acquisition dynamique, procédure d'achat entièrement électronique utilisable pour les marchés de fournitures et de services courants (voir point 7.3), ainsi que pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques de plus de 90 000 euros HT. Elle peut également être rendue obligatoire, par l'acheteur, pour tout marché ; cette décision s'impose alors au candidat soumissionnaire (246).

20.1. Les modalités de la dématérialisation

Depuis le 1er janvier 2012, le pouvoir adjudicateur ne peut plus refuser, pour les marchés dont le montant est supérieur ou égal à 90 000 euros HT, de recevoir les documents des candidats par voie électronique. La transmission de documents sur papier ne pourra donc plus être imposée par le règlement de consultation.

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

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

20.2. La signature électronique des documents

transmis par voie dématérialisée

En cas de transmission électronique, tous les documents, pièces et certificats qui doivent être signés en vertu de la réglementation doivent être signés électroniquement. Tous les documents qui dans le cadre d'une procédure non dématérialisée seraient remis sur support papier « en original » avec signature sont à signer électroniquement, dans le cadre d'une procédure électronique (247). Ainsi, l'acte d'engagement qui mentionne la liste des annexes doit être signé. Tel n'est en revanche pas le cas de toutes les annexes mentionnées dans l'acte d'engagement signé. La signature du dossier compressé (« zip ») ne vaut pas signature électronique des différents documents dans ce dossier.

Quel que soit son mode de transmission, pour les marchés à procédure formalisée, l'acte d'engagement dématérialisé doit être signé électroniquement par une personne habilitée.

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

20.3. Les obligations du pouvoir adjudicateur

en cas de dématérialisation

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

QUATRIÈME PARTIE : L'EXÉCUTION DES MARCHÉS

21. 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. Néanmoins, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur assure un suivi précis et rigoureux de l'exécution des marchés afin d'éviter, notamment, toute dérive financière.

Le titre IV du code énumère différentes mesures facilitant le financement des opérateurs économiques, tout en assurant la protection des intérêts financiers des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire des deniers publics.

21.1. Le paiement direct du sous-traitant

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

des entreprises spécialisées et des petites et moyennes entreprises.

Les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations sont issus de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance et détaillés aux articles 112 à 117 du code (248).

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 l'opérateur économique au moment de sa candidature ou en cours d'exécution du marché (art. 112) ;

— la sous-traitance ne peut être totale (art. 112 et 113) ;

— l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être prononcés avant l'exécution des travaux rémunérés par le paiement (art. 114) ;

— il n'y a pas de relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Seul le titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle : il est responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par les sous-traitants (art. 113). Il en résulte que les actes spéciaux de sous-traitance ne comportent pas nécessairement toutes les mentions du contrat de sous-traitance (ou « sous-traité »), qui relèvent de la relation de droit privé entre le titulaire du marché et son sous-traitant ;

— le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct, si les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites et que le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC (art. 115 à 117). Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite. Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la loi (art. 7 et 15 de la loi n° 75-1334 précitée) ;

— le sous-traitant ne bénéficie pas de l'ensemble des dispositions financières du marché, mais uniquement de celles figurant à l'acte spécial de sous-traitance. Il ne bénéficie donc pas de droit des clauses de variation des prix inscrites dans le marché liant la personne publique au titulaire. Il ne peut prétendre qu'à l'application du contrat de sous-traitance et de ses éventuelles clauses de variation de prix.

Le remboursement de l'avance versée au sous-traitant ne peut se faire par précompte sur les sommes dues au titulaire, car le circuit financier entre le sous-traitant et le pouvoir adjudicateur est distinct de celui entre le titulaire et le pouvoir adjudicateur. Il doit s'imputer sur les sommes dues au sous-traitant à titre d'acomptes, de paiement partiel définitif ou de solde.

Les sous-traitants peuvent être réglés rapidement, grâce à la simplification de la procédure de paiement. Ils doivent adresser leur 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 quinze 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 quinze jours précédemment mentionné, si le titulaire n'a notifié aucun accord ou refus au pouvoir adjudicateur.

21.2. Les avances

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

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

Le montant à partir duquel cette avance est obligatoirement accordée au titulaire ou au sous-traitant d'un marché est de 50 000 euros HT (art. 87). Pour le calcul de l'avance versée au sous-traitant, ce montant s'apprécie par rapport au marché et non par rapport aux prestations sous-traitées. Toutefois, cette obligation ne s'impose que si le délai d'exécution du marché est supérieur à deux mois. Le montant minimum de l'avance est fixé à 5 %.

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

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

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

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

Dans le cas où le marché prévoit un montant minimum :

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

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

Dans le cas où le marché ne prévoit pas de minimum, ni de maximum ou comporte un

minimum et un maximum fixés en quantité :

— si la durée du bon de commande est inférieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant, toutes taxes comprises, du bon de commande ;

— si la durée du bon de commande est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant du bon de commande, divisé par la durée du bon de commande exprimée en mois.

Lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 %, les collectivités territoriales ont la possibilité de conditionner le versement de la constitution d'une garantie à première demande (art. 89).

Les montants fixés par le code sont des minima. L'acheteur public peut toujours décider de verser des avances d'un montant plus élevé. Cette pratique peut être utile, notamment en période de difficultés économiques, pour aider les entreprises à exécuter le marché dans de bonnes conditions. Le montant de l'avance ne peut toutefois pas excéder 30 % du montant du marché ou 60 % si l'entreprise qui en bénéficie (titulaire ou sous-traitant) constitue une garantie à première demande.

Lorsque le titulaire est un groupement d'entreprises, le droit à l'avance s'apprécie par rapport au montant total du marché, de la tranche ou du bon de commande et non par rapport au montant de la part des prestations devant être exécutées par chacun de ses membres. De même, en cas de sous-traitance, l'assiette de l'avance est le montant de la part sous-traitée. Lorsque le titulaire bénéficie de l'avance, le sous-traitant bénéficiaire du paiement direct peut en bénéficier également. En revanche, le refus du titulaire de bénéficier de l'avance n'empêche pas les sous-traitants de demander à en bénéficier en application de l'article 115 (2°) du code.

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).

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

21.3. Les acomptes

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

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

21.4. L'encadrement des garanties financières

exigées des titulaires de marchés publics

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

A défaut de la formulation de telles réserves dans le délai de garantie, cette retenue de garantie doit être remboursée un mois, au plus tard, après l'expiration du délai de garantie. Il serait, en effet, inadmissible de retarder le paiement du titulaire du marché sans justification. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par le décret mentionné à l'article 98 du code des marchés publics (249).

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

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

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

21.5. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur

de respecter un délai global de paiement

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

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

Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le

titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéficiaire d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Les modalités de mise en œuvre du délai global de paiement des marchés publics et de calcul des intérêts moratoires sont détaillées par le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics. Il est recommandé aux personnes publiques contractantes de préciser dans leurs marchés le délai maximum de paiement sur lequel elles s'engagent. La personne publique contractante peut, quel que soit le montant du marché, s'engager, si elle l'estime nécessaire, sur un délai global maximum inférieur au délai global maximum réglementaire. Toute clause stipulant un délai supérieur à ce dernier serait nulle.

