



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PREFECTURE DE L'OISE

Direction des relations
avec les collectivités Locales

Affaire suivie par : M. Miramende

Tél. : 03 44 06 12 75
Fax : 03 44 06 12 56
bernard.miramende@oise.pref.gouv.fr

Beauvais, le 02 FEV. 2010

Le Préfet de l'Oise

à

Monsieur le Président du Conseil général
Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics
de coopération intercommunale
Monsieur le Président du Service départemental d'incendie et de secours
(pour information)
Madame et Messieurs les Sous-Préfets d'arrondissement
Monsieur le Trésorier-Payeur général

Objet : modifications apportées au code des marchés publics (CMP)

PJ : circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

Réf : décret 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics et aux décrets pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics
décret 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics
ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique
décret 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique
décret n°2009-1702 du 30 décembre 2009 modifiant les seuils applicables aux marchés passés en application du code des marchés publics et de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et aux contrats de partenariat

Au cours des dernières semaines, un certain nombre de modifications du code des marchés publics (CMP) sont intervenues portant sur les seuils de procédure de passation, la dématérialisation des procédures, les mesures tendant à assurer la transparence des procédures, le respect des droits de la défense et la rédaction des cahiers des clauses administratives générales.

Pour accompagner ces changements, le Gouvernement a souhaité mettre à la disposition des acheteurs un guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics. Ce guide, qui vient de se substituer à la circulaire d'application du code des marchés publics d'août 2006, intègre les dernières évolutions du CMP et les jurisprudences les plus récentes. Dépourvu de portée réglementaire, il poursuit avant tout un but pédagogique.

Vous trouverez-ci joint ce document, dont je vous invite à prendre connaissance aussitôt que possible.

Dès maintenant, je crois nécessaire d'appeler tout spécialement votre attention sur les nouvelles dispositions ci-après, qui modifient substantiellement les règles antérieurement en vigueur :

Modification des seuils de publicité des procédures et de transmission au représentant de l'Etat :

Par décret du 30 décembre 2009 visé en référence, applicable à compter du 1er janvier 2010, les seuils de passation des marchés publics ont été modifiés. Ainsi, s'agissant de marchés de services et de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs, une procédure de niveau européen s'impose dès 193 000 € H.T., au lieu de 206 000 € précédemment. Pour les marchés de travaux, le seuil de 5.150.000 € H.T. en deçà duquel il était possible d'utiliser la procédure adaptée est ramené à 4.845.000 €.

Les entités adjudicatrices doivent, quant à elles, passer un marché de niveau européen dès 387 000 € H.T. pour les fournitures et services et 4 845 000 € H.T. pour les travaux.

En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs régis par l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et aux contrats de partenariat, ceux-ci ont l'obligation de recourir à une procédure formalisée à partir de 193 000 € pour les marchés de fournitures et services et de 4 845 000 € pour les travaux.

Enfin, consécutivement à cette révision des seuils, le caractère exécutoire **des marchés d'un montant supérieur ou égal à 193 000 € H.T.** est subordonné à leur transmission au Sous-Préfet d'arrondissement.

Vous voudrez bien veiller à effectuer cette transmission qui, conformément aux dispositions du code général des collectivités territoriales, doit intervenir dans un délai de 15 jours à compter de la signature du marché.

Dématérialisation des procédures :

Depuis le 1er janvier 2010, les collectivités locales et leurs établissements publics, en tant que pouvoirs adjudicateurs, ont l'obligation de mettre en ligne sur un site Internet dédié appelé « profil d'acheteur », l'avis de marché et le dossier de consultation des entreprises (DCE) de tous les achats supérieurs à 90 000 € H.T. (art. 40-III 1° et 40-IV 1° du Code).

Le profil d'acheteur est un site accessible en ligne qui permet aux collectivités d'informer les candidats en mettant à leur disposition le dossier de consultation des entreprises et en leur offrant la possibilité de déposer des offres et candidatures. Cela peut être le portail de la collectivité s'il répond à ces critères, mais également un site hébergé chez un prestataire de service.

Cette obligation ne remplace pas l'obligation légale de publication d'un avis d'appel public à la concurrence qui pèse sur l'acheteur dès 90 000 € H.T. La « mise en ligne » de l'avis et du DCE a pour but de faciliter l'accès des entreprises aux documents et ne doit pas être confondue avec la « publication » de cet avis au sens du code des marchés publics.

De plus, l'article 56 du CMP prévoit désormais que l'acheteur public doit obligatoirement transmettre par voie électronique les documents requis des candidats pour les marchés de fournitures et services informatiques de plus de 90 000 € H.T. Les candidats sont eux mêmes tenus, en retour, de présenter leur offre sous forme dématérialisée.

Par ailleurs, l'acheteur public peut choisir, quel que soit le montant du marché, d'imposer la transmission par voie électronique de tous les documents écrits de la procédure de passation. Ce choix doit être clairement exprimé dans l'avis d'appel public à la concurrence ou bien dans la lettre d'engagement de la consultation.

Enfin, pour les procédures formalisées, le choix par l'acheteur public d'une transmission papier ne l'exonère cependant pas de l'obligation d'accepter les offres des entreprises émises électroniquement.

Délais de paiement des collectivités locales :

En application du décret 2008-1355 du 19 décembre 2008, le délai global de paiement imparti aux collectivités locales, qui était précédemment de 40 jours, est passé à 35 jours depuis le 1er janvier 2010. Au 1er juillet 2010, ce délai sera réduit à 30 jours, comme c'est déjà le cas pour l'Etat depuis avril 2008. Dans un contexte économique tendu, je ne saurais trop vous rappeler combien il est important que les partenaires de l'administration puissent être assurés d'un paiement prompt des factures émises.

Information des candidats évincés et délais de recours :

Je tiens tout d'abord à appeler particulièrement votre attention sur le fait que l'article 80 du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur, pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, de notifier aux candidats évincés le rejet de leur candidature ou de leur offre en leur indiquant les motifs du rejet sans que les candidats aient besoin de le demander. Cette notification doit comporter le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit à le retenir. Il ne peut s'agir de la communication d'une simple note.

Par ailleurs, l'ordonnance du 7 mai 2009, dont les dispositions sont entrées en vigueur à compter du 1er décembre 2009, a introduit dans le code de justice administrative (CJA) la notion de référé contractuel.

Ce recours est ouvert à toute personne qui a un intérêt à conclure le contrat et qui s'estimerait lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence affectant la passation dudit contrat, jusqu'au 31ème jour suivant la publication de l'avis d'attribution du contrat, ou suivant la notification de la conclusion du contrat pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

L'envoi des lettres de notification fait courir un délai de 16 jours pendant lequel l'administration ne doit pas signer le marché. Ce délai peut être réduit à 11 jours en cas de procédure électronique. Une signature qui interviendrait avant le terme du délai de 16 ou 11 jours autoriserait les candidats évincés à introduire un référé contractuel jusqu'au 31ème jour qui suit la publication de l'avis d'attribution. En l'absence d'un tel avis ou d'une telle notification, le délai de saisine n'expire qu'à l'issue « d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat ». Ces éléments sont précisés au nouvel article R. 551-7 du CJA.

De même, nouveauté dont je ne saurais trop souligner l'importance, lors de la passation d'un marché ou d'un accord-cadre dispensé d'obligation de publicité par l'effet des dispositions du CMP ou bien passé en application de l'article 28, autrement dit, d'un marché passé à la suite d'une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur doit, s'il souhaite écarter l'éventualité d'un référé contractuel, publier au Journal officiel de l'Union européenne un avis informant de l'attribution du contrat et observer un délai de 11 jours avant de signer ledit contrat. A défaut de publication, le recours peut être exercé par toute personne ayant un intérêt à agir pendant 6 mois.

Ainsi que vous pouvez le constater, l'actualité réglementaire en matière de commande publique est particulièrement riche et le droit applicable dans ce domaine, directement issu des directives européennes, connaît de nombreuses évolutions qui vont toutes dans le sens d'un renforcement de la concurrence et d'une transparence accrue. Je vous invite à une lecture attentive du Guide ainsi publié qui, eu égard à la relative complexité de la matière, devrait constituer un outil précieux pour tous les acheteurs publics.

Mes services se tiennent à votre disposition pour toute précision supplémentaire que vous souhaiteriez.

Pour le Préfet et par délégation,
Le Secrétaire général,


Patricia WILLAERT |



Le 25 janvier 2010

JORF n°0303 du 31 décembre 2009

Texte n°90

CIRCULAIRE

Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

NOR: ECEM0928770C

Le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat à Mesdames et Messieurs les ministres et ministres délégués, Mesdames et Messieurs les secrétaires d'Etat, Monsieur le haut-commissaire (copie à Mesdames et Messieurs les préfets, Mesdames et Messieurs les administrateurs généraux des finances publics)

Les modifications¹ apportées au droit de la commande publique depuis 2006 et, notamment le relèvement des seuils de passation des marchés publics et l'allègement des procédures de passation opérés dans le cadre du plan de relance de l'économie, ainsi que l'institution en 2009 du nouveau référentiel contractuel, rendent nécessaire une refonte de la circulaire du 3 avril 2006.

Comme la précédente, cette nouvelle circulaire n'a aucune portée réglementaire. Elle constitue seulement, comme son nom l'indique, un guide de bonnes pratiques à l'usage des acheteurs publics, pour l'exercice de leurs nouvelles libertés.

La circulaire NOR : ECOM0620004C du 3 août 2006 prise pour l'application du code des marchés publics est abrogée.

Avertissement

1. Dispositions applicables

à certains marchés passés dans le domaine de la défense

Les marchés publics et accords-cadres portant sur les armes, munitions et matériels de guerre sont, en principe, soumis à l'ensemble des dispositions du code des marchés publics. Cependant, lorsque les dispositions des articles L. 111-1, L. 111-2, L. 2141-1, L. 2141-2 et L. 2141-3 du code de la défense s'appliquent, les marchés sont soumis au décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics.

Les marchés inclus dans le périmètre du décret du 7 janvier 2004 doivent satisfaire aux critères suivants :

- mettre en cause les intérêts essentiels de sécurité l'Etat au sens de l'article 296 du traité instituant la Communauté européenne ;
- porter sur des armes, munitions ou matériels de guerre ;
- être passé pour les besoins exclusifs de la défense.

Lorsque le marché ou l'accord-cadre entre dans le champ d'application de ce décret, le pouvoir adjudicateur est libre de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer.

Le code des marchés publics s'applique, en l'absence de disposition particulière de ce décret. Dans cette mesure, les marchés de défense entrent donc dans le champ d'application du présent guide.

2. Montant des seuils de procédure

Le montant des seuils des procédures formalisées est modifié tous les deux ans par décret. En effet, tous les deux ans, les seuils des directives européennes sur les marchés publics sont révisés par la Commission européenne de manière à respecter les engagements internationaux de l'Union pris en vertu de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce.

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

A la date de la publication de la présente circulaire, les seuils sont ceux résultant du décret 2007-1850 du 29 décembre 2007 soit pour les marchés de fourniture et de services, 133 000 € HT pour l'Etat, 206 000 € HT pour les collectivités territoriales. Ils sont de 412.000 € HT pour les entités adjudicatrices. Pour les marchés de travaux, le seuil est de 5 150 000 € HT.

Au 1er janvier 2010, ces seuils sont pour les marchés de fournitures ou services : 125 000 euros HT pour l'Etat, 193 000 euros HT pour les collectivités territoriales et 387 000 euros HT pour les entités adjudicatrices. Pour les marchés de travaux : 4 845 000 euros HT.

Il est rappelé qu'en application des dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatives aux actes soumis au contrôle de légalité du représentant de l'Etat (art. L. 2131-2, L. 3131-2, L. 4141-2), le décret n° 2008-171 du 22 février 2008 relatif au seuil prévu par le code général des collectivités territoriales concernant certaines dispositions applicables aux marchés publics et accords-cadres² a fixé à 206 000 € HT le montant à partir duquel les marchés publics et les accords-cadres sont soumis au contrôle du représentant de l'Etat. Ce seuil est ramené à 193 00 € HT à compter du 1er janvier 2010.

3. Pour aller plus loin

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

particulier, sont élaborés dans le cadre du partenariat qui lie la Direction avec le Service des Achats de l'Etat, dont elle assure le soutien juridique.

PREMIERE 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 et leurs mandataires

Le code des marchés publics s'applique à l'Etat et à ses établissements publics administratifs⁴. Le code des marchés publics s'applique également aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux, qu'ils soient de nature administrative ou industrielle et commerciale mais pas à ses établissements publics à caractère industriels et commerciaux qui sont soumis au régime fixé par l'ordonnance du 6 juin 2005 (Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005).

Lorsque ces personnes sont qualifiées de pouvoirs adjudicateurs, leurs achats sont régis par la première partie du code. Lorsque ces personnes interviennent en tant qu'opérateur de réseaux, elles sont qualifiées d'entités adjudicatrices soumises à des règles spécifiques applicables à leurs achats (seconde partie du code). Le régime qui leur est applicable est commenté en cinquième partie.

Les établissements publics de santé sont soumis à quelques dispositions spécifiques (absence de commission d'appels d'offres, délais de paiement particuliers). Les syndicats inter-hospitaliers sont soumis au même régime que les établissements de santé par le code de la santé publique.