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

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

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

Dans tous les cas, pour la liquidation des intérêts moratoires, le taux à prendre en compte est le taux en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir. Durant l'exécution d'un marché public, plusieurs retards de paiement peuvent survenir. Conformément à l'article 5 du décret du 21 février 2002, il convient d'appliquer le taux en vigueur au moment du retard de paiement pour la liquidation des sommes dues au titre des intérêts moratoires. Cela signifie que, dans le cadre d'un marché pluriannuel, la valeur de ce taux peut varier en fonction de la date à laquelle est survenu l'incident.

La formule de calcul des intérêts moratoires est la suivante :

montant du principal TTC × nb jours de retard × taux IM

nb jours de retard

montant du principal TTC ×

× taux IM

365

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

montant des IM x nb jours de retard sur IM x taux IMC (250)

nb jours de retard sur IM

montant des IM x

x taux IMC (250)

365

Les intérêts moratoires sont de droit, sans formalité, dès lors que le délai maximum de paiement est dépassé. Il n'est pas admissible de chercher à échapper au paiement d'intérêts moratoires dus, au motif que les entreprises n'osent pas demander leur paiement.

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

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

Attention : la transposition de la directive 2001/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, qui doit intervenir avant le 16 mars 2013, rendra nécessaire la modification de l'ensemble de ce dispositif, y compris du décret du 21 février 2002.

21.6. Le versement de primes de réalisation anticipée

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

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

Il est recommandé aux acheteurs publics de mettre en place de telles primes, souvent plus efficaces que des pénalités de retard (251).

21.7. La cession et le nantissement de créances

Le titulaire du marché et tout sous-traitant qui bénéficie du paiement direct peuvent céder ou nantir à des établissements de crédit ou à une autre entreprise leur créance, dans les conditions prévues aux articles 106 à 110 du code des marchés publics.

A cette fin, le pouvoir adjudicateur remet au titulaire et à tout sous-traitant payé directement, à leur demande, soit une copie de l'original du marché, de l'avenant ou de

l'acte spécial de sous-traitance indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire, soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle défini par l'arrêté du 28 août 2006 relatif au certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics.

Le titulaire du marché remet cet exemplaire unique ou ce certificat de cessibilité à son cessionnaire (ou au bénéficiaire du nantissement). Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant et lui fait parvenir l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité.

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

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

La notification ou la signification doit impérativement être faite auprès du comptable public assignataire des paiements, seul habilité à la recevoir. Il est utile que les services ordonnateurs rappellent ce point au cessionnaire en vue du paiement au bon bénéficiaire.

Le dispositif de l'exemplaire unique (certificat de cessibilité) empêche 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.

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

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

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

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

21.8. Les avenants et décisions de poursuivre

Lorsque l'économie et l'objet d'un marché ne sont pas remis en cause, il est possible, si besoin est, de poursuivre l'exécution des prestations au-delà du montant prévu par le marché. Toutefois, cette situation requiert la conclusion d'un avenant ou la prise d'une

décision de poursuivre, que les prix du marché soient forfaitaires ou unitaires. En effet, le montant évaluatif d'un marché à prix unitaires engage les parties, au même titre que le montant d'un marché à prix forfaitaires : l'avenant ou la décision de poursuivre est alors indispensable même si, seules, les quantités sont affectées et non les prix unitaires eux-mêmes.

21.8.1. L'avenant

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses. 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 (art. 20).

Dans un arrêt du 19 juin 2008 (252), la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que la modification d'un marché public en cours de validité doit être considérée comme substantielle et ne peut donc être effectuée par avenant :

— lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (point 35 de la jurisprudence précitée) ;

— lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus (point 36 de la jurisprudence) ;

— lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial (point 37 de la jurisprudence).

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

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

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

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

Dans ces hypothèses, la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique (cf. l'avis du 8 novembre 2000 de la section des finances du Conseil d'Etat sur les cessions de contrats de marchés publics ou de

délégation de service public, n° 364803). Aussi, après appréciation des garanties professionnelles et financières que peut apporter le cessionnaire reprenant le contrat, pour assurer la bonne fin du contrat, la personne publique cocontractante ne peut refuser la cession que pour un motif tiré des garanties en capacité insuffisantes du repreneur. Si la cession lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie du contrat, la collectivité publique est tenue de refuser son autorisation.

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

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

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

21.8.2. La décision de poursuivre

La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui a pour objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe (art. 118). Elle ne doit, en aucun cas, bouleverser l'économie du marché ni en affecter l'objet. Il n'est donc pas possible de recourir à la décision de poursuivre pour introduire des prestations différentes de celles du marché ou de nouveaux prix. Elle ne peut donc être utilisée que pour modifier la quantité des prestations prévues au contrat initial.

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

Les conditions dans lesquelles l'acheteur peut utiliser la décision de poursuivre doivent être prévues dans le marché. Elle permet d'engager les travaux imprévus nécessaires à la réalisation de l'ouvrage dans des délais courts, sur la base des prix initialement prévus au marché.

22. Comment prévenir et régler, à l'amiable, un différend

portant sur l'exécution des marchés publics ?

22.1. Prévenir les litiges :

le recours à « l'interlocuteur unique »

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

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

22.2. Le règlement amiable des différends

La plupart des différends en cours d'exécution du marché sont réglés selon les procédures prévues par le cahier des charges. La persistance de différends importants ne doit pas conduire à une saisine systématique du juge. Plusieurs modes de règlement amiable sont à la disposition des acheteurs publics.

22.2.1. Les comités de règlement amiable des différends

ou litiges relatifs aux marchés publics (253)

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

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

La saisine d'un comité interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend les délais de recours contentieux.

Les règles relatives à la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des CCRA sont fixées par le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 (254).

22.2.2. La conciliation

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

Elle peut s'achever par une transaction.

22.2.3. La transaction

On se reportera sur ce point à la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des

contrats de la commande publique.

22.2.4. L'arbitrage

L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées par l'article 128 du code des marchés publics.

La sentence arbitrale a un caractère juridictionnel (255).

CINQUIÈME PARTIE : LES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX ENTITÉS ADJUDICATRICES

Les entités adjudicatrices sont soumises aux mêmes règles que les pouvoirs adjudicateurs, à l'exception des dérogations expressément mentionnées dans la deuxième partie du code.

23. Quels sont les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices et quelles règles particulières de passation des marchés leur sont applicables ?

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics sont qualifiés d'entités adjudicatrices, lorsqu'ils passent des marchés en tant qu'opérateurs de réseaux dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ils sont alors soumis à des règles sensiblement différentes, plus souples, qui transposent la directive « secteurs » n° 2004/17/CE du 31 mars 2004. Une même personne publique sera donc qualifiée de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice, selon la nature de l'activité au titre de laquelle elle passe un marché public.

23.1. Les activités d'opérateurs de réseaux

Les marchés et accords-cadres des entités adjudicatrices concernés sont ceux qui sont en rapport avec l'activité d'opérateur de réseau définie à l'article 135 du code des marchés publics ou servent à l'exercice de cette activité (256) (voir point 20.1.6).

Le contrat, par lequel l'entité adjudicatrice confie à un tiers la gestion et l'exploitation du réseau, ne constitue pas une activité d'opérateur de réseau (257). En effet, par cet acte, la personne publique se dessaisit du réseau et perd sa qualité d'entité adjudicatrice pour reprendre sa qualité de pouvoir adjudicateur. En revanche, la mise à disposition du réseau constitue une « activité » d'opérateur de réseau, au sens de l'article 135.

23.1.1. Les activités soumises au code en matière

d'électricité, de gaz ou de chaleur

a) L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur ;

b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ;

c) L'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur.

Le pouvoir adjudicateur soumis au code doit respecter les règles définies dans la deuxième partie, relatives aux entités adjudicatrices lorsque :

— soit il exploite lui-même le réseau ;

— soit il effectue des achats permettant de construire, d'organiser et de mettre le réseau à la disposition d'un tiers auquel sera attribuée la gestion du réseau conformément aux différents modes de dévolution autorisés. Il peut également s'agir du cas où la réfection du réseau ou son extension reste, malgré le contrat d'exploitation, à la charge de l'entité adjudicatrice propriétaire du réseau ;

— soit il alimente le réseau.

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

a) L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ;

b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ;

c) L'alimentation de ces réseaux en eau potable ;

d) Les marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées aux trois alinéas précédents, lorsque ces marchés sont liés soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées, soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets.

23.1.3. Les activités soumises

au code en matière de transport

a) L'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique ;

b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

23.1.4. Les activités postales

La Poste n'entre pas dans le champ d'application du code. Il s'agit ici des activités postales exercées par certains ministères, comme celui de la défense (service de la poste interarmées).

23.1.5. Les autres activités

a) Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique, dans le but de

prospector ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.

b) Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux de transport (exemple : les activités relatives à l'exploitation de l'espace aérien ou maritime).

23.2. Les exceptions à l'application

du code des marchés publics

Les articles 136 à 140 énumèrent les cas dans lesquels les marchés passés par les entités adjudicatrices ne sont pas soumis aux règles de procédure et de publicité du code des marchés publics.

Ces dispositions visent :

a) Les cas pour lesquels l'application des règles du code est exclue à raison des circonstances de l'achat. Sont ici visées les exclusions de l'article 3 du code applicables aux pouvoirs adjudicateurs (art. 136).

b) Les cas de certains marchés passés par l'entité adjudicatrice ou le groupement d'entités adjudicatrices avec des organismes particuliers. La justification de l'exclusion tient à la nature de l'organisme cocontractant. Il s'agit ici d'exclure du champ du code les contrats passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise qui lui est liée lorsqu'on peut considérer qu'il s'agit de prestations effectuées en interne. Il s'agit d'un cas particulier de prestations intégrées plus large que les prestations de quasi régies pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 138 et 139, voir point 3.1 du présent guide).

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

23.3. 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.

23.3.1. Les seuils applicables

Le seuil particulier de procédure formalisée applicable aux marchés de fournitures et de services passés par les entités adjudicatrices est fixé au III de l'article 144 du code des marchés publics (258).

Le seuil de dispense de procédure n'est pas de 15 000 euros HT, comme pour les pouvoirs adjudicateurs, mais de 20 000 euros HT. Il en est de même du seuil à partir duquel le contrat doit faire l'objet d'un écrit et doit être notifié avant tout commencement d'exécution (art. 141 et 171).

Le seuil applicable aux marchés de travaux est le même, mais ne s'évalue pas de la

même manière. Il convient, en effet, de prendre en compte non seulement la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération et pouvant porter sur un ou plusieurs ouvrages, à laquelle on ajoute la valeur des fournitures, mais aussi les services (à l'exception des services de maîtrise d'œuvre) nécessaires à leur réalisation que l'entité adjudicatrice met à la disposition des opérateurs. Les entités adjudicatrices disposent, en effet, souvent de bureaux d'étude intervenus en amont de la procédure et susceptibles d'apporter leur expertise à l'entreprise titulaire du marché.

23.3.2. Le choix des procédures

A la différence des pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices peuvent recourir librement à la procédure négociée, avec mise en concurrence.

Seule la procédure négociée sans mise en concurrence est restrictivement encadrée ; on retrouve à peu de choses près les mêmes cas que ceux de la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence prévus pour les pouvoirs adjudicateurs.

La procédure de dialogue compétitif n'est pas prévue pour les entités adjudicatrices. Cette situation est justifiée par le fait que, dans tous les cas, les entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée avec mise en concurrence d'usage plus aisé. Cependant, elles peuvent s'inspirer de la procédure du dialogue pour mener leurs négociations.

23.3.3. Le système de qualification

des opérateurs économiques

Le système de qualification des opérateurs économiques est un système de présélection d'opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations. Il permet de constituer un vivier, dans lequel l'entité adjudicatrice peut choisir les futurs titulaires de ses marchés. L'entité adjudicatrice peut même recourir à un système de qualification mis en place par un tiers. Il s'agit d'un système de présélection de candidats potentiels et non de la phase de sélection des candidatures pour un marché donné (art. 152 à 155). L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de mettre en concurrence tous les opérateurs économiques ainsi présélectionnés, mais peut, dans le respect des prescriptions du code, lancer une procédure en ne consultant que certains d'entre eux.

23.3.4. Les variantes

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

23.3.5. 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 plus de 50 % 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, à celle qui en contient moins que ce pourcentage (art. 159).

23.3.6. 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).

23.3.7. Nombre minimal de candidats admis

En appel d'offres restreint et en procédure négociée avec mise en concurrence, les entités adjudicatrices ne sont pas tenues de fixer un nombre minimal de candidats admis à déposer une offre (art. 162 et 165).

23.3.8. Marchés de maîtrise d'œuvre

Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues de recourir au concours pour les marchés de maîtrise d'œuvre (art. 168), contrairement aux pouvoirs adjudicateurs pour lesquels le concours est, sauf exceptions, une procédure imposée.

23.3.9. 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).

En particulier, sauf stipulation contractuelle contraire, l'entité adjudicatrice n'est pas liée par un principe d'exclusivité et peut passer des commandes à d'autres opérateurs que son ou ses cocontractants, sous réserve d'appliquer les principes fondamentaux de la commande publique et de respecter les règles de passation. Cette faculté ne dispense pas les entités adjudicatrices de respecter leur engagement à passer des commandes à hauteur du minimum prévu par le contrat le liant avec son ou ses fournisseurs principaux.