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

b) Les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes

doivent, pour leurs achats réalisés dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par le code.

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

1.3. Certaines autres personnes publiques

1.3.1. Certaines personnes publiques ou privées, bien que non assujetties au code des marchés publics, sont soumises à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire. Ces organismes relèvent du régime de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et de ses décrets d'application⁶.

1.3.2. 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 sociale⁷.

1.3.3. 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 ont un double régime. Les achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche relèvent de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée⁸ (cf. art. 30 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche). Cependant, comme le permet l'article 3.11 de cette ordonnance, ces dispositions ne font pas obstacle à la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, d'appliquer volontairement, pour un marché particulier, les règles prévues par le code des marchés publics. Ce choix peut se manifester par la référence explicite aux articles du code dans les documents de la consultation et les pièces contractuelles du marché. Les autres achats sont soumis au code des marchés publics.

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

L'article 1er du code définit le marché public.

2.1. Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins

de l'administration en matière de fournitures, services et travaux

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

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique. Une décision unilatérale ne peut être un marché, pour autant qu'elle ne dissimule pas un contrat. Aux termes de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier⁹, les contrats soumis au code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux

Les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'une rémunération versée par la

personne publique. Le contrat peut être une délégation de service public, si la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Il est alors soumis au régime prévu par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques¹⁰.

Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent. Dès lors que l'administration bénéficie de prestations et que la somme peut être regardée comme leur contrepartie, elle constitue un prix, quelle que soit la qualification qui lui avait été donnée : une subvention peut ainsi être requalifiée en prix et le contrat en marché¹¹. Le prix n'est pas nécessairement payé par l'acheteur. Le caractère onéreux peut, en effet, résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une recette née à l'occasion de l'exécution du marché. Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter les panneaux publicitaires sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires qui en sont issues, ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau, dont il a effectué le curage.

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

2.3. Un marché public peut être passé

avec des personnes publiques ou privées

Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes, dotées chacune de la personnalité juridique. Une entité publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises, afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique et celui de la liberté de la concurrence. La personne publique, qui soumissionne, devra donc être en mesure de justifier, le cas échéant, que le prix proposé a été déterminé, en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public¹².

Les marchés publics se distinguent d'autres contrats : délégations de service public, contrats de vente en l'état futur d'achèvement, baux emphytéotiques administratifs, etc.¹³

3. Quelles sont les exclusions du champ d'application

du code des marchés publics ?

Les dispositions du code ne s'appliquent pas aux contrats figurant sur la liste des exclusions figurant à l'article 3 du code. Si un acheteur fait usage d'un de ces cas, il n'est soumis à aucune des règles du code. Ces exclusions sont les suivantes :

3.1. Les prestations intégrées de quasi-régie¹⁴ (art. 3 [1°])¹⁵

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

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

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

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

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

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

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

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services.

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

Ce droit doit résulter d'un texte législatif ou réglementaire 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.

Ce texte doit être antérieur au contrat.

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

Le droit exclusif doit être nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt

général confiée au contractant.

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

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

Conformément à l'article 86 du traité instituant la Communauté européenne, le droit exclusif ne peut être accordé qu'à un organisme déterminé, pour l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt économique général, justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question (par ex. : Conseil d'Etat, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928).

Si le droit exclusif crée une position dominante sur le marché de services en cause, au sens de l'article 82 du traité CE et de l'article L. 420-2 du code de commerce, il ne doit pas amener le bénéficiaire à en abuser.

3.3. Les contrats relatifs à des programmes

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

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services.

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

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

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

Seul constitue donc un marché public soumis au code, le contrat dans lequel le pouvoir adjudicateur est amené à acquérir l'intégralité de la propriété des résultats du programme de recherche 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 l'exclusion prévue au 7° de l'article 3 du code des marchés publics 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 ou bio-terroristes, et plus généralement de fournisseurs qui, du fait de leurs prestations, accèdent à des informations ou domaines sensibles, dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat et de son potentiel scientifique et économique.

Dans le domaine de la défense nationale et en dehors des cas d'application du décret du 7 janvier 2004¹⁶ ces contrats peuvent, notamment, concerner :

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

Des dispositions particulières sur le secret protégé dans les contrats concernés par cette exclusion figurent dans l'arrêté du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'état dans les contrats¹⁷.

3.5. Les autres exclusions

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

réseaux publics de télécommunication électroniques ou la fourniture au public de services de communication électronique.

DEUXIÈME PARTIE

LA PRÉPARATION DE LA PROCÉDURE

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

4.1. Pourquoi faut-il identifier les besoins ?

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

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

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

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

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

Pour être efficace, l'expression des besoins repose sur :

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

Les objectifs à atteindre ou les moyens d'y parvenir peuvent ne pas être entièrement déterminables. L'acheteur peut alors recourir à la procédure de dialogue compétitif.

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

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

4.2. Possibilité de demander des prestations

supplémentaires éventuelles

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

Lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit des prestations que les candidats doivent obligatoirement fournir dans leur offre en complément de l'offre de base, elles sont prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres. Si le pouvoir adjudicateur n'impose aux candidats de fournir ces prestations, il ne peut prendre que l'offre de base dans son évaluation comparative⁹. Dans ce cas, seules les prestations supplémentaires proposées par le candidat retenu au regard de son offre de base peuvent être relevées par le pouvoir adjudicateur.

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

4.3. Que faire lorsque la définition précise des besoins

ou des moyens permettant de les satisfaire est impossible ?

La définition des besoins peut être plus ou moins précise, selon la visibilité de l'acheteur. Il peut arriver qu'un pouvoir adjudicateur se trouve dans l'impossibilité de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins. Le code prévoit dans ce cas, le recours à des accords-cadres ou à des marchés à bons de commande, qui permettent de définir les besoins à mesure de leur apparition.

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

Pour certains marchés et accords-cadres de services, si la prestation à effectuer est d'une

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

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

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

4.4. Les besoins doivent être déterminés

par référence à des spécifications techniques

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

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

Le pouvoir adjudicateur a le choix entre deux possibilités :

— 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 termes²⁰ ;

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

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

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

Les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité des candidats. C'est pourquoi elles ne peuvent mentionner une marque, un brevet, un type, une origine ou une production déterminés, qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions. En particulier, il est interdit de recourir à une marque pour formuler une spécification technique. 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 »²¹.

4.5. L'utilisation des variantes

Le régime de la variante est défini à l'article 50 du code des marchés publics. La variante est une offre équivalente et alternative à la solution de base que propose le candidat. Elle peut consister en une modification de certaines des spécifications techniques décrites dans le cahier des charges ou, plus généralement, dans le dossier de consultation. Elle peut, aussi, consister en un aménagement des conditions financières du marché.

La variante permet aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché, autres que ceux fixés dans le cahier des charges. 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 et qui sont de nature à constituer une meilleure prestation, éventuellement à un meilleur prix. Elle permet ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation.

Les variantes peuvent, notamment, modifier la solution technique de base (par ex. changement de matériau avec des performances au moins équivalentes), porter sur la durée d'exécution ou présenter un intérêt purement financier. Le pouvoir adjudicateur aura donc tout intérêt, notamment dans les domaines technique ou d'évolution rapide, à utiliser la possibilité des variantes, sans imposer des solutions routinières, favorisant ainsi l'innovation et l'accès de nouvelles entreprises aux marchés publics.

L'introduction de variantes rend plus complexe l'examen des offres et leur comparaison. Pour cette raison l'article 50 du code des marchés publics 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, dans ces conditions, de définir les éléments sur lesquels elles peuvent porter ou bien de préciser les éléments du cahier des charges qu'elles doivent nécessairement respecter. L'identification et la mention des exigences minimales que les variantes doivent respecter, s'ils ne sont pas obligatoires en procédure adaptée, n'en sont pas moins recommandées, afin de faciliter la comparaison des offres.

Le régime des variantes n'est pas le même dans les procédures formalisées, régies par le droit communautaire, et dans les procédures adaptées, régies par le droit national, moins restrictif.

Dans les procédures formalisées, les variantes doivent être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur. A défaut d'indication les autorisant dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, elles sont interdites. En revanche, dans les marchés à procédure adaptée, les variantes sont, en principe, autorisées²², sauf si le pouvoir adjudicateur les interdit expressément dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation.

Les variantes doivent toujours être déposées avec l'offre de base. Une offre limitée à la variante et qui ne comporte pas d'offre de base, doit être rejetée comme irrégulière.

Le dépôt d'une variante, lorsqu'il n'est pas autorisé (procédures formalisées) ou lorsqu'il est expressément interdit (procédures adaptées), doit conduire à son rejet, sans qu'il soit procédé à son examen. L'offre de base associée pourra, en revanche, être acceptée mais

à la condition qu'elle soit complète, bien 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, sans qu'il soit procédé à leur examen. Il n'appartient, en effet, 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.

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

4.6. Qui définit les besoins ?

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

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

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

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

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

A titre d'exemple, pour les services déconcentrés de l'Etat, il appartiendra au préfet, qui a compétence pour passer les marchés, de définir le niveau auquel les fournitures, les services et les travaux des services déconcentrés relevant de son autorité, devront être

pris en compte. Des personnes placées sous l'autorité de l'acheteur public pourront, ensuite, être désignées pour la mise en œuvre des procédures destinées à satisfaire ces besoins.

Pour les services centraux de l'Etat et réserve faite du ministère de la défense pour lequel le décret du 29 mars 2007²³ 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.

5. Précisions sur l'évolution

du rôle des commissions d'appel d'offres

Pour l'Etat, ses établissements publics et les établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux, l'obligation de constituer des commissions d'appel d'offres a été supprimée par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics²⁴. Le code laisse donc une totale liberté aux collectivités publiques concernées, pour mettre en place l'organisation de nature à optimiser l'efficacité de leurs achats.

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

Dans le cas des collectivités territoriales, la constitution de commissions d'appel d'offres est toujours obligatoire, lorsqu'est mise en œuvre une procédure formalisée : elle n'est pas obligatoire en procédure adaptée. La suppression, par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, du seuil intermédiaire applicable pour les marchés publics de travaux dispense, en conséquence, ces collectivités de l'obligation de consulter cette commission, le montant du marché de travaux ne dépasse pas 5 150 000 euros HT. Néanmoins, compte tenu du rôle particulier joué par cette commission et de l'importance du montant de certains de ces marchés, en particulier au regard des budgets de la plupart des collectivités en cause, il peut être opportun pour elles de continuer à saisir et à consulter la commission d'appel d'offres, même en deçà du seuil de déclenchement des procédures formalisées.

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, il n'est pas possible de lui confier des attributions relevant, aux termes des dispositions du code des marchés publics ou d'autres textes, d'autres autorités car les règles de compétence sont d'ordre public. Ainsi, une commission d'appel d'offres pourra donner un avis mais ne pourra attribuer un marché passé selon une procédure adaptée, une telle compétence relève du pouvoir adjudicateur ou de son représentant.

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

Lorsque les collectivités territoriales ne sont pas majoritaires, la commission ne dispose que d'un simple pouvoir d'avis.

6. Acheter seul ou groupé ?

Les acheteurs publics peuvent, faire le choix soit d'acheter seuls, de se grouper ou encore de recourir à une centrale d'achat. Ce choix doit être guidé par le souci des prix et des coûts de gestion plus favorables.

6.1. La coordination de commandes

La coordination de commandes permet à un pouvoir adjudicateur de coordonner les achats de ses services (art. 7 CMP). La coordination est possible 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 l'accord-cadre dans le cadre duquel chaque service pourra soit conclure son propre marché, soit émettre des bons de commande, dans les termes fixés par le marché passé par le service centralisateur. 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.

Ces modifications sont issues des textes suivants : décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics, décrets pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics et n° 2008-1356 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics, ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 pris pour son application. ² JO n° 47 du 24 fév. 2008, p. 3245. ³ <http://www.minefe.gouv.fr/>, rubrique « Les actions — Commande publique ». ⁴ Certains établissements publics à caractère administratif de l'Etat sont soumis à un double régime, voir 1.3. ⁵ relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JO n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014. ⁶ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée, entrée en vigueur le 1er septembre 2005 ; décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux pouvoirs adjudicateurs et décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux entités adjudicatrices. ⁷ JO n° 146 du 24 juin 2008, p. 10092. ⁸ Ces établissements publics sont soumis au régime du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (JO n° 304 du 31 déc. 2005, p. 20782) et au décret n° 2007-590 du 25 avril 2007 fixant les règles applicables aux marchés passés par les établissements publics mentionnés au 5° du I de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche (JO n° 98 du 26 avril 2007 p. 7440). ⁹ JO n° 288 du 12 déc. 2001, p. 19703. ¹⁰ JO n° 25 du 30 janv. 1993, p. 1588. ¹¹ CE 26 mars 2008, Région de la Réunion, n° 384412. ¹² Conseil d'Etat, avis, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard consultants, n° 222208. ¹³ Ces distinctions font l'objet d'une fiche de présentation tenue à jour sur le site du ministère de l'économie : <http://www.minefe.gouv.fr>, thème « commande publique ». ¹⁴ Dans la

terminologie communautaire, on parle également de situation de « in house », issue de la jurisprudence : CJCE 18 novembre 1999 Teckal, aff. C-107/98. ¹⁵ Pour davantage d'informations sur les prestations intégrées de quasi-régies, se reporter à la fiche technique tenue à jour sur le site du ministère de l'économie (<http://www.minefe.gouv.fr>). ¹⁶ Voir avertissement liminaire au présent guide. ¹⁷ JO n° 92 du 20 avril 2005 p. 6914. ¹⁸ Cf. aussi TA Paris 13 juin 2006, Société Sotradex, n° 0313518/6-1). ¹⁹ CE 15 juin 2007, Ministre de la défense, n° 299391. ²⁰ JO n° 199 du 29 août 2006, p. 12764. ²¹ Par ex. : CE 11 septembre 2006, Commune de Saran, n° 257545. ²² b) du 4° de l'article 2 du décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 tendant à assurer l'effet utile des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE et modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics, JO n° 0204 du 4 septembre 2009, p. 14659. ²³ Décret n° 2007-482 du 29 mars 2007 autorisant le ministre de la défense à déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics et d'accords-cadres, JO n° 77 du 31 mars 2007 p. 6002. ²⁴ JO n° 296 du 20 décembre 2008 p. 19544.