23.3.10. Modalités de publicité

L'avis de préinformation prend le nom d'avis périodique indicatif (art. 149) et assure une double fonction :

- la même fonction que l'avis de préinformation des pouvoirs adjudicateurs ;
- tenir lieu d'avis d'appel public à la concurrence, lorsqu'il comporte les mentions complémentaires suivantes (art. 151) :
 - la référence des prestations, objet du marché ;
 - la mention que l'avis ne sera suivi d'aucun avis d'appel public à la concurrence ;

— une invitation à se faire connaître, adressée aux opérateurs économiques intéressés.

L'entité adjudicatrice doit ensuite adresser à ces opérateurs économiques une lettre complétant l'avis et les invitant à remettre une offre. Cette lettre doit toutefois avoir été adressée dans le délai de douze mois suivant la publication de l'avis, sans quoi celui-ci devient caduc.

En outre, les entités adjudicatrices ont trois types de formulaires concernant l'avis d'appel public à la concurrence. En effet, à la différence des pouvoirs adjudicateurs, elles peuvent utiliser le modèle d'avis périodique indicatif ou celui de l'avis sur l'existence d'un système de qualification en plus du modèle classique d'avis de marché. Cette possibilité doit leur permettre de raccourcir les délais de procédures (art. 150).

Enfin, le délai de transmission pour publication des avis d'attribution est fixé à deux mois, alors qu'il est fixé à quarante-huit jours pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 172).

Conclusion : maîtriser l'achat public

1. Les responsabilités croissantes données aux acheteurs publics, en particulier par les réformes opérées depuis 2006, doivent les amener à être particulièrement attentifs à l'organisation de leurs services d'achat et à la formation des personnels qui en ont la charge. L'achat public requiert une formation particulière, notamment lorsqu'il recourt à la technique de la négociation. En effet, le respect des règles de procédure ne suffit pas, à lui seul, à garantir la qualité d'un achat et la meilleure gestion des deniers publics.
2. Le strict respect des règles de droit est indispensable. Il est, le cas échéant, sévèrement sanctionné par le juge (juge du référé précontractuel, juge du référé contractuel doté du pouvoir d'infliger des amendes à l'acheteur public (259), juge des comptes, juge pénal (260), juge européen). La traçabilité de la procédure est essentielle ; les acheteurs publics devront tout particulièrement y veiller pour les marchés relevant de la procédure adaptée ou passés sans publicité ni mise en concurrence. Les acheteurs publics sont invités à suivre les recommandations du Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics (261).
3. Pour guider les acheteurs dans l'exercice de leurs responsabilités et pouvoir, à tout moment de la procédure, justifier des choix opérés, il est recommandé aux acheteurs publics d'adopter un guide de déontologie, qui devra régir tant le comportement de leurs services d'achats que celui des décideurs finaux. Ce guide pourra utilement contenir, par exemple, des règles relatives à l'interdiction des cadeaux et des invitations, à la déclaration de liens éventuels de toute nature des agents publics avec un fournisseur particulier, à l'obligation des responsables des services d'achat de prendre des congés d'une durée suffisante, à l'accès, à la sécurisation et à l'archivage des documents de toute nature retraçant les échanges avec les fournisseurs, etc. (262).
4. L'attention des acheteurs est attirée, enfin, sur le fait que la plupart des documents relatifs à la passation d'un marché public constituent des documents administratifs communicables à toute personne en faisant la demande (263).

Le ministre de l'économie,

des finances et de l'industrie,
François Baroin
Le ministre de l'intérieur,
de l'outre-mer, des collectivités territoriales
et de l'immigration,
Claude Guéant
La ministre du budget, des comptes publics
et de la réforme de l'Etat,
porte-parole du Gouvernement,
Valérie Pécresse

(1) Notamment le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique. (2) Décret n° 2011-1104 du 4 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité qui transpose la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. (3) Ces seuils résultent du décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique et sont applicables jusqu'au 31 décembre 2013. (4) <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>. (5) Certains établissements publics à caractère administratif de l'Etat sont soumis à un double régime, voir point 1.3. (6) Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. (7) Attention, dans ce cas, au risque d'une éventuelle gestion de fait, soumise à l'appréciation du juge des comptes. (8) Pour plus de précisions, voir la fiche technique « Les pouvoirs adjudicateurs » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (9) 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. (10) Article 3 de l'ordonnance. (11) Pour plus de précisions, voir la fiche « Marchés publics et autres contrats publics » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (12) Article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier. (13) Sur ce point, voir la fiche « Marchés publics et autres contrats publics » précitée. (14) CE, 26 mars 2008, région de la Réunion, n° 284412 ; CE, 23 mai 2011, commune de Six-Fours-les-Plages, n° 342520. (15) Respectivement, CE, 4 novembre 2005, société Jean-Claude Decaux, n° 247298, et CE, 10 février 2010, société Prest'action, n° 301116. (16) CE, 22 février 1980, SA des Sablières modernes d'Aressy, n° 11939. (17) CE, 10 février 2010, société Prest'action, n° 301116. (18) Le terme d'opérateur économique couvre à la fois les notions d'entrepreneur, de fournisseur et de prestataire de service, lesquelles désignent toutes les personnes, physiques ou morales, y compris les personnes publiques et les groupements de telles personnes, qui offrent la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la prestation de services ou la livraison de fournitures sur le marché (article 1er [8°] de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services). (19) CJCE, 23 avril 1991, Höfner, aff. C-41/90. (20) CE Sect., commune d'Aix-en-Provence, n° 284736. (21) CE, avis, 8 novembre 2000, société Jean-Louis Bernard consultants, n° 222208. (22) CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98. (23) Dans la terminologie communautaire, on parle de situation « in house ». Pour plus d'informations, voir la fiche technique « Les contrats de quasi-régie » consultable à l'adresse suivante :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (24) CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03. (25) Voir la circulaire n° COT/B/11/08052/C relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) du 29 avril 2011, ainsi que la fiche « Publication de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/textes-regissant-marches-publics>. (26) CJCE, 19 avril 2007, Asemfo, aff. C-295/05. (27) CE, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS), n° 300481. (28) CJCE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant, aff. C-324/07. (29) CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928 (30) CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, aff. C-320/91. (31) CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928. (32) Voir avertissement liminaire au présent guide. (33) La commande de réalisation d'une œuvre d'art est soumise au code des marchés publics. Une procédure particulière peut toutefois être prévue. Ainsi, l'article 71 du code renvoie au décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 modifié 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. (34) CE, 4 juillet 2008, société Colas Djibouti, n° 336028. (35) CE, 29 juillet 1998, commune de Léognan, n° 190452. (36) CE, 8 août 2008, région Bourgogne, n° 307143. (37) CE, 15 décembre 2008, communauté urbaine de Dunkerque, n° 310380. (38) CE, 23 novembre 2011, communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570. (39) Arrêté modifié par l'arrêté du 3 octobre 2011. (40) Par exemple : CE, 11 septembre 2006, commune de Saran, n° 257545. (41) Les prestations supplémentaires ne doivent pas être confondues avec les variantes (cf. point 4.5) ni avec les options (cf. point 10.2.1.2). Pour plus de détails, voir la fiche « Options et prestations supplémentaires éventuelles » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (42) CE, 15 juin 2007, ministre de la défense, n° 299391. (43) CE, 5 janvier 2011, société Technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc, n°s 343206 et 343214. (44) Par exemple, un prix dégressif à partir du moment où le minimum du marché a été atteint (CE, 8 mars 1999, M. Pelte, n° 133198) ou un prix réduit si le pouvoir adjudicateur s'engage à respecter un délai de paiement plus court que le délai maximal prévu par la réglementation. (45) Par exemple, proposer la construction d'un catamaran alors que la mise en concurrence portait sur celle d'un monocoque : CE, 28 juillet 1999, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et société Océa, n°s 186051 et 186219 (46) Attention, en application de l'article 157 du code des marchés publics, le régime est différent pour les entités adjudicatrices : voir point 23.3.4 du présent guide. (47) Au III de l'article 50, la phrase : « Les variantes sont proposées avec l'offre de base » a été supprimée. (48) CJCE, 17 septembre 1998, Commission c/Royaume de Belgique, aff. C-323/96, CE Ass., 5 mars 1999, président de l'Assemblée nationale, n° 163328. (49) Pour les services déconcentrés de l'Etat, le service des achats de l'Etat peut, lorsqu'il considère que ce niveau est le plus pertinent, décider qu'il appartient au préfet de région d'organiser les procédures de consultation et de conclure les marchés répondant à un besoin évalué au niveau régional (art. 4 du décret n° 2009-300 du 17 mars 2009 portant création du service des achats de l'Etat). (50) Décret n° 2007-482 du 29 mars 2007 autorisant la ministre de la défense à déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics et d'accords-cadres. (51) Depuis le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, la notion de personne responsable du marché a été supprimée. Le fait qu'un article du code des marchés publics ne mentionne pas l'autorité compétente pour effectuer un acte signifie qu'il appartient à la collectivité concernée de déterminer, compte tenu de son organisation et des règles qui lui sont applicables, qui est la personne compétente pour effectuer cet acte. (52) Lorsque le marché est passé selon une procédure qui impose l'intervention de la CAO. (53) Le code des marchés public prévoit dans certains cas l'utilisation de procédures spécifiques. Ainsi, les conditions dans

lesquelles sont passés les marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application de dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques sont précisées par le décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 modifié 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 (art. 71 du code des marchés publics). (54) CAA Versailles, 22 février 2007, préfet de l'Essonne, n° 05VE01994. (55) CE, 1er juin 2011, société Koné, n° 346405. (56) Ces missions ne doivent pas être confondues avec les missions d'ordonnancement, de pilotage et de coordination du chantier mentionnées au 7° de l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. (57) CE, 11 août 2009, communauté urbaine Nantes Métropole, n° 319949. (58) Notion utilisée principalement dans le cadre des marchés de travaux. (59) CE, 30 juin 2004, OPHLM Nantes-Habitat, n° 319949. (60) CE, 21 mai 2010, commune d'Ajaccio, n° 333737. (61) CE, 20 mai 2009, commune de Fort-de-France, n° 311379. (62) CE, 9 décembre 2009, département de l'Eure, n° 328803, CE, 27 octobre 2011, département des Bouches-du-Rhône, n° 350935. (63) CE, 11 août 2009, communauté urbaine Nantes métropole, n° 319949. (64) CE, 23 juillet 2010, région de la Réunion, n° 338367. (65) Pour plus de précisions, voir la fiche « La procédure de conception-réalisation » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (66) TA Lyon, 14 juin 1996, M. Chamberlain c/conseil régional de l'ordre des architectes de Rhône-Alpes, n° 960.2420. (67) CE, 8 juillet 2005, communauté d'agglomération de Moulins, n° 268610. (68) CAA Nancy, 5 août 2004, M. Delrez c/commune de Metz, n° 01NC00110. (69) CE, 28 décembre 2001, conseil régional de l'ordre des architectes c/département du Puy-de-Dôme, n° 221649. (70) CE, 17 mars 1997, Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale, n°s 155573, 155574 et 155575. (71) Article 74 modifiant l'article 18-I de la loi MOP du 12 juillet 1985. (72) Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique. (73) Créés par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 susmentionné. (74) A noter que les établissements publics de santé peuvent conclure de tels contrats sans justifier de ces conditions (cf. art. L. 6148-7 du code de la santé publique). (75) Pour plus d'informations, voir la fiche « Les marchés à bons de commande » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (76) Tous les termes du contrat doivent figurer dans le marché à bons de commande. Les modalités de détermination des prix doivent donc également figurer dans le marché, ce qui suppose des prestations identifiées précisément dans le marché, identiques et répétitives. Lorsque le prix ou la définition de la prestation ne peut être déterminé de cette manière (par exemple pour des travaux de terrassement, pour lesquels le prix sera fonction de l'ampleur des prestations à effectuer, de la nature du terrain, de son accessibilité, etc.), la formule à choisir est celle de l'accord-cadre (éventuellement monoattributaire) et non celle du marché à bons de commande. (77) Les éléments constitutifs de la mission de base sont insécables. Les bons de commandes ne sauraient être utilisés par l'acheteur public pour scinder la mission de base en violation de la loi MOP. (78) CE, 18 janvier 1991, ville d'Antibes contre SARL Dani, n° 91344. (79) Ce qui implique la compétence de la commission d'appel d'offres pour l'attribuer (art. 30-II [3°]) et la publication d'un avis d'attribution (art. 30-II [2°]). (80) CE, 18 juin 2010, office public d'aménagement et de construction Habitat Marseille Provence, n° 335611. (81) Qui ne doivent pas être confondus avec des ordres de service. (82) Pour faciliter la mise en œuvre de cette solution d'un point de vue comptable, il est conseillé de prévoir dans le marché que le paiement des prestations commandées peut avoir lieu après le terme du marché, lorsque le bon de commande a été émis avant cette date butoir. (83) CE, 29 octobre 2010, Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest