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

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

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

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

6.2. Dans le cadre d'un groupement de commandes

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

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

Les groupements associant des services de l'Etat ou des établissements publics de l'Etat et une ou plusieurs collectivités territoriales ou établissements publics locaux doivent mettre en place une commission d'appel d'offres. Une telle commission 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 traditionnellement dévolues 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 décisionnelle, d'attribuer le marché ou l'accord-cadre. A défaut, la commission ne dispose que d'un pouvoir d'avis.

Dans l'hypothèse où le groupement n'a vocation à passer qu'un marché passé selon une

procédure adaptée, la constitution d'une commission d'appel d'offres du groupement n'est pas obligatoire. Toutefois, la convention constitutive peut en stipuler autrement. Par ailleurs, 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 applicables aux marchés de l'Etat, c'est-à-dire les seuils les plus contraignants.

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

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

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

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

6.3. Le recours à une centrale d'achat

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

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

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

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

7. Quelle forme de marché adopter ?

7.1. Le choix du mode de dévolution du marché

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

L'allotissement est particulièrement approprié, lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes.

Les modalités de recours à l'allotissement sont facilitées par l'introduction d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire. Il est possible d'attribuer tous les lots à un même candidat. A l'inverse, le pouvoir adjudicateur pourra interdire, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, lorsque la publication d'un tel avis n'est pas obligatoire, dans les documents de la consultation, à un même candidat de présenter une offre sur plusieurs lots. Il peut en être ainsi, par exemple, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement.

7.1.1. L'allotissement et le marché unique

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

- techniques, liés à des difficultés tenant, par exemple, à la nécessité de maintenir la cohérence des prestations ou à l'incapacité de l'acheteur public à assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- économiques, lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ;
- financiers, lorsqu'il est de nature à renchérir de manière significative (25) 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 les prestations de manière distincte (sous forme de postes techniques) (26). Cette décomposition en postes techniques est une opération différente de celle de l'allotissement et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique (27). Elle permet de recourir à un groupement conjoint, au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations qui lui sont attribuées.

Il peut être recouru à un marché global pour passer un contrat de performance énergétique (28), en application de l'article 5 de la loi portant programmation pour la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (29).

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

interdit par le code des marchés publics.

7.1.2. Les « petits lots »

Les dispositions du III de l'article 27 permettent de passer des marchés, selon une procédure adaptée, pour les lots inférieurs à 80 000 € (HT), à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché. Pour les marchés de travaux supérieurs au seuil de 5 150 000 € (HT), la valeur de ces « petits lots » est portée à 1 000 000 € (HT), la condition de ne pas excéder 20 % du total du marché étant maintenue.

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. La procédure des « petits lots » peut être utilisée :

- si le montant de tous les lots concernés n'atteint pas 20 % de ce montant total ;
- et si chacun de ces lots n'atteint pas 80 000 € (HT) pour les marchés de fournitures et de services et 1 000 000 € (HT) pour les marchés de travaux.

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

7.2. Les possibilités de marchés « fractionnés »

et de planification des marchés dans le temps

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

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

Trois types de marchés permettent cette dissociation.

7.2.1. Les marchés à bons de commande (art. 77) (30)

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

Cependant, le pouvoir adjudicateur a toujours intérêt à conclure des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum, si cela lui est possible. 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 (31) ;

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

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

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

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

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

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

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

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 validité des bons de commande émis durant la durée d'exécution du marché peut excéder cette durée. Elle est, en effet, fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Si un bon de commande est émis en fin d'exécution, il restera valide, après l'expiration du marché en application duquel il a été émis. Il est donc possible d'utiliser l'émission de bons de commande en fin de marché, par exemple, pour assurer la continuité d'un approvisionnement le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant, notamment, lorsque cette procédure a pris du retard.

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

— une durée de validité des bons de commande excédant l'expiration du marché supérieure à cette durée mois 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. En particulier, il est possible de limiter la durée d'un marché à bons de commande portant sur des fournitures ou des services destinés à répondre à un besoin régulier à un an, ce qui permet de faire correspondre cette durée avec la nécessité de prendre en compte les besoins d'une année, dans le calcul des seuils de déclenchement des procédures formalisées.

Il n'est pas possible de résilier un marché à bons de commandes 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.

7.2.2. L'accord-cadre (art. 76) (32)

L'accord-cadre a pour caractéristique essentielle de séparer la procédure de choix du ou des opérateurs économiques, de l'attribution des commandes ou des marchés effectifs. 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 ultérieurement remis en concurrence, lors de la survenance du besoin.

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

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

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

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

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

Un accord-cadre peut aussi être conclu avec un seul opérateur économique.

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

Les marchés subséquents sont attribués par le représentant du pouvoir adjudicateur ou l'autorité exécutive locale. Les marchés subséquents des collectivités territoriales n'ont pas à être soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres. Toutefois, il peut être judicieux d'en organiser la consultation, dès lors que les marchés subséquents fixent à leur niveau des éléments essentiels, concernant en particulier, le prix. C'est pourquoi il est recommandé de soumettre à l'avis de la commission d'appel d'offres les marchés subséquents d'un montant supérieur aux seuils communautaires (33), la commission ne dispose alors que d'un pouvoir d'avis : elle n'est pas compétente pour attribuer le marché.

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en concurrence, si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure formalisée. La négociation directe avec les co-titulaires n'est possible que si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée ou si l'acheteur public se trouve dans l'une des hypothèses définies à l'article 35 du code des marchés publics (34).

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

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

Les accords-cadres sont soumis, pour leur durée d'exécution, au même régime que les marchés à bons de commande, il est également interdit de prolonger cette durée « 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 bons de commande leur sont applicables.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La définition des besoins doit être préalable.

Les marchés passés en application du système d'acquisition dynamique sont dits « marchés spécifiques ». Le pouvoir adjudicateur doit publier un avis de marché simplifié, établi conformément au formulaire standard 9, prévu par le règlement (CE) n° 1564/2005 du 27 septembre 2005 (35), au Journal officiel de l'Union européenne et respecter un délai de quinze jours à compter de la date d'envoi de cet avis, avant de procéder à la mise en concurrence.

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

leurs offres définitives.

8. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

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

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

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

Le pouvoir adjudicateur doit adopter, pour la satisfaction de ses besoins ainsi évalués, une procédure formalisée. Il garde cependant la faculté soit de passer un seul marché, soit, s'il le juge utile, de passer autant de marchés qu'il estime nécessaire. A titre d'exemple, la réalisation de travaux, dont le montant estimé est supérieur aux seuils de procédure, doit donner lieu à une procédure formalisée, mais pourra indifféremment faire l'objet d'un marché ou de plusieurs marchés. Dans cette dernière hypothèse, chacun de ces marchés devra respecter la procédure formalisée, même s'ils sont individuellement inférieurs aux seuils correspondants.

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

8.1. Pour les marchés de travaux : les notions d'ouvrage

et d'opération (art. 27-II [1°])

Le marché de travaux défini à l'article 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.

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

vigueur pour les marchés publics de travaux.

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

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

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

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

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

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

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

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

8.2. Pour les marchés de fournitures et de services :

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

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

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

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

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre, et qu'il lui appartient d'apprécier, en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action. A titre d'exemple, une paire de ciseaux peut tout aussi

bien s'apparenter pour une administration centrale à des fournitures de bureau, qu'à du matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers. Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité.

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

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

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

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

8.3. La détermination des marchés sans prix versé

par le pouvoir adjudicateur

Des marchés peuvent être des contrats à titre onéreux, alors même qu'ils ne donneraient pas lieu à versement d'un prix. C'est, en particulier, le cas lorsque la rémunération est effectuée par abandon de recettes. Peut être considérée comme une rémunération l'abandon de recettes publicitaires, ou l'exonération de redevance pour occupation du domaine public. Dans ce cas, le montant prévisible du marché est évalué à partir du montant des recettes abandonnées. Dans le cas de l'abandon de recettes publicitaires, le montant du marché est calculé à partir du montant estimé des recettes publicitaires (36).

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

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

et à la passation d'un marché ?

Les services de l'Etat et les pouvoirs publics centraux peuvent trouver une assistance par courriel auprès du bureau du Conseil des acheteurs publics (37).

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

de partenariat.

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

Cette commission a succédé à la commission des marchés publics de l'Etat, dont la saisine n'était ouverte qu'aux services de l'Etat.

Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance de l'économie dans les marchés publics a rendu facultative la saisine de la commission et élargi sa compétence aux collectivités territoriales, ainsi qu'aux établissements publics soumis au code des marchés publics. La commission consultative des marchés publics n'est saisie des marchés locaux que lorsque le montant de ces marchés dépasse un montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. Le seuil a été fixé à 1 million d'euros par l'arrêté du 22 octobre 2009 relatif à l'assistance apportée aux collectivités territoriales par la commission consultative des marchés publics pour l'élaboration et la passation de leurs marchés et accords-cadres (38).

Sa mission, son organisation et ses modalités de fonctionnement sont précisées par le décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009 relatif à la commission consultative des marchés publics (39).

TROISIEME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE

10. Quelles mesures de publicité

et de mise en concurrence ?

10.1. Pourquoi faut-il procéder à des mesures de publicité

et de mise en concurrence ?

Les mesures de publicité et de mise en concurrence assurent le respect des principes rappelés à l'article 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 (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98). Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de principes comparables, tirés des articles 7 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Conseil constitutionnel, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003, p. 11205). Le Conseil d'Etat applique au droit des marchés publics ces principes généraux (Conseil d'Etat, avis, 29 juillet 2002, société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, Lebon, p. 297).

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

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

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

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

10.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée

Sauf s'ils relèvent de l'article 30 du code (voir point 10.4), les marchés dont le montant est supérieur ou égal aux seuils fixés à l'article 26 (40) doivent être passés selon une procédure formalisée. L'acheteur public doit respecter les règles de publicité et de mise en concurrence fixées par le code.

10.2.1. Quelle publicité ?

Au-dessus de ces seuils, les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) (41). A compter du 1er janvier 2010, ils doivent, en outre, être publiés sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

10.2.1.1. La publication obligatoire au BOAMP et au JOUE

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

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

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

La publication au BOAMP ne doit pas intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne (OPOUE) et l'avis publié au BOAMP ne doit pas contenir plus de renseignements que celui transmis pour publication au JOUE. En pratique, le risque de contrevenir à ces prescriptions est limité, compte tenu du système de transmission automatique mis en place par les services du BOAMP. Ce dispositif a amené le Conseil d'Etat à juger que, lorsque l'acheteur public a recours au formulaire électronique unique dont le BOAMP assure lui-même la transmission en vue de la publication au

JOUE, en même temps qu'il l'utilise pour sa propre publication, l'absence de mention relative à la date de transmission de l'avis à l'OPOUE est sans incidence sur la régularité de la procédure, la date d'envoi figurant sur l'avis publié au BOAMP devant être regardée comme étant également celle de l'envoi à l'OPOUE (Conseil d'Etat, 8 août 2008, ville de Marseille, n° 312370).

Les rubriques du modèle d'avis doivent être remplies avec la plus grande attention. Les omissions, erreurs ou ambiguïtés sont autant d'occasion pour les candidats évincés de demander l'annulation de la procédure, même si ceux-ci ne peuvent utilement invoquer, devant le juge des référés précontractuel et contractuel, que des manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de les avoir lésés ou risquent de les léser (Conseil d'Etat, 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).