de Versailles (SMAROV), n° 340212. (84) Pour plus d'informations, voir la fiche technique « Les accords-cadres » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (85) Une entité adjudicatrice peut établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques, système de présélection des opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations, dans les conditions précisées aux articles 152 à 155 du code des marchés publics. (86) CE, 20 mai 2009, ministre de la défense, n° 316601. (87) Rép. min. n° 25591, JO Sénat, 1er mars 2007, p. 459. (88) Voir, par exemple, CAA Bordeaux, 15 janvier 1996, Société routière du Languedoc, n° 94BX00533. (89) Dans ce cas, la possibilité de confier à un autre prestataire la suite de la mission n'est possible que dans les conditions définies par cet article : « Lorsqu'en cas de défaillance d'un maître d'œuvre, titulaire d'une mission de base, le maître de l'ouvrage confie une mission partielle à un autre maître d'œuvre afin de poursuivre l'opération, l'ensemble des éléments de mission, ceux effectués par le titulaire du premier contrat et ceux confiés au nouveau maître d'œuvre, doit respecter le contenu de la mission de base ». (90) Pour plus d'informations sur cette procédure, voir le guide pratique « Dématérialisation des marchés publics », disponible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-dematerialisation-mp.pdf. (91) Le système d'acquisition dynamique a été étendu aux services courants par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique. (92) Règlement (CE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n° 1564/2005. (93) CE, 29 novembre 2000, commune de Païta, n° 205143. (94) CE, 7 juin 2010, ville de Marseille, n° 316528. (95) CJCE, 5 octobre 2000, Commission c/République française, aff. C-16/98. (96) CE, 26 juillet 1991, commune de Sainte-Marie, n° 117717. (97) CE, 26 septembre 1994, préfet d'Eure-et-Loir, n° 122759. (98) CE, 8 février 1999, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine, n° 156333. (99) CJCE, 5 octobre 2000, Commission c/République française, aff. C-16/98. (100) Par exemple, CAA Lyon, 2 février 2004, société Michel Charmettan Construction, n° 98LY01271. (101) <http://www.economie.gouv.fr/daj/question-sur-les-marches-publics>. Messagerie : daj-marches-publics@finances.gouv.fr. (102) Ses coordonnées figurent sur le site dédié aux acheteurs publics locaux, à l'adresse suivante : http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/cell_info.html. Téléphone : 04-72-56-10-10. (103) La mission, l'organisation et les modalités de fonctionnement de la CCMP sont précisées par le décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009. (104) CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98. (105) Cons. const., décision n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. (106) CE, avis, 29 juillet 2002, société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921. (107) CE, 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, n° 317671. (108) CE, 10 mai 2006, Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise, n° 286644. (109) Au Journal officiel de l'Union européenne, au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. (110) Arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres. (111) Y compris par envoi électronique d'un avis papier scanné, par télécopieur : + 352-2929-42-670 ; par courriel : ojs@publications.europa.eu. (112) Les formulaires en ligne sont accessibles dans la rubrique « eNotices » de la SIMAP à l'adresse suivante : <http://simap.europa.eu/enotice>. (113) Règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007. (114) CE, 8 août 2008, ville de Marseille, n° 312370. (115) Pour aider les acheteurs dans la rédaction de leurs avis, la DAJ propose, sur le site internet du ministère de l'économie, une notice d'utilisation des formulaires européens, consultable à l'adresse suivante :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (116) CE, 8 août 2008, commune de Nanterre, n° 309136. (117) CE, 14 mai 2003, communauté d'agglomération de Lens-Liévin, n° 251336. (118) Le texte de l'accord sur les marchés publics est accessible sur le site internet de l'Organisation mondiale du commerce, rubrique « Marchés publics » (http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gproc_f.htm). (119) CE, 24 octobre 2008, communauté d'agglomération de l'Artois, n° 313600, CE, 20 mai 2009, ministre de la Défense, n° 316601. (120) CE, 17 novembre 2006, ANPE, n° 290712. (121) CE, 26 mars 2008, communauté urbaine de Lyon, n° 303779. (122) CE, 21 novembre 2007, département du Var, n° 300992. Les formulaires DC1 et DC2 ont remplacé les anciens formulaires DC4 et DC5. Il s'agit de modèles proposés aux acheteurs publics et aux candidats aux marchés publics par le ministère en charge de l'économie, afin de simplifier les opérations d'achat et sécuriser les procédures. Ils sont accessibles à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>. (123) CE, 8 août 2008, commune de Nanterre, n° 309136. (124) CE, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, n° 229566. (125) CE, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, n° 229566. (126) CE, 8 février 2008, commune de Toulouse, n° 303748. (127) CE, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (SMIRGEOMES), n° 305420. (128) CE, 22 décembre 2008, communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance, n° 311268. (129) CE, 6 mars 2009, commune de Savigny-sur-Orge, n° 315138. (130) Le formulaire standard européen d'avis de marché et son manuel d'utilisation sont accessibles à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>. (131) CE, 3 octobre 2008, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe (SMIRGEOMES), n° 305420. (132) CE, 16 novembre 2005, ville de Paris, n° 278646. (133) Voir le guide pratique « Dématérialisation des marchés publics » (point 1.4.4), disponible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-dematerialisation-mp.pdf. (134) Communication interprétative de la Commission européenne du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marché non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (JOUE, 1er juillet 2006, n° C-179/2). (135) Règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n° 1564/2005. (136) Article 2 de l'arrêté du 27 août 2011 pris pour l'application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres. (137) Les marchés de conception-réalisation sont pris en application de l'article 18-I de la loi n° 85-704 modifiée du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. (138) Relèvement du seuil de 4 000 à 15 000 euros issu du décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics. (139) CE, 1er avril 2009, communauté urbaine de Bordeaux et société KEOLIS, n°s 323585 et 323593 (à propos d'une DSP). Pour plus de précisions, voir la fiche technique « Les marchés d'intérêt transfrontalier certain » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (140) CE, 10 février 2010, M. Pérez, n° 329100. (141) CE, 7 octobre 2005, région Nord - Pas-de-Calais, n° 278732. (142) CJCE, 21 juillet 2005, Consorzio Aziende Metano — CONAME, aff. C-231/03. (143) Conclusions N. Boulouis sur CE, 10 février 2010, M. Perez, n° 329100. (144) CE Sect., 30 janvier 2009, ANPE, n° 290236. (145) L'évaluation du montant du marché s'effectue conformément aux modalités définies à l'article 27 du code, notamment au regard de la notion d'unité fonctionnelle. (146) Ibidem. (147) Voir l'annexe II B de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 telle que modifiée par l'annexe VII du règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007. (148) CJCE, 3 mars 2005, Fabricom