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

- les marchés à bons de commande, au sens du droit national, constituent des accords-cadres, au sens du droit communautaire. Dès lors, en cas de marché à bons de commande, la rubrique relative aux informations sur l'accord-cadre doit être renseignée (Conseil d'Etat, 8 août 2008, commune de Nanterre, n° 309136) ;
- 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 (Conseil d'Etat, 14 mai 2003, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin, n° 251336 (42) (cf. remarque 11.1) ;
- la quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, y compris en cas d'accord-cadre ou de marché à bons de commande sans minimum ni maximum. Dans ce cas, les acheteurs publics doivent renseigner la rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché (Conseil d'Etat, 24 octobre 2008, communauté d'agglomération de l'Artois, n° 313600 et 20 mai 2009, ministre de la défense, n° 316601) ;
- la rubrique relative aux options (43) doit être renseignée, lorsque sont prévues des prestations susceptibles de s'ajouter aux prestations commandées de manière ferme dans le marché dans le cadre d'éventuelles tranches conditionnelles, marchés similaires ou reconductions du marché. Ces options, que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils. Il convient donc de faire figurer dans cette rubrique le nombre de reconductions éventuelles du marché. Ne sont pas des options, des prestations dont le besoin apparaît en cours d'exécution : les avenants et les marchés complémentaires ne sont donc pas des options ;
- l'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement impose à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché, qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers (Conseil d'Etat, 17 novembre 2006, ANPE, n° 290712) ;
- l'avis de marché doit énoncer les documents ou renseignements, à partir desquels le pouvoir adjudicateur entend contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats (Conseil d'Etat, 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, n° 303779). A cette fin, l'acheteur peut exiger des candidats l'utilisation des formulaires DC 4 et DC 5 (44) (Conseil d'Etat, 21 novembre 2007, Département du Var, n° 300992),

sans toutefois aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'appréciation des capacités des candidats au regard de l'objet du marché ;

— la mention de la date limite de communication du dossier de la consultation ne doit être renseignée que si l'acheteur public entend fixer une telle date limite (Conseil d'Etat, 8 août 2008, commune de Nanterre, n° 309136) ;

— l'absence d'indication sur la ou les langues dans lesquelles l'offre peut être rédigée, constitue un manquement aux obligations de publicité (Conseil d'Etat, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, n° 229566) ;

— en l'absence, en droit français, d'obligations imposant le caractère public de la séance d'ouverture des plis, l'acheteur public n'est pas tenu de faire figurer, dans l'avis, des précisions relatives aux personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres, ainsi qu'aux date, heure et lieu de cette ouverture (Conseil d'Etat, 27 juillet 2001, Compagnie générale des eaux, n° 229566) ;

— dans la rubrique VI.4 relative aux procédures de recours, l'acheteur doit renseigner dans tous les cas la sous-rubrique VI.4.1 sur « l'instance chargée des procédures de recours », c'est-à-dire le tribunal administratif territorialement compétent, ainsi que l'une au moins des sous-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 » (Conseil d'Etat, 8 février 2008, Commune de Toulouse, n° 303748). S'il renseigne la rubrique VI.4.2, il peut se borner à renvoyer à l'article L. 551-1 du code de justice administrative (Conseil d'Etat sect., 3 octobre 2008, Smirgeomes, n° 305420) ou à indiquer la possibilité de former un référé précontractuel avant la signature du marché (Conseil d'Etat, 22 décembre 2008, Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance, n° 311268) ; s'il renseigne la rubrique VI.4.3 : la mention du nom et des coordonnées du tribunal administratif compétent est suffisante (Conseil d'Etat, 6 mars 2009, Commune de Savigny-sur-Orge, n° 315138) (45).

Enfin, 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 (Conseil d'Etat, 16 novembre 2005, ville de Paris, n° 278646).

10.2.1.2. La publication obligatoire sur le profil d'acheteur

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

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

Les portails dédiés à la publication d'avis de marchés peuvent avoir une plus grande visibilité que les sites Internet des acheteurs publics et proposer davantage de

fonctionnalités, dont la possibilité d'identification des opérateurs économiques qui y accèdent pour télécharger le dossier de consultation des entreprises ou le dépôt de leurs candidatures et de leurs offres par voie électronique. Il est de bonne pratique de mettre en place une plate-forme spécifique pour l'ensemble de ses marchés et d'y prévoir un répertoire des avis de marché avec inscription à une liste de diffusion ; les possibilités offertes par internet sont ainsi pleinement exploitées au profit d'une transparence et d'une efficacité accrues (46).

A compter du 1er janvier 2010 et pour ses marchés de plus de 90 000 € (HT), le pouvoir adjudicateur publie obligatoirement les avis d'appel public à la concurrence, ainsi que les documents de la consultation, sur son profil d'acheteur.

10.2.1.3. La publicité complémentaire

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

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

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

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

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

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

Le contenu des avis de publicité complémentaires est laissé à l'appréciation de l'acheteur public qui peut se contenter d'informations minimales, à la condition expresse qu'il renvoie aux insertions faites dans le cadre des publications obligatoires et qui contiennent la totalité des renseignements publiés (cf. article 4 de l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (47)). La publicité complémentaire

peut intervenir postérieurement aux publications obligatoires. Elle n'a, toutefois, jamais pour effet de prolonger le délai de réception des candidatures.

10.2.1.4. La publication d'un avis de préinformation

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

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

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

10.2.2. Quelles mesures de mise en concurrence ?

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

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

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

10.2.2.1. Les marchés de fournitures et de services

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

Si les conditions en sont réunies, il est possible de recourir au marché négocié (art. 35), à la procédure définie par l'article 30 ou à la procédure de dialogue compétitif (art. 36). Le code prévoit, en outre, la possibilité de recourir à des procédures spécifiques, telles que la procédure de conception-réalisation (art. 37), la procédure du concours (art. 38), la procédure des marchés de définition (art. 73) (48) ou encore, selon l'objet du marché, les procédures particulières prévues aux articles 68 (opérations de communication), 71 (décoration des constructions publiques) et 74 (maîtrise d'œuvre).

10.2.2.2. Les marchés de travaux

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

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

recours à la procédure négociée ou au dialogue compétitif.

10.3. En dessous des seuils de procédure formalisée :

les marchés à procédure adaptée

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

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

(25) CE 11 août 2009, communauté urbaine Nantes Métropole, n° 319949. (26) Dans le cadre des marchés de travaux, est utilisée la notion de poste technique. (27) CE, 30 juin 2004, OPHLM Nantes-Habitat. (28) La fiche technique consacrée aux contrats de performance énergétique tenue à jour sur le site du ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, précise le régime applicable à ce type de contrats. (29) Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 portant programmation pour la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JO n° 0179 du 5 août 2009, p. 13031. (30) Pour des informations complémentaires sur les marchés à bons de commande, il est recommandé de se référer à la fiche technique mise à jour sur le site internet du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi à l'adresse suivante : http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/conseils_acheteurs/index.htm. (31) Conseil d'Etat 18 janvier 1991, ville d'Antibes c/ SARL Dani, n° 91344. (32) Pour des informations complémentaires sur les accords-cadres, il est recommandé de se référer à la fiche technique disponible sur le site internet du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi à l'adresse suivante : http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/conseils_acheteurs/index.htm. (33) Circulaire du ministre délégué aux collectivités territoriales du 30 mars 2007 sur les modalités de passation des accords-cadres par les collectivités territoriales, NOR MCT/B/07/00041/C. (34) Rép. min. n° 25591, JO Sénat 1er mars 2007, p. 459. (35) Règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil. (36) Par ex. CAA Lyon 2 février 2004, société Michel Charmettan Construction, n° 98LY01271. (37) http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/courriel.htm. (38) JO n° 247 du 24 octobre 2009, p. 17877. (39) http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/daj/cmpe/index.php. (40) Depuis le 1er janvier 2008, ces seuils sont : — pour les marchés de fournitures ou services : 133 000 € (HT) pour l'Etat ou 206 000 € (HT) pour les collectivités territoriales ; — pour les marchés de travaux : 5 150 000 € (HT) pour l'Etat et les collectivités territoriales. A partir du 1er janvier 2010, ces seuils seront : — pour les marchés de fournitures ou services : 125 000 € (HT) pour l'Etat ou 193 000 € (HT) pour les collectivités territoriales ; — pour les marchés de travaux : 4 845 000 € (HT) pour l'Etat et les collectivités territoriales. (41) L'insertion des avis au BOAMP donne lieu à une publication sur support papier, toujours doublée d'une publication sur le site internet du BOAMP. Au JOUE, la publication des avis est uniquement dématérialisée. (42) 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). (43) La

définition des options ici retenue est celle du droit communautaire. La définition retenue par la circulaire du 3 août 2006 est abandonnée. (44) Le formulaire DC 4 intitulé « Lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses cotraitants » et le formulaire DC 5 intitulé « Déclaration du candidat » sont des modèles proposés aux acheteurs publics et aux candidats aux marchés publics par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, afin de simplifier les opérations d'achat et sécuriser les procédures. Ils sont accessibles à l'adresse internet suivante :

http://www.bercy.gouv.fr/formulaires/daj/daj_dc.htm. (45) Le formulaire standard européen d'avis de marché et son manuel d'utilisation sont accessibles à l'adresse internet suivante : http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/formulaires/index.htm. (46)

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 août 2006, n° C-179/2). (47) JO n° 199 du 29 août 2006, p. 12769. (48) Les marchés de définition font l'objet d'une procédure en manquement, en cours devant la CJCE à la date de publication du présent guide.

10.3.1. Les marchés inférieurs au seuil de dispense

de procédure (49)

En se fixant un seuil en deçà duquel le pouvoir adjudicateur est dispensé de la mise en œuvre de mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics, la France rejoint ses partenaires européens. La plupart des pays membres de l'Union, ainsi que la Commission européenne, ont, en effet, adopté un tel seuil.

Jusqu'à ce seuil, le pouvoir adjudicateur « peut décider que le marché sera passé sans publicité, ni mise en concurrence préalables » (art. 28 du code, dernier alinéa).

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

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

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

L'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics invitent donc les

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

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

10.3.2. Les marchés d'un montant égal ou supérieur

au seuil de dispense de procédure

10.3.2.1. Quelle publicité ?

Entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros (HT) :

— le choix du support de la publicité :

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

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

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

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

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

Les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

Ce moyen de publicité peut être un moyen unique suffisant, à la condition expresse que le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu du marché. Il est recommandé aux acheteurs publics d'informer les candidats potentiels, par exemple au

moyen de la publication d'un avis sur un support traditionnel, de leur intention de publier désormais leurs avis sur le profil d'acheteur. En revanche, pour des sites à audience plus réduite, il convient de ne considérer ce mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

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

La détermination du contenu de la publicité :

Quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi, doivent toujours être mentionnés : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, le cas échéant, leurs conditions de mise en œuvre (Conseil d'Etat Sect., 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi, n° 290236).

Lorsque le pouvoir adjudicateur procède à la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, sa marge d'appréciation est plus limitée. Dans ce cas, et quel que soit l'organe de publication utilisé (BOAMP, journal d'annonces légales ou autres publications), l'article 5 de l'arrêté du 28 août 2006 fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres impose aux acheteurs publics l'utilisation du modèle d'avis d'appel public à la concurrence fixé par cet arrêté. L'avis doit alors contenir, au minimum, les informations indiquées comme obligatoires : le nom et l'adresse de l'organisme acheteur, l'objet du marché, les critères d'attribution, le type de procédure choisie, les délais de réception des candidatures et des offres, la date d'envoi de l'avis pour publication.

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 ne relevant 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). A compter du 1er janvier 2010, les acheteurs sont, en outre, tenus de publier les avis sur leur profil d'acheteur.

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

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

Les avis adressés au BOAMP sont obligatoirement transmis par téléprocédure. Pour toutes les catégories de marchés, les acheteurs devront pour la publication de leurs avis, tant au BOAMP, dans un journal d'annonces légales que dans la presse spécialisée,

utiliser les formulaires obligatoires fixés par l'arrêté du 28 août 2006 précité (50). Les principes dégagés par le juge au sujet des formulaires communautaires trouvent à s'appliquer (51).

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 certains marchés puissent être passés selon une procédure adaptée ne les dispense pas du respect des principes généraux de la commande publique.

Le respect des principes constitutionnels :

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

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

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

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

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

Le choix des délais de procédure :

La détermination des délais de remise des candidatures ou des offres est laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. L'efficacité de la mise en concurrence suppose, toutefois, de laisser aux opérateurs économiques intéressés un délai suffisant pour concevoir leur dossier de candidature et leur offre, compte tenu de l'importance et de la complexité du besoin ainsi que de son caractère urgent.

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

Le choix des modalités de la mise en concurrence :

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

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

Si l'acheteur décide de recourir à cette possibilité, il doit en informer les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation. En outre, le principe d'égalité des candidats impose de négocier avec l'ensemble des opérateurs économiques admis à présenter une offre, le cas échéant après une phase de sélection des candidatures.

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 ont entendu soumettre à des procédures simplifiées quel que soit leur montant.

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 et 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.

Cette procédure permet d'offrir une grande liberté d'organisation aux acheteurs publics. Les développements du présent guide relatifs aux marchés d'un montant supérieur au seuil de dispense de procédure et 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 au seuil de l'article 26, ces marchés doivent obligatoirement, pour leur passation, fixer préalablement des spécifications techniques et faire l'objet d'un avis d'attribution (52) ;

— 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 206 000 euros HT (47) 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 (53) ;

— 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... [54]) sont dispensés de l'application du titre IV du code relatif à l'exécution des marchés.

11. Comment sélectionner les candidats ?

11.1. Qui peut se porter candidat ?

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

C'est la raison pour laquelle il est, par exemple, interdit à l'acheteur public d'écartier un candidat qui aurait, à l'occasion d'un précédent marché conclu avec ce dernier, recueilli des informations, sans établir que ces informations étaient effectivement susceptibles de l'avantager et ainsi de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats (55).

Les interdictions de soumissionner résultent de condamnations pénales, de la situation personnelle de l'entreprise et du respect des obligations fiscales et sociales et des obligations en matière d'embauche de travailleurs handicapés. Le code renvoie à la liste établie par l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (56). Cette liste est complétée par l'article 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

La candidature d'une entreprise peut être rejetée, au motif que l'Etat dont elle est ressortissante, n'est pas partie à l'accord sur les marchés publics (57). (cf. communication du 17/04/2009 du commissaire européen Mc Creevy).

Un acheteur public ne peut interdire 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 (CJCE 19 mai 2009 Assitur Srl, affaire C-538/07).

11.2. Comment présenter un dossier de candidature ?

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

En revanche, demeure l'obligation incombant à l'acheteur d'examiner les candidatures avant les offres.

11.3. Que doit contenir un dossier de candidature ?

Le marché ne pourra être attribué que si le candidat fournit les attestations et certificats exigés, lorsqu'il est avisé qu'il a été retenu.

Afin d'alléger la composition des dossiers de candidature, certaines attestations n'ont pas

à être produites par tous les candidats, mais uniquement par le seul candidat dont l'offre est retenue, préalablement à la signature du marché. Il s'agit :

— des pièces prévues aux articles D. 8222-5 et D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail (lutte contre le travail dissimulé) ;

— des attestations ou certificats, prouvant que le candidat est en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales ;

— des certificats équivalents établis par les administrations et organismes du pays d'origine, si le candidat est ressortissant d'un Etat autre que la France. A défaut, il peut alors s'agir d'une déclaration sous serment, d'une déclaration solennelle formulée devant l'autorité judiciaire, administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays concerné.

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

Pour avoir accès à la commande publique, le candidat ne doit pas être dans une des situations lui interdisant de soumissionner à un marché public mentionnée à l'article 43 du code des marchés publics.

Les candidats à un marché public doivent produire, avec le dossier de candidature, une attestation sur l'honneur qu'ils ne sont soumis à aucune de ces interdictions. Cette attestation sur l'honneur doit être datée et signée.

11.4. Quelles sont les modalités de sélection des candidats

et les documents et renseignements à fournir ?

11.4.1. L'entreprise a-t-elle les capacités nécessaires

à l'exécution du marché ?

Les dispositions du code des marchés publics font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public (58). Cette vérification s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à la concurrence, ou dans le règlement de consultation dans les cas de procédures dispensées de l'envoi de tels avis, parmi ceux dont la liste est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie. En effet, il ne peut être exigé des candidats que les pièces mentionnées à l'arrêté du 28 août 2006, fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (59).

Mais la faculté offerte au pouvoir adjudicateur de choisir, parmi ceux fixés par arrêté, 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 (60).

Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements objectivement nécessaires à l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières, ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les

engager (61). Ce principe est également applicable aux procédures adaptées, notamment pour les marchés de service passés en application de l'article 30 du code.

Ces pièces sont exigées des candidats dans un délai, fixé par le code pour les procédures formalisées et qui, dans le cas des procédures adaptées, doit être un délai raisonnable : il est indispensable de laisser aux candidats un délai suffisant pour préparer leur dossier de candidature. Ainsi, dans le silence du code et sauf circonstances exceptionnelles, il n'est pas raisonnable, en procédure adaptée, d'accorder moins de dix jours à une entreprise pour préparer et remettre son dossier de candidature. Dix jours est, d'ailleurs, le délai minimum que doit laisser aux candidats le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il les appelle à régulariser leur dossier de candidature (art. 52).

Le code prévoit deux processus de filtrage des candidatures, selon que le pouvoir adjudicateur décide de choisir entre une procédure ouverte, dans laquelle tout candidat remet simultanément un dossier de candidature et d'offre et une procédure restreinte, qui se déroule en deux étapes séparées : la sélection des candidats admis à présenter une offre et le choix de l'offre.

La procédure restreinte permet au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre d'offres à examiner, ce qui rend plus facile la comparaison des offres. Il est possible, notamment, de se concentrer sur les offres émanant des opérateurs économiques offrant les meilleures garanties de capacités à exécuter les prestations faisant l'objet du marché. La procédure ouverte 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.

11.4.2. L'élimination des candidatures

Même si le pouvoir adjudicateur ne fixe pas un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre, il doit procéder à l'examen et, le cas échéant, à l'élimination des candidatures. S'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacités (62), 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.

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, lorsque la procédure est dispensée de la publication d'un tel avis, 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.

Les capacités sont alors appréciées sur le fondement des renseignements ou documents demandés au candidat en application de 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 (63).

Le pouvoir adjudicateur peut écarter la candidature d'une entreprise qui n'aurait pas exécuté correctement des marchés antérieurement conclus. Mais, si l'entreprise fournit des références autres que celles relatives aux marchés précédents, le pouvoir adjudicateur doit examiner ces autres références et ne pas motiver le rejet de la candidature sur la seule mauvaise exécution des marchés antérieurs (64).

11.4.3. La sélection des candidatures

La sélection des candidatures est pratiquée dans le cadre des procédures restreintes, pour lesquelles l'acheteur a décidé de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Les critères de sélection des candidatures doivent être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, lorsque la publication d'un tel avis n'est pas nécessaire, dans le règlement de la consultation, comme le précise le II de l'article 52 du code.

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

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

Les critères de choix sont de deux types : les capacités techniques et professionnelles, et les capacités financières.

11.4.5. Les capacités techniques et professionnelles

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

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

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

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

S'agissant des certificats professionnels, le pouvoir adjudicateur doit préciser que la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux, attestant de la compétence de l'opérateur économique à effectuer la prestation pour laquelle il se porte candidat. Les qualifications professionnelles sont établies par des organismes professionnels de qualification (65).

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 (66).

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 » (67).

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

Les références demandées doivent être en rapport et proportionnées avec l'objet du marché : le candidat choisit celles qui lui semblent les plus appropriées. L'acheteur en vérifie la réalité, en respectant le secret des affaires. Mais « l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat » (art. 52-I du CMP), afin de ne pas pénaliser l'accès des entreprises nouvelles, notamment les petites et moyennes entreprises, à la commande publique. Il est possible de rejeter la candidature d'une entreprise, au motif que les prestations passées n'ont pas été satisfaisantes, à la condition expresse que ces prestations contestables soient la seule référence de capacité professionnelle donnée (CE, 10 juin 2009, région Lorraine, n° 324153).

11.4.6 Les capacités financières

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lors de l'examen des candidatures, en procédure formalisée ou en procédure adaptée, les acheteurs peuvent demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée afférente à leur candidature et à leur capacité juridique (68). Le code n'impose pas au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires les pièces manquantes. S'il décide de ne pas procéder à une demande de régularisation, les candidats dont le dossier n'est pas complet ne sont pas admis à présenter une offre.

S'il utilise cette faculté, le représentant du pouvoir adjudicateur procède à la demande de régularisation, qu'il adresse aux candidats dont le dossier est incomplet. Le principe d'égalité de traitement des candidats implique qu'un délai identique soit octroyé à l'ensemble des candidats, pour compléter leur candidature. C'est la raison pour laquelle le représentant du pouvoir adjudicateur informe les autres candidats, en leur précisant qu'ils peuvent profiter de la réouverture du délai de réception des candidatures pour, s'ils l'estiment nécessaire, s'assurer de la complétude de leur dossier de candidature. Le délai octroyé par le pouvoir adjudicateur doit être raisonnable. Le code précise qu'il ne saurait être inférieur à dix jours (art. 52). Ce n'est qu'au terme de ce délai que l'autorité

compétente peut statuer sur les candidatures.

En aucun cas, ce nouveau délai ne peut être mis à profit par les candidats pour compléter leur offre.

Le plus souvent, ce délai ne sera donc utile qu'à l'entreprise dont le dossier n'est pas complet.

11.6. Quels sont les documents à produire par le candidat

auquel il est envisagé d'attribuer le marché ? (69)

Pour prouver qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales, le candidat, dont l'offre a été retenue doit produire des attestations et certificats délivrés par les administrations compétentes. La liste figure dans l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (70). Il peut s'agir d'une copie de l'état annuel des certificats reçus, dont le modèle figure au formulaire DC 7 (71).

Si le montant du contrat est égal ou supérieur à 3 000 euros, le candidat retenu doit en outre, fournir les pièces mentionnées à l'article D. 8222-5 du code du travail (travail dissimulé), s'il est établi en France ou bien celles mentionnées à l'article D. 8222-7, s'il est établi à l'étranger. Ces obligations ont été introduites dans le code du travail par l'article 71 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (modifiant l'article L. 8222-2 du code du travail) et par le décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005 relatif au travail dissimulé (modifiant les articles D. 8222-5 et D. 8222-7 du code du travail). En application de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur est tenu, en sa qualité de donneur d'ordre, non seulement, d'exercer ce contrôle préalablement à la passation de toute commande, mais encore d'exiger ces pièces tous les six mois jusqu'au terme de l'exécution du contrat.

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

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

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

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

11.7. 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 est obligatoire pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique et devient obligatoire dans un nombre croissant d'autres cas.

A compter du 1er janvier 2010 :

— pour les marchés d'un montant supérieur à 90 000 € HT, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit publier les avis d'appel public à la concurrence, ainsi que les documents de la consultation sur son profil d'acheteur (cf. 10.2.1.2) ;

— le pouvoir adjudicateur peut imposer aux candidats la transmission par voie électronique de leurs candidatures et de leurs offres ;

— les candidats aux marchés de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 € HT doivent transmettre leurs documents par voie électronique.

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

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

Le pouvoir adjudicateur est libre de dématérialiser entièrement une procédure adaptée ou la passation d'un marché subséquent à un accord-cadre. Cette décision s'impose aux candidats.

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

11.7.1. Lors d'une transmission par voie électronique,

faut-il signer électroniquement et comment ?

En vertu de l'article 48 du code des marchés publics, un candidat peut avoir à transmettre son offre par voie électronique. Il convient de ne pas confondre la transmission par voie électronique, avec la transmission d'un support électronique (CD-Rom, clé USB...) par voie postale. Cette dernière est, en effet, assimilée à une transmission sur support papier. Quel que soit son mode de transmission, pour les marchés à procédure formalisée, l'acte d'engagement dématérialisé doit être signé électroniquement par une personne habilitée.

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

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

Un certificat de signature électronique est un document sous forme électronique qui a pour but d'authentifier l'identité de la personne signataire (carte d'identité), de garantir l'intégrité

des documents échangés (protection contre toute altération) et l'assurance de non-répudiation (impossibilité de renier sa signature).

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

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

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

Conformément aux dispositions de l'arrêté pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés (72) pour signer électroniquement sa candidature et son acte d'engagement, l'entreprise choisit librement une catégorie de certificats de signature électronique ainsi référencée. Les personnes habilitées pour engager la personne morale doivent disposer d'un certificat, qui est nominatif.

Cet arrêté garantit aux entreprises que toutes les catégories de certificats de signature électronique référencées sont acceptées par tous les pouvoirs adjudicateurs (Etat, collectivités territoriales, établissements publics). Par ailleurs, de tels certificats peuvent également être utilisés pour d'autres téléservices (TéléTV@, téléc@rte grise, déclarations sociales...).

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

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

En application de l'arrêté du 28 août 2006 précité, parallèlement à l'envoi électronique, les opérateurs économiques peuvent ainsi faire parvenir au pouvoir adjudicateur une copie de sauvegarde sur support physique électronique (CD-Rom, DVD-Rom, clé USB...) ou sur support papier. Cette copie est transmise sous pli scellé et comporte obligatoirement la mention : « copie de sauvegarde ». Les documents figurant sur ce support doivent être revêtus de la signature électronique (pour les documents dont la signature est obligatoire). Cette copie de sauvegarde pourra, par exemple, être ouverte en cas de défaillance du système informatique (qui supporte la dématérialisation) ou lorsqu'un programme informatique malveillant (virus) est détecté dans le document électronique transmis par l'opérateur économique.

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

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

11.7.5. Comment dématérialiser le certificat de cessibilité ?

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

11.7.6. Où trouver davantage de renseignements

sur la dématérialisation des marchés publics ?

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

12. Quand pourquoi et comment négocier ?

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

12.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

12.1.1. En dessous des seuils des marchés formalisés

Lorsque leur montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 26, les marchés peuvent être passés selon une procédure de mise en concurrence adaptée par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et de l'étendue des besoins. Pour respecter le principe de transparence des procédures, la négociation doit être annoncée dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. Cette négociation, qui peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix (73), est vivement recommandée. Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible.

12.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés

12.1.2.1. Les catégories de marchés négociés

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

Il existe deux catégories de marchés négociés :

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

Parmi les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence, une attention toute particulière doit être portée sur les marchés négociés de l'article 35.1.10 ;

Il s'agit des marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrégulières ou

inacceptables (article 35.I.1).

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

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

Une offre peut être aussi inacceptable, parce que les crédits alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. On prendra garde que cette évaluation ait été réaliste (74).

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

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

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

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

Cette procédure dérogatoire, est particulièrement encadrée.