SA, aff. C-21/03 et C-34/03, CE, 29 juillet 1998, société Génicorp, n° 177952. (149) Sur ce point, voir la fiche « Candidature à un marché de maîtrise d'œuvre d'un opérateur ayant participé au marché d'étude préalable » à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (150) CJCE, 19 mai 2009, Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, aff. C-538/07. (151) L'accord sur les marchés publics (AMP) a été conclu en 1994 sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce. Il permet aux fournisseurs de biens et de services d'avoir accès, dans les mêmes conditions que les fournisseurs nationaux, aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres. Il a été intégré dans l'ordre juridique communautaire par une décision du Conseil du 22 décembre 1994 et pris en compte dans deux directives du 13 octobre 1997 et du 16 février 1998. (152) CE, 14 mai 2003, communauté d'agglomération de Lens-Liévin, n° 251336. (153) En 2011, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur l'accès des Etats tiers aux marchés publics dans l'Union européenne. Elle y présente différentes options, dont l'adoption d'un instrument législatif clarifiant les règles relatives à l'origine des services et des produits et à la nationalité des entreprises et explicitant l'état actuel des offres de couverture. Un projet législatif est à l'étude. (154) L'article 43 du code des marchés publics renvoie à l'article 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui, lui-même, renvoie à l'article 8 de cette même ordonnance. (155) Article L. 8272-4 du code du travail créé par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. (156) CE, 4 mars 2011, région Réunion, n° 344197, et CE, 29 avril 2011, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 344617. (157) Voir la fiche technique « La copie certifiée conforme » consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (158) CE, 6 mars 2009, commune de Savigny-sur-Orge, n° 315138. (159) CE, 26 mars 2008, communauté urbaine de Lyon, n° 303779, CE, 29 avril 2011, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 344617. (160) <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>. (161) CE, 10 mai 2006, Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise, n° 286644. (162) CE, 4 mars 2011, région Réunion, n° 344197. (163) CE, 4 mars 2011, région Réunion, n° 344197. (164) CE, 29 avril 2011, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 344617. (165) Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel à concurrence des niveaux minimaux de capacités : CE, 8 août 2008, région Bourgogne, n° 307143. (166) CE, 20 mai 2009, commune de Fort-de-France, n° 311379. (167) CE, 10 mai 2006, société Bronzo, n° 281976. (168) CE, 10 juin 2009, région Lorraine, n° 324153. (169) CE, 24 février 2010, communauté de communes de l'Enclave des Papes, n° 333569. (170) Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, précité. (171) Ibidem. (172) CE, 25 janvier 2006, département de la Seine-Saint-Denis, n° 278115. (173) CAA Versailles, 25 mai 2010, commune de Brunoy, n° 08VE02066. (174) Pour plus d'informations, voir la fiche technique « Evaluation des capacités financières des sociétés de création récente », disponible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (175) CAA Bordeaux, 13 novembre 2008, société BTP Pouquet, n° 06BX02602. (176) CE, 24 juin 2011, commune de Rouen, n° 347840. (177) En procédure adaptée et pour les marchés de l'article 30, aucun texte ne fixe un nombre minimum de candidats à retenir. (178) CE, 30 novembre 2011, ministre de la défense et des anciens combattants, n° 353121. En revanche, en application de l'article 66 du code des marchés publics, au-dessus des seuils communautaires, seules les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables en cours de négociation. En procédure formalisée, les offres inappropriées ne peuvent évoluer. (179) Par exemple, une offre non signée en procédure formalisée. (180) CE, 12 janvier 2011, département du Doubs, n° 343324. (181) Le juge sanctionnerait le fait qu'une évaluation ait été volontairement irréaliste, pour réserver la

possibilité du recours à un marché négocié. (182) Voir le dernier aliéna du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics ; ne répondrait pas à cette exigence une offre irrégulière car déposée hors délais, l'offre (papier ou électronique) non signée alors qu'il s'agit d'une procédure formalisée, l'offre déposée au mauvais lieu, l'offre contenue dans une enveloppe portant une mention interdite par le règlement de la consultation, etc. (183) CE, 11 octobre 1985, Compagnie générale de distribution téléphonique c/centre hospitalier régional de Rennes, n° 38788. (184) Rép. min., JOAN, 27 mars 2000, p. 2025. (185) CE, 8 janvier 1992, préfet, commissaire de la République du département des Yvelines, n° 85439. (186) CE Sect., 26 juillet 1991, commune de Sainte-Marie de La Réunion, n° 117717. (187) CE, 1er octobre 1997, M. Hemmerdinger, n° 151578. (188) CJCE, 14 septembre 2004, Commission c/République italienne, aff. C-385/2. (189) CE, 13 juillet 2007, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence c/préfet des Bouches-du-Rhône, n° 296096. (190) Voir notamment CE, 11 septembre 2006, Argopyan, n° 265174, et CAA Paris, 1er octobre 2008, M. Berj X., n° 07PA01335, reprenant la jurisprudence classique du juge judiciaire (Cass., 1re civ., 7 janvier 1992, Bonnier c/ SA Bull, n° 90-17.534). (191) L'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle consacre désormais une compétence exclusive de certains tribunaux judiciaire (TGI) pour les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique. Le juge administratif devra alors surseoir à statuer. Les litiges en matière d'atteinte au droit moral d'une œuvre d'architecture sont jugés par le juge judiciaire qui, pour sa part, contrôle également l'impact des modifications : il faut que celles-ci « n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire et ne soit pas disproportionnées au but poursuivi » (Cass., 1re civ, 11 juin 2009, société Brit Air contre P. Madec, n° 08-14138). (192) CE, 27 avril 2011, président du Sénat, n° 344244. (193) CE 20 mai 2009, ministre de la défense, n° 316602. (194) Les travaux de la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP), et particulièrement le guide à l'attention des maîtres d'ouvrages publics pour la négociation des rémunérations de maîtrise d'œuvre, fournissent des informations utiles aux acheteurs publics. (195) CE, 2 août 2011, parc naturel régional des Grands Causses, n° 348254. (196) CE, 23 novembre 2011, communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570. (197) CE, 28 avril 2006, commune de Toulouse, n° 280197. (198) CE, 6 avril 2007, département de l'Isère, n° 298584. (199) CE, 28 avril 2006, commune de Toulouse, n° 280197. (200) CJCE, 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes, aff. 31/87. (201) CE, 28 avril 2006, commune de Toulouse, n° 280197, CE, 5 novembre 2008, commune de Saint-Nazaire, n° 310484. (202) Les critères d'attribution doivent être formulés de manière à permettre à tous les soumissionnaires, raisonnablement informés et normalement diligents, de les interpréter de la même manière : CJCE, 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd c/County Council of the County of Mayo, aff. C-19/00 (cons. 42 et 44), CJCE, 24 janvier 2008, Emm. G. Lianakis AE c/Dimos Alexandroupolis, aff. C-532/06. (203) CE, 18 juin 2010, commune de Saint-Pal-de-Mons, n° 337377. (204) CE, 30 janvier 2009, ANPE, n° 290236 (205) CE, 23 mai 2011, commune d'Ajaccio, n° 339406. (206) CE, 31 mars 2010, collectivité territoriale de Corse, n° 334279. (207) CE, 1er avril 2009, société des autoroutes du sud de la France, n° 315586, CE, 27 avril 2011, président du Sénat, n° 344244. (208) CE, 21 septembre 2011, département des Hauts-de-Seine, n° 349149. (209) CE, 7 octobre 2005, communauté urbaine Marseille-Provence Métropole, n° 276867. (210) CE, 5 avril 2006, ministre de la défense, n° 288441. (211) CE, 24 juin 2011, OPH interdépartemental des l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines et société Seni, n°s 346665 et 346746. (212) Pour plus de précisions, voir la fiche « L'offre anormalement basse » accessible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (213) CAA Bordeaux, 7 avril 2005, commune de Bordeaux, n° 01BX00081. (214) CE, 29 janvier 2003, département d'Ille-et-Vilaine, n° 208096. (215) CE, 23 novembre 2011, communauté urbaine Nice-Côte d'Azur, n° 351570. (216) CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, aff.