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

Elle a été admise dans les circonstances suivantes :

- pour la mise en service du réseau téléphonique d'un établissement public de santé, en raison de retard pris à la suite de l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres mise en œuvre (Conseil d'Etat 11 oct. 1985, Compagnie générale de distribution téléphonique c/ Centre hospitalier régional de Rennes, n° 38788) ;
- pour la réalisation de travaux de sécurité de première nécessité, conditionnant l'accès à un bâtiment par le public à la suite de la tempête de décembre 1999, dès lors que les marchés en cause sont passés dans les heures, les jours, au plus les semaines suivant la survenance de la tempête (réponse min. JO Ass. nat. 27 mars 2000, p. 2025).

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

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

Il est également possible d'utiliser cette procédure, lorsque seules des offres inappropriées ont été déposées.

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

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

Le recours aux dispositions des articles 35-II-4 et 35-II.5 ne peut être envisagé que si le changement de prestataire obligeait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel technique entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis, ou à être confronté à des difficultés techniques disproportionnées par rapport à la fourniture ou à la réalisation des prestations du marché initial.

Les prestations similaires mentionnées à l'article 35-II.6 doivent être entendues comme réalisables, à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial. Le recours à cette procédure suppose, en outre, que le marché initial en ait fait mention et que la mise en concurrence initiale ait pris en compte le montant total envisagé, y compris celui de prestations similaires à commander ultérieurement.

Le recours à l'article 35-II.8 est encadré par la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire C-385/02, la CJCE (arrêt République italienne, 14 septembre 2004) a jugé que les raisons techniques justifiant le recours à cette procédure doivent être démontrées par le pouvoir adjudicateur. Concernant la maîtrise d'œuvre, le Conseil d'Etat a également fixé les limites du recours à l'article 35-II.8 en précisant les points suivants :

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

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

12.1.2.2. Quel est le rôle de la commission d'appel d'offres

des collectivités territoriales dans la procédure négociée (art. 66) ?

Pour les marchés locaux, la commission d'appel d'offres n'intervient pas au stade du lancement de la procédure négociée. En revanche, elle intervient obligatoirement en fin de procédure puisque le code dispose que la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales et de leurs établissements publics attribue le marché. Il n'en va autrement qu'en ce qui concerne les concours et les marchés de maîtrise d'œuvre (art. 70 et 74 du CMP), pour lesquels le marché est attribué par l'assemblée délibérante.

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

12.2. Quels sont les avantages de la négociation ?

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

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

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

Il est ainsi possible de négocier sur :

- le prix : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou au contraire surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- le délai : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient très 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 pas être confondue avec un marchandage. Imposer à son cocontractant un prix irréaliste revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. Une bonne gestion des deniers publics requiert que la négociation ne se cantonne pas à celle du prix et de recourir à des acheteurs formés à cette technique.

12.3. Quelles sont les contraintes de la négociation ?

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

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

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

Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à un pouvoir adjudicateur

souhaitant passer un marché en procédure négociée d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre (Conseil d'Etat 20 mai 2009, Ministre de la défense, n° 316602). Toutefois, il est recommandé aux acheteurs de fixer ce délai.

Dans les procédures formalisées, les acheteurs publics ne peuvent librement choisir les opérateurs économiques appelés à négocier. Le code dispose qu'ils peuvent en limiter le nombre, à la condition de l'avoir annoncé préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence, s'il a été procédé à la publication d'un tel avis. Cette faculté est encadrée par le droit communautaire, qui interdit de fixer un nombre minimal de candidats inférieur à trois. Dans la pratique, si seulement un ou deux candidats se présentent, l'acheteur peut continuer la procédure. Les acheteurs publics doivent négocier avec tous les candidats admis à cette négociation.

Dans les marchés passés selon une procédure adaptée, les acheteurs publics sont libres de choisir les opérateurs avec lesquels ils souhaitent engager la négociation. Ils peuvent, sans y être tenu, en indiquer le nombre ou les critères de choix, dans un éventuel avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ; dans ce cas, ils devront en respecter les mentions. Ils restent, dans tous les cas, tenus au respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

(49) Le seuil de dispense de procédure a été introduit et fixé à 4 000 € HT dans le code des marchés publics par le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales (JO n° 278 du 30 novembre 2004, p. 20310). Ce montant a été porté à 20 000 € HT, qui est le seuil moyen retenu par les autres Etats européens, par le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics (n° 296 du 20 décembre 2008, p. 19548). (50) Le modèle national d'appel public à la concurrence et sa fiche explicative sont accessibles sur le site internet du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi à l'adresse suivante :

http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/formulaires/index.htm. (51) Voir point 10.2.1.1. (52) Evaluation du montant du marché s'effectue conformément aux modalités définies à l'article 27 du code, notamment au regard de la notion d'unité fonctionnelle. (53) Ibidem. (54) 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. (55) CE 29 juillet 1998, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Société Genicorp, n° 177952. (56) 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. (57) L'accord sur les marchés publics (AMP) a été conclu en 1994 sous l'égide de l'organisation mondiale du commerce. Il permet aux fournisseurs de biens et de services d'avoir accès, dans les mêmes conditions que les fournisseurs nationaux, aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres. Il a été intégré dans l'ordre juridique communautaire par une décision du Conseil du 22 décembre 1994 et pris en compte dans deux directives du 13 octobre 1997 et 16 février 1998. (58) CE 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, n° 303779. (59) JO du 29 août 2006, p. 12766. (60) CE 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, précité. (61) CE 6 mars 2009, Commune de Savigny-sur-Orge, n° 315138. (62) 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, mentionné aux tables du Lebon). (63) CE 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, n° 303779 ; CE 8 août 2008, Région de Bourgogne, n° 307143. (64) CE 10 juin 2009, Région Lorraine, n° 324153, mentionné aux tables du Lebon. (65) 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. (66) Ibidem. (67) CE 25 janvier 2006, Département de la Seine-

Saint-Denis, n° 278115. (68) Possibilité introduite en 2009, art. 52 du code des marchés publics. (69) Rappel : les attestations sociales et fiscales ne sont remises qu'au moment de l'attribution. Au stade préalable à l'attribution, les candidats produisent une attestation sur l'honneur. Les acheteurs publics veilleront à ne pas imposer aux entreprises des formalités inutiles en demandant ces attestations à des entreprises non retenues. (70) JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12766. (71) Le formulaire DC 7 est le formulaire qui peut être utilisé par les candidats retenus à un marché public qui doivent, préalablement à la signature et à la notification du marché, justifier auprès de l'acheteur de la régularité de leur situation fiscale et sociale. Il peut donc remplacer la production des certificats fiscaux et sociaux. Il peut être téléchargé à l'adresse suivante : http://www.bercy.gouv.fr/formulaires/daj/daj_dc.htm. (72) JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12766. (73) De manière générale sur la question des prix, il sera utile de se référer à la circulaire du 5 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics, NOR ECOM8710070C. (74) Le juge sanctionnerait le fait qu'une évaluation ait été volontairement irréaliste pour réserver la possibilité du recours à un marché négocié.

13. Comment mener un dialogue

compétitif (art. 67) ?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La procédure peut être déclarée sans suite pour motif d'intérêt général, mais l'attention des acheteurs publics est appelée sur les limites attachées à cette faculté : ces motifs doivent être réels et sont susceptibles d'être contrôlés par le juge. Le risque de porter

atteinte aux secrets industriels ou commerciaux étant accrus dans le cadre de la procédure du dialogue compétitif, la responsabilité de l'acheteur pourrait, le cas échéant, être engagée plus facilement.

14. Comment choisir l'offre économiquement

la plus avantageuse ?

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

— définir au mieux son besoin, affiner sa connaissance du secteur d'activité, éviter d'alourdir inutilement le coût des procédures et les frais de dossier, par des exigences injustifiées, afin de susciter une mise en concurrence optimale ;

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

Il est recommandé de sélectionner les offres par l'application de plusieurs critères. Le critère du « mieux-disant » est préférable à celui du « moins-disant ». Le « critère prix » n'est, en effet, qu'un critère parmi l'ensemble des critères de choix possibles indiqués à l'article 53.

L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. L'acheteur doit également être en mesure d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.

Quel que soit le montant du marché, les acheteurs doivent veiller à détecter les offres anormalement basses. Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Toutefois, et quel que soit le montant du marché, l'acheteur ne peut rejeter des offres, dont le prix semble anormalement bas, sans avoir demandé, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre et sans avoir vérifié cette composition, en tenant compte des justifications fournies. Le rejet de l'offre, au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être motivé. Seule une vraie connaissance du marché permet de se prémunir contre ce risque. Retenir une offre anormalement basse ne présente en soi aucun risque juridique. Le risque pèse surtout sur les deniers publics, il a trait à la possible défaillance du titulaire ainsi retenu et aux coûteux avenants, auxquels l'acheteur devra consentir pour rendre possible l'exécution des prestations.

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

14.1. Quels sont les critères du choix de l'offre

économiquement la plus avantageuse ?

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

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

14.1.1. Comment choisir les critères de sélection

des offres (art. 53) ?

L'acheteur public peut librement choisir les critères de sélection des offres, pourvu que ces critères ne soient pas discriminatoires et restent liés à l'objet du marché :

— il est possible de ne choisir qu'un seul critère, compte tenu de l'objet du marché. Ce critère est alors obligatoirement le prix. On prendra garde cependant, dans le cas d'un marché complexe, au fait que ne retenir que le seul critère du prix peut être contraire aux dispositions de l'article 53 du code (Conseil d'Etat, 6 avril 2007, département de l'Isère, n° 298584) ;

— il est possible de choisir plusieurs critères. Le prix n'est alors pas un critère obligatoire si les critères retenus permettent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard à l'objet du marché (Conseil d'Etat, 28 avril 2008, commune de Toulouse, n° 280197).

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

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

En application des dispositions des articles 52 et 53 du code des marchés publics, la vérification de la capacité des candidats à livrer ou exécuter les produits ou les prestations

objets du marché puis, l'attribution du marché sont deux opérations différentes. Les offres ne peuvent donc être jugées sur des critères qui relèvent de l'appréciation des capacités des candidats.

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

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

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

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

Le critère peut ne pas présenter de caractère purement économique. Il peut être, par exemple, environnemental (Cour de justice des Communautés européennes, 20 sept. 1988, Gebroeders Beentjes, aff. 31/87, Rec. 1988, p. 4635). Il peut également s'agir d'un critère esthétique (Conseil d'Etat, 28 avr. 2006, commune de Toulouse, n° 280197, Conseil d'Etat, 5 novembre 2008, commune de Saint-Nazaire, n° 310484).

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

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

Les règles du jeu applicables doivent être connues à l'avance par les soumissionnaires. Il apparaît également préférable de préciser celles des exigences qui auront une prépondérance sur les autres.

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

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

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

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.

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

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

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

14.1.2. Comment utiliser les critères de sélection des offres ?

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

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

Le principe est que les critères de sélection des offres doivent être pondérés, à l'exclusion des concours et des marchés passés selon une procédure adaptée. Le recours à la hiérarchisation n'est possible que si la pondération est impossible, du fait de la complexité du marché. Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prouver cette impossibilité (Conseil d'Etat, 7 oct. 2005, Communauté urbaine Marseille-Provence Métropole, n°

276867). Dans la pratique, dès lors que chaque critère peut être affecté d'un coefficient, exprimé le cas échéant par une fourchette, une telle démonstration est très difficile (Conseil d'Etat, 5 avr. 2006, Ministre de la défense, n° 288441).

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

Son usage est donc recommandé, même dans les cas où elle n'est pas obligatoire, par exemple pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Dans le cadre de ces procédures en effet, les principes fondamentaux de la commande publique impliquent l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence s'il existe, dans les documents de la consultation. Cette information appropriée doit également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient aussi, en conséquence, au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre, selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné (76).

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

14.2. Comment intégrer des préoccupations

de développement durable dans l'achat public ?

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

L'article 5 relatif à la définition des besoins impose au pouvoir adjudicateur de tenir compte de préoccupations de développement durable. Celui-ci peut être défini comme un développement, qui répond aux besoins du présent, sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Le pouvoir adjudicateur doit s'interroger sur les possibilités d'intégrer des exigences en termes d'environnement, de conditions de travail et de coût global de l'achat.

14.2.1. Les préoccupations environnementales

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

— au moment 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.

— au moment de la présentation des candidatures, l'article 45 autorise les acheteurs publics à examiner le savoir-faire des candidats, en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques.

— au moment de la présentation des offres, l'article 53 permet aux acheteurs publics de prendre en compte un ou plusieurs critères environnementaux, alors même qu'il ne s'agit pas de critères purement économiques (Cour de justice des Communautés européennes, 17 sept. 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, aff C-513/99). Un critère dénué de caractère économique peut être de nature à déterminer la valeur de l'offre pour l'acheteur public, par exemple, pour les marchés dans lesquels la collectivité publique ne verse pas une somme donnée à son cocontractant. Tel est le cas, par exemple, des contrats de mobiliers urbains, pour lesquels le juge a admis l'utilisation d'un critère esthétique (Conseil d'Etat, 5 avr. 2006, *Commune de Toulouse*, précité).

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

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

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

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

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

Pour de plus amples informations, il est possible de se reporter au guide publié par la Commission européenne, « Acheter vert : un manuel sur les marchés publics écologiques » (77), ainsi qu'à sa communication interprétative relative à des marchés publics pour un environnement meilleur (78).

14.2.2. 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,... (79) (80).

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

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

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

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

— la promotion du commerce équitable.

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

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

Le pouvoir adjudicateur peut utilement se faire assister par le « facilitateur », une personne appartenant ou lié au service public de l'emploi local (plan local d'insertion pour l'emploi (PLIE) ou maison de l'emploi). Il conseille l'acheteur dans l'élaboration et la rédaction de la clause, renseigne les entreprises soumissionnaires sur les réponses possibles localement (embauche directe, mise à disposition de personnel par des structures de l'insertion par l'activité économique, cotraitance ou 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 (81) ;

— ne pas limiter la concurrence.

14.3. Peut-on s'adresser à des entreprises adaptées

ou à des établissements et services d'aide par le travail ?

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

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

15. Comment achever la procédure ?

15.1. L'information des candidats

Les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures imposent des obligations en matière d'information des candidats.

La directive recours a introduit de puissantes incitations à l'information des candidats. Ainsi, en respectant le délai de suspension de la procédure (sur ce délai, voir point 15.2), le pouvoir adjudicateur peut limiter le délai, durant lequel le marché ou l'accord-cadre pourra faire l'objet d'un recours juridictionnel après sa signature, voire fermer certaines voies de recours.

15.1.1. L'information des candidats en procédure formalisée

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, à l'exception des marchés passés selon une procédure négociée sans mise en concurrence préalable, l'acheteur public doit procéder à deux séries d'informations (art. 80) (82).

15.1.1.1. L'information des candidats écartés,

au stade de l'examen des candidatures

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

15.1.1.2. L'information des soumissionnaires,

dont l'offre a été rejetée

Dès la décision d'attribution prise, l'acheteur public doit la notifier à chacun des soumissionnaires, dont l'offre n'a pas été retenue. 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 des motifs de ce rejet ;
- le nom du ou des attributaires et des 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.

Si l'acheteur a omis d'informer les candidats écartés du rejet de leur candidature et des motifs de ce rejet, il doit réparer cette omission, en leur notifiant la décision d'attribution. Il leur communique, en même temps, les motifs du rejet de leur candidature, ainsi que le nom du ou des attributaires, les motifs ayant conduit au choix de son offre et la durée du délai minimal de suspension de la procédure (83).

15.1.2. L'information des candidats en procédure adaptée

L'information des candidats n'est pas obligatoire pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Elle est néanmoins recommandée, car elle permet de sécuriser juridiquement le contrat en fermant à leur égard la voie du recours en référé contractuel, dès lors qu'elle s'accompagne du respect du délai de suspension de la procédure article L. 551-15 du code de justice administrative.

Le cas des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamique.

La notification d'une décision d'attribution n'est pas obligatoire, dans le cas des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre (« marchés subséquents ») ou un système d'acquisition dynamique (« marchés spécifiques »).

Néanmoins, il est recommandé au pouvoir adjudicateur de notifier la décision d'attribution dès la décision prise, à tous les titulaires de l'accord cadre ou du système d'acquisition dynamique. S'il a respecté le délai de suspension de la procédure, il leur ferme ainsi la voie du recours en référé contractuel à l'égard du marché (84) et sécurise juridiquement son contrat.

La décision d'attribution doit comporter les informations suivantes :

- le nom du titulaire du marché ;
- les motifs ayant conduit au choix de son offre ;
- la durée du délai minimal qu'il s'oblige à respecter avant de signer le marché.

15.1.4. Le cas des autres marchés

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

Néanmoins, il peut fermer à leur égard la voie du référé contractuel en publiant un avis, mentionnant son intention de conclure ce marché, au Journal officiel de l'Union européenne et en respectant le délai de suspension avant de le signer.

15.1.5. L'information à la demande des candidats

Un prestataire, dont la candidature a été écartée, peut demander par écrit, après

attribution du marché, que lui soient communiqués les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, le nom de l'attributaire, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

L'acheteur est tenu lui communiquer ces éléments dans un délai maximal de quinze jours suivant la réception de la demande (art. 83). S'il a déjà procédé à cette information (ce qui est normalement le cas dans les procédures formalisées) en ayant notifié la décision d'attribution en application de l'article 80 du code, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu à cette communication, dès lors que les informations requises figurent effectivement dans la décision notifiée.

15.2. Le délai de suspension de la procédure

15.2.1. Marchés supérieurs aux seuils communautaires

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

La décision d'attribution peut être envoyée par voie postale ou électronique. Les délais à respecter sont les suivants (85) :

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

— lorsque la décision est envoyée par voie électronique à tous les candidats, le délai minimal à respecter est réduit à au moins onze jours.

15.2.2. Marchés passés sur le fondement d'un accord cadre

ou d'un système d'acquisition dynamique

Le respect de ces délais n'est pas obligatoire pour les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique. Cependant, pour ces contrats, dès lors que l'acheteur a respecté, 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 délais minimaux mentionnés ci-dessus, les marchés subséquents ou spécifiques ne pourront pas être contestés par la voie du référé contractuel (86).

15.2.3. Marchés passés en procédure adaptée et marchés exclus

Pour les marchés passés en procédure adaptée et les marchés exclus du code, les modalités de la procédure sont définies par la personne publique (art. 28).

Une de ces modalités peut être de prévoir un délai raisonnable entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché, afin de permettre à un candidat qui s'estimerait irrégulièrement écarté de formuler un recours avant la conclusion du marché. Ce délai est déterminé par l'acheteur en fonction des caractéristiques du marché.

Les acheteurs peuvent avoir aussi intérêt à s'astreindre volontairement à certaines formalités, pour éviter les contestations du contrat après sa signature. Ils doivent alors (87) :

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

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

Si ces deux formalités sont respectées, le contrat ne pourra pas être contesté par la voie du référé contractuel prévu aux articles L. 551-13 s. du code de justice administrative, transposant la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 (88).

Les candidats évincés ne disposent dans ce cas que du recours en référé précontractuel.

15.3. La notification

Un marché ou accord-cadre d'un montant supérieur au seuil de dispense de procédure doit être notifié au titulaire du marché, avant tout commencement d'exécution (89) (art. 81).

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

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

Une étape supplémentaire s'intercale entre la signature et la notification, dans les cas où un contrôle de légalité du contrat est prévu. Sont concernés les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que les établissements publics sociaux et médico-sociaux (90). Ce contrôle de légalité est régi par des textes législatifs particuliers : code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales (articles L. 2131-1 et suivants pour les communes, articles L. 3131-1 et suivants pour les départements, articles L. 4141-1 et suivants pour les régions), et article L. 315-14 du code de l'action sociale et des familles pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux.

La transmission effectuée dans le cadre du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales doit concerner tant la délibération de l'assemblée délibérante autorisant l'autorité exécutive à signer le contrat, que le contrat signé (91). Tous les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur ou égal au seuil fixé par le décret n° 2008-171 du 22 février 2008 relatif au seuil prévu par le code général des collectivités territoriales concernant certaines dispositions applicables aux marchés publics et accords-cadres (92) doivent être transmis au représentant de l'État pour l'exercice du contrôle de légalité.

Aussi convient-il de procéder en plusieurs étapes successives :

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

15.4. L'avis d'attribution

La publication de l'avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne et conformément aux formulaires établis par le règlement communautaire (CE) n° 1564-2005 de la Commission du 7 septembre 2005 déclenche le délai de recours de trente-et-un jours du référé contractuel (93). Ces avis sont disponibles à l'adresse suivante : http://simap.europa.eu/buyer/forms---standard_fr.html.

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 obligatoire pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur aux seuils communautaires.

Le pouvoir adjudicateur doit faire publier l'avis d'attribution dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché (94), dans les mêmes conditions et en utilisant les mêmes moyens publicitaires que ceux utilisés lors de l'avis d'appel public à la concurrence.

La publication 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 de six mois à un mois.

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

16. Ne pas omettre les obligations de publicité a posteriori

Le code des marchés publics oblige les acheteurs à publier, chaque année, une liste des

marchés conclus l'année précédente, ainsi que le nom de leurs attributaires.

Les modalités d'application de cet article sont définies par l'arrêté du 26 décembre 2007 relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (95).

— l'arrêté laisse aux administrations le choix du support pour communiquer la liste des marchés conclus l'année précédente : publication sur le profil d'acheteur ou le site internet des collectivités, publication dans la presse, etc. ;

— les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure sont placés hors du champ de ce recensement ;

— les marchés doivent être présentés en distinguant selon le type d'achat : travaux, fournitures et services. Puis, au sein de chaque catégorie, les marchés doivent être regroupés, en fonction de leur montant, dans différentes tranches, dont les montants sont précisés par l'arrêté du 26 décembre 2007. Doivent également figurer sur la liste l'objet et la date du marché, ainsi que le nom de l'attributaire, en mentionnant le code postal du titulaire du marché.

QUATRIEME PARTIE : L'EXECUTION DES MARCHES

17. Comment contribuer à la bonne exécution

des marchés publics ?

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

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

17.1. Le paiement direct du sous-traitant

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

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

Il importe de rappeler que :

— la sous-traitance ne peut être utilisée que pour les marchés de travaux, les marchés de services et les marchés industriels (art. 112) ;

— le choix de sous-traiter peut être opéré par le titulaire au moment de l'offre, de la proposition ou après la conclusion du marché (art. 112) ;

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

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

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

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

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

Le titulaire dispose d'un délai de 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 15 jours précédemment mentionné, si le titulaire n'a notifié aucun accord ou refus au pouvoir adjudicateur.

17.2. Le versement d'avances aux titulaires de marchés publics (96)

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, disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas.

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

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

Le calcul du montant de l'avance se fait sur la base du montant des prestations exécutées en propre par le titulaire.

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 affermée, 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 affermée ou du montant minimum du bon de commande ou, à défaut, du bon de commande, divisé par cette durée exprimée en mois.

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

Dans le cas où le marché prévoit un montant minimum :

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

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

— si la durée du bon de commande est inférieure à 12 mois, le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant, toutes taxes comprises, du bon de commande ;

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

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

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

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

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

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

Les montants fixés par le code sont des planchers. Il est toujours loisible à l'acheteur public de décider le versement d'avances d'un montant plus élevé. Cette pratique peut

être utile, notamment en période de difficultés économiques, pour aider les entreprises à exécuter le marché dans de bonnes conditions.

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

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations effectuées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait. L'acheteur doit vérifier que la prestation a été effectuée. Cette vérification est constatée par un document écrit qu'il établit lui-même ou vérifie et déclare accepter. La périodicité de versement des acomptes est 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.

17.4. 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 (97).

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

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

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

17.5. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur

de respecter un délai global de paiement

L'article 98, dans sa rédaction issue des décrets n° 2008-407 du 28 avril 2008 et n° 2008-1355 du 19 décembre 2008, précise que les paiements des prestations d'un marché public doivent s'effectuer, sauf exceptions énumérées par ce même article, dans un délai maximal de trente jours pour l'Etat, de trente jours à compter du 1er juillet 2010 pour les marchés des collectivités territoriales (98) et de cinquante jours pour les établissements du service de santé des armées, les établissements publics de santé et les établissements sociaux et médico-sociaux.

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

Les modalités de mise en œuvre du délai global de paiement des marchés publics et de calcul des intérêts moratoires sont détaillées par le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 modifié par le décret n° 2008-1555 du 31 décembre 2008 et par la circulaire générale d'application du 13 mars 2002 (JO du 6 avril 2002).

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 (99), 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 : un seul taux s'applique, pour toute la durée du marché.

La formule de calcul des intérêts moratoires est la suivante :

Vous pouvez consulter le tableau dans le

JOn° 303 du 31/12/2009 texte numéro 90

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

Vous pouvez consulter le tableau dans le

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

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 (100).

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

17.6. Le versement de primes de réalisation anticipée

Aux termes de l'article 17 du code des marchés publics, 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.

L'article 20.2 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux, approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009, (101) mentionne que « Si les documents particuliers du marché prévoient des primes d'avance, leur attribution est faite sans que le titulaire soit tenu de les demander, qu'il s'agisse de primes relatives à l'exécution de l'ensemble des travaux ou de primes concernant certains ouvrages, parties d'ouvrages ou ensembles de prestations faisant l'objet de délais particuliers ou de dates limites fixés dans le marché. ». Des dispositions équivalentes figurent dans tous les CCAG.

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

17.7. Les possibilités de refinancement au moyen de cessions

ou de nantissement des créances issues de marchés publics

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

A cette fin, le pouvoir adjudicateur remet au titulaire et à tout sous-traitant payé directement 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 (102).

Le titulaire du marché, s'il décide de céder sa créance à une banque ou à une autre

entreprise ou de la nantir, remet cet exemplaire unique ou ce certificat de cessibilité à son cessionnaire (ou au bénéficiaire du nantissement). Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant et lui fait parvenir l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité.

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

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

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

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

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

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

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

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

17.8. Les possibilités de modifier le contrat initial

par avenants et décisions de poursuivre (102)

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

d'un marché à prix forfaitaires : l'avenant ou la décision de poursuivre est alors indispensable même si, seules, les quantités sont affectées et non les prix unitaires eux-mêmes.