C-513/99. (217) CE, 28 avril 2006, commune de Toulouse, n° 280197. (218) L'article 9 de la directive 2010/30/UE du 19 mai 2010 prévoit que « lorsqu'un produit est régi par un acte délégué, les pouvoirs adjudicateurs qui passent des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services conformément à la directive 2004/18/CE » s'efforcent à n'acquiescer que « des produits qui satisfont aux critères consistant à présenter les niveaux de performance les plus élevés et à appartenir à la classe d'efficacité énergétique la plus élevée ». (219) Disponibles sur le site internet de la DAJ à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/guides-et-recommandations-des-gem-et-autres-publications>. (220) Créé par le décret n° 2011-493 du 5 mai 2011 relatif à la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique. (221) Des informations plus détaillées sont disponibles dans le guide sur la prise en compte, dans les procédures de commande publique, des incidences énergétiques et environnementales des véhicules de transport routier élaboré par le ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement et disponible sur le site de ce ministère : <http://www.developpement-durable.gouv.fr>. (222) Voir à ce sujet le guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées », accessible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/observ-eco-achat-public>. (223) Rappel : les attestations sociales et fiscales ne doivent être exigées qu'au moment de l'attribution. Les acheteurs publics veilleront à ne pas imposer aux entreprises des formalités inutiles en demandant ces attestations au stade du dépôt des candidatures. (224) Le formulaire NOT12 remplace la production des certificats fiscaux et sociaux. Il peut être téléchargé à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires>. (225) Le cas échéant, immatriculation au répertoire des métiers, au registre des entreprises ou au registre du commerce et des sociétés ; déclarations aux organismes de protection sociale et à l'administration fiscale. Les entreprises nouvellement créées et celles qui ne sont pas soumises à l'obligation d'inscription sur le registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers peuvent produire une copie certifiée du récépissé de dépôt du centre de formalités des entreprises. (226) Déclaration préalable à l'embauche ; délivrance d'un bulletin de paie ; déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales. (227) L'attestation est délivrée dès lors que la personne acquitte les cotisations et contributions dues à leur date d'exigibilité et, le cas échéant, qu'elle a souscrit et respecte un plan d'apurement des cotisations et contributions restant dues ou conteste leur montant par recours contentieux, à l'exception des recours faisant suite à une verbalisation pour travail dissimulé. (228) Paiement des impôts, taxes, cotisations obligatoires, pénalités et majoration dus au Trésor ou aux organismes de protection sociale, remboursement des aides publiques éventuelles et paiement des rémunérations, indemnités et charges au salarié. (229) Pour plus de détail, voir la fiche technique « Renforcement du dispositif de lutte contre le travail dissimulé », accessible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (230) Voir la fiche « L'information des candidats évincés » accessible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (231) CE, 31 mai 2010, société Cassan, n° 315851. (232) Voir la fiche relative à la communication des documents administratifs dans le cadre des marchés publics à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (233) CE, 19 janvier 2011, grand port maritime du Havre, n° 343435. (234) CE, 10 juillet 2009, département de l'Aisne, n° 324156. (235) Le défaut d'indication du délai de suspension a pour effet de permettre au candidat d'exercer un référé contractuel quand bien même il aurait fait usage du référé précontractuel (CE, 24 juin 2011, OPH interdépartemental de l'Essonne, n° 346665). (236) Le délai se calcule de date à date (CE, 2 août 2011, société Clean Garden, n° 347526). (237) Voir fiche CADA : <http://www.cada.fr/fr/fiches/fiche24.htm>. (238) « Avis en cas de

transparence ex ante volontaire » :

http://simap.europa.eu/buyer/forms-standard/index_fr.htm. (239) Pour plus d'informations sur les recours en matière de commande publique, voir la fiche technique à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (240) La procédure de notification décrite ici ne doit pas être confondue avec la transmission au contrôle de légalité. Les seuils de référence, l'objet et les modalités diffèrent. (241) La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a supprimé le contrôle de légalité pour les marchés publics des établissements publics de santé. (242) CE, avis, 10 juin 1996, préfet de la Côte-d'Or, n°s 176873, 176874 et 176875. (243) CE Ass., 16 juillet 2007, société Tropic Travaux Signalisation, n° 293229. (244) Pour plus d'informations, voir le guide du recensement des achats publics disponible, ainsi que le modèle de la fiche de recensement, à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/observatoire-economique-lachat-public>. (245) Voir la circulaire du 30 décembre 1998 relative à la procédure de passation des marchés publics : durée de conservation des dossiers présentés par les entreprises soumissionnaires qui n'ont pas été retenus et l'instruction DAF/DPACI/RES/2009/018 du 18 août 2009 sur la conservation des archives. (246) Les acteurs de la commande publique peuvent trouver toutes les informations utiles dans le Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics disponible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (247) Aucun texte n'impose la signature ou le paraphe de l'ensemble des documents contractuels. Dès lors qu'ils sont mentionnés dans l'acte d'engagement et que ce dernier est signé, les documents contractuels sont à considérer comme eux-mêmes signés. (248) Pour plus de précisions sur les relations financières entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, voir l'instruction DGFIP n° 10-027 du 2 novembre 2010 consacrée à la sous-traitance. (249) Décret n° 2002-232 modifié du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics. (250) Le taux des intérêts moratoires complémentaires est égal au taux des intérêts moratoires majoré de deux points. (251) Pour plus d'informations, voir la fiche technique relative aux intérêts de retard disponible à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>. (252) CJCE, 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur, aff. C-454/06. (253) Pour plus d'informations, voir la rubrique dédiée aux CCRA sur le site du ministère de l'économie : <http://www.economie.gouv.fr/daj/reglement-amiable-des-litiges>. (254) Décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics. (255) Article 1484 du code de procédure civile : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. ». En application de l'article 128 du code des marchés publics, le livre IV du code de procédure civile est applicable. (256) Voir notamment : CJCE, 16 juin 2005, Strabag AG et Kostmann GmbH contre Österreichische Bundesbahnen, aff. C-462/03 et C-463/03 ; CJCE, 10 avril 2008, Ing. Aigner, Wasse-Wärme-Umwelt GmbH contre Fernwärme Wien GmbH, aff. C-393/06. (257) CE, 9 juillet 2007, syndicat EGF-BTP, n° 297711. (258) 400 000 euros HT pour les fournitures et les services et 5 000 000 euros HT pour les travaux depuis le 1er janvier 2012. (259) Pour une première application, voir CE, 30 novembre 2011, société DPM protection et centre hospitalier Andrée Rosemon, n°s 350788 et 350792. (260) « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un

acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public » (art. 432-14 du code pénal). (261) Lignes directrices et recommandations de l'OCDE pour lutter contre la corruption : <http://www.oecd.org>. (262) Les décideurs publics trouveront un utile guide de contrôle interne dans les rapports du service central de prévention de la corruption disponibles sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/114000391/>. (263) Voir la fiche technique consultable à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs> et sur le site de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).