17.8.1. L'avenant

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

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

— lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (point 35 de l'arrêt précité) ;

— lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus (point 36) ;

— lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial (point 37).

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

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

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

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

Dans ces hypothèses, la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique (cf. l'avis de la section des finances du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000 sur les cessions de contrats de marchés publics ou de délégation de service public, n° 264803). 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 de cession.

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

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

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

17.8.2. La décision de poursuivre

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

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

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

18. Comment régler à l'amiable un différend portant sur l'exécution des marchés publics ? (104) Les acheteurs publics peuvent recourir à trois dispositifs

3.1. La conciliation

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

Pour conclure une conciliation ou formaliser un avis d'un CCRA, peut être conclue une transaction dans les conditions rappelées par la circulaire du 7 septembre 2009 (105).

3.2. Les comités de règlement amiable des différends

ou litiges relatifs aux marchés publics (106)

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.

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 peuvent être assimilés ni à des juridictions, ni à des instances d'arbitrage. Ils recherchent, à la demande du titulaire du marché ou de l'acheteur public, les éléments de fait et de droit en vue d'une solution amiable et équitable (CMP, art. 127). L'originalité du rôle des comités est qu'ils ne statuent pas seulement en droit. Ils peuvent prendre en compte l'équité pour proposer la solution la plus appropriée aux parties. Les avis rendus par les comités ne s'imposent pas aux parties : celles-ci demeurent libres de le suivre ou non.

La saisine d'un comité interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend les délais de recours contentieux.

Les règles relatives à la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics sont fixées par le décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001.

3.3. 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 (107).

CINQUIEME PARTIE : LES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX ENTITES ADJUDICATRICES

Les entités adjudicatrices appliquent les mêmes règles que les pouvoirs adjudicateurs, à l'exception des dérogations expressément mentionnées dans la deuxième partie du code.

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

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics sont qualifiés d'entités adjudicatrices, lorsqu'ils passent des marchés en tant qu'opérateurs de réseaux dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Ils sont alors soumis à des règles sensiblement différentes, plus souples, qui transposent la directive « secteurs » n° 2004/17/CE du 31 mars 2004. Une même personne publique sera donc qualifiée de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice, selon la nature de l'activité au titre de laquelle elle passe un marché public.

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

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

- a) L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur ;
- b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ;
- c) L'alimentation de ces réseaux en électricité en gaz ou en chaleur.

Le pouvoir adjudicateur soumis au code doit respecter les règles définies dans la deuxième partie, relative aux entités adjudicatrices lorsque :

- soit il exploite lui-même le réseau ;
- soit il effectue des achats permettant de construire, d'organiser et de mettre le réseau à la disposition d'un tiers auquel sera attribué 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.

19.1.2. 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.

19.1.3 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.

19.1.4. 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).

19.1.5. Les autres activités

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

b) Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux de transport (exemple : les activités relatives à l'exploitation de l'espace aérien ou maritime).

19.1.6. Les facteurs communs

Le contrat, par lequel l'entité adjudicatrice confie à un tiers la gestion et l'exploitation du réseau, ne constitue pas une activité d'opérateur de réseau (CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP, n° 297711). En effet, par cet acte, la personne publique se dessaisit du réseau et perd sa qualité d'entité adjudicatrice pour reprendre sa qualité de pouvoir adjudicateur. En revanche, la mise à disposition du réseau constitue une « activité » d'opérateur de réseau, au sens de l'article 135.

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

Les articles 136 à 140 énumèrent les cas dans lesquels les marchés passés par les entités adjudicatrices ne sont pas soumis aux règles de procédure et de publicité du code des marchés publics.

Ces dispositions visent :

a) Les cas pour lesquels l'application des règles du code est exclue en raison des circonstances de l'achat. Sont ici visées les exclusions de l'article 3 du code applicables aux pouvoirs adjudicateurs (art. 136).

b) Les cas de certains marchés passés par l'entité adjudicatrice ou le groupement d'entités adjudicatrices avec des organismes particuliers. La justification de l'exclusion tient à la nature de l'organisme cocontractant. Il s'agit ici d'exclure du champ du code les contrats passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise qui lui est liée lorsqu'on peut considérer qu'il s'agit de prestations effectuées en interne. Il s'agit d'un cas particulier de prestations intégrées plus large que les prestations de quasi-régies pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 138 et 139, cf. 3.1 du présent guide).

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

19.3. Quelles sont les principales différences de règles de procédure

entre les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs ?

Le régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, se caractérise par une plus grande souplesse.

19.3.1. Les seuils applicables

Le seuil particulier applicable aux marchés de fournitures et de services passés par les

entités adjudicatrices est fixé à l'article 144 du code des marchés publics (108).

Le seuil applicable aux marchés de travaux est le même, mais ne s'évalue pas de la même manière. Il convient, en effet, de prendre en compte non seulement la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération et pouvant porter sur un ou plusieurs ouvrages, à laquelle on ajoute la valeur des fournitures, mais aussi les services (à l'exception des services de maîtrise d'œuvre) nécessaires à leur réalisation que l'entité adjudicatrice met à la disposition des opérateurs. Les pouvoirs adjudicateurs n'ont à prendre en compte que la valeur des fournitures. Les entités adjudicatrices disposent, en effet, souvent de bureaux d'étude intervenus en amont de la procédure et susceptibles d'apporter leur expertise à l'entreprise titulaire du marché.

19.3.2. 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.

19.3.3. 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.

19.3.4. 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).

Les offres contenant des produits originaires de pays tiers.

Une disposition applicable uniquement aux marchés de fournitures autorise les entités adjudicatrices soit à rejeter des offres au motif qu'elles contiennent un certain pourcentage de produits originaires des pays tiers avec lequel la Communauté européenne n'a conclu aucun accord commercial, soit à accorder un droit de préférence à équivalence d'offres (art. 159).

19.3.6. 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).

19.3.7. Nombre minimal de candidats admis

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

19.3.8. Marchés de maîtrise d'œuvre

Les entités adjudicatrices ne sont pas tenues de recourir au concours pour les marchés de maîtrise d'œuvre (art. 168), contrairement aux pouvoirs adjudicateurs pour lesquels le concours est une procédure imposée, sauf lorsqu'ils se trouvent dans l'un des quatre cas dérogatoires fixés à l'article 74 du code.

19.3.9. 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).

19.3.10. Modalités de publicité

L'avis de préinformation prend le nom d'avis périodique indicatif (art. 149) et assure une double fonction :

- la même fonction que l'avis de préinformation des pouvoirs adjudicateurs ;
- tenir lieu d'avis d'appel public à la concurrence, lorsqu'il comporte les mentions complémentaires suivantes (art. 151) :
- la référence des prestations, objet du marché ;
- la mention que l'avis ne sera suivi d'aucun avis d'appel public à la concurrence ;
- une invitation à se faire connaître, adressée aux opérateurs économiques intéressés.

L'entité adjudicatrice doit ensuite adresser à ces opérateurs économiques une lettre complétant l'avis et les invitant à remettre une offre. Cette lettre doit toutefois avoir été adressée dans le délai de douze mois suivant la publication de l'avis, sans quoi celui-ci devient caduc.

En outre, les entités adjudicatrices ont trois types de formulaires concernant l'avis d'appel public à la concurrence. En effet, à la différence des pouvoirs adjudicateurs, elles peuvent utiliser le modèle d'avis périodique indicatif ou celui de l'avis sur l'existence d'un système

de qualification en plus du modèle classique d'avis de marché. Cette possibilité doit leur permettre de raccourcir les délais de procédures (art. 150).

Enfin, le délai de transmission pour publication des avis d'attribution est fixé à 2 mois, alors qu'il est fixé à 48 jours pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 172).

Conclusion : maîtriser l'achat public

Les responsabilités croissantes données aux acheteurs publics, en particulier par les réformes opérées en 2008, 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.

Le strict respect des règles juridiques est indispensable. Il est, le cas échéant, sévèrement sanctionné par le juge, juge du référé précontractuel, juge du référé contractuel, juge des comptes, voire, s'il y a lieu, par le juge pénal.

Cependant, le respect des règles de procédure ne suffit pas à garantir la qualité d'un achat et la meilleure gestion des deniers publics. L'achat public requiert une formation particulière, notamment pour l'optimisation de la technique de la négociation.

Pour guider les acheteurs dans l'exercice de leurs responsabilités et pouvoir, à tout moment de la procédure, justifier des choix opérés, il est, en outre, recommandé aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'adopter un guide de déontologie, qui devra régir tant le comportement de leurs services d'achats, que celui des décideurs finaux. Ce guide pourra utilement contenir des règles relatives à l'interdiction des cadeaux et des invitations, à la déclaration de liens éventuels de toute nature des agents publics avec un fournisseur particulier, à l'obligation des responsables des services d'achat de prendre des congés d'une durée suffisante, à l'accès, à la sécurisation et à l'archivage des documents de toute nature retraçant les échanges avec les fournisseurs, etc... (109).

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait que nombre des documents relatifs à la passation d'un contrat constitue des documents administratifs communicables (110).

Fait à Paris, le 29 décembre 2008

La ministre de l'économie,
de l'industrie et de l'emploi,
Christine Lagarde
Le ministre de l'intérieur,
de l'outre-mer et des collectivités territoriales,
Brice Hortefeux
Le ministre du budget, des comptes publics,
de la fonction publique
et de la réforme de l'Etat,
Eric Woerth

(75) Pour davantage d'information sur les contrats de performance énergétique, il sera utile de se reporter à la fiche technique tenue à jour sur le site internet du ministère de l'économie : <http://www.minefe.gouv.fr>. (76) CE, Section, 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi, n° 290236. (77)

http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf. (78) COM (2008) 400/2 ; http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400fr.pdf. (79) Voir à ce sujet

le guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées », mis en ligne sur le site du ministère de l'économie (<http://www.minefe.gouv.fr>). (80) Voir le rapport sur la diversité et l'égalité des chances remis le 7 mai 2009 remis par Yazid Sabeg, Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, au Président de la République. (81) Voir le guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées », mis en ligne sur le site du ministère de l'économie (<http://www.minefe.gouv.fr>). (82) Dans sa rédaction issue du décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO n° 0276 du 28 nov. 2009 p. 20566), prise en application de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.). (83) Article L. 551-15 du code de justice administrative. (84) Article L. 551-15 du code de justice administrative. (85) Ces délais sont, comme tous les délais mentionnés dans le code des marchés publics, des délais calendaires. Le délai calendaire est un délai qui inclut les jours fériés. Les jours calendaires correspondent donc au calendrier, soit sept jours par semaine et non pas les cinq jours ouvrés par semaine. Par exemple, un délai calendaire de dix jours correspond à une semaine, samedi et dimanche compris, et trois jours.. (86) Article L. 551-15 du code de justice administrative. (87) Voir le décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO n° 0276 du 28 nov. 2009 p. 20566). (88) Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. (89) 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. (90) La loi n° 2009-879 du 21/07/2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a supprimé le contrôle de légalité pour les marchés publics des établissements publics de santé. (91) Conseil d'Etat, Section, avis du 10 juin 1996 Préfet de la Côte-d'Or, nos 176873, 176874 et 176875. (92) JO n° 47 du 24 février 2008 p. 3245. (93) Décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, précité. (94) Les délais mentionnés sont, comme tous les délais du code des marchés publics, des délais calendaires. (95) JO n° 0302 du 29 décembre 2007 p. 21773. (96) Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics a mis en place un dispositif transitoire présenté dans la circulaire du Premier ministre du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française. (97) Décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics modifié par le décret n° 2008-408 du 28 avril 2008 et le décret n° 2008-1530 du 31 décembre 2008. (98) Ce délai est de 40 jours pour les marchés dont la procédure a été initiée à partir du 1er janvier 2009 jusqu'au 31 décembre 2009, de 35 jours pour les marchés dont la procédure a été initiée à partir du 1er janvier 2010 jusqu'au 30 juin 2010, et de 30 jours à compter du 1er juillet 2010. (99) Ce dispositif s'applique aux marchés notifiés par l'Etat et ses établissements publics à compter du 29 avril 2008 et aux marchés locaux dont la procédure de consultation est engagée ou l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1er janvier 2009. (100) Ou de l'augmentation des prix opérée par les entreprises, pour anticiper des retards de paiement supposés. (101) JO n° 0227 du 1er octobre 2009, p. 15907. (102) JO n° 196 du 29 août 2006 p. 12764. (103) Pour de plus amples informations, se reporter à la fiche technique tenue à jour sur le site du ministère de l'économie (<http://www.minefe.gouv.fr>). (104) Cf. la fiche tenue à jour sur le site du ministère de l'économie (www.minefe.gouv.fr). (105) 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, JORF n° 0216 du 18 septembre 2009, p. 15230. (106)

http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/ccra/index.htm. (107) Article 1476 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. (108) 412 000 euros (iff), 387 000 euros (HT) à compter du 1er janvier 2010. (109) Les décideurs publics trouveront un utile guide de contrôle interne dans les rapports 2007 et 2009 du service central de prévention de la corruption disponibles sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports---publics/084000591/index.shtml>. (110) Voir sur le sujet la fiche commune CADA-DAJ tenue à jour sur le site de la Direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie : <http://www.minefe.gouv.fr>, rubrique « Actions », « commande publique ».