

Projet de circulaire du 2009 portant manuel d'application du code des marchés publics

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

Avertissement

Une nouvelle circulaire a été rendue nécessaire par les modifications apportées en décembre 2008 au droit des marchés publics, par les décrets pris dans le cadre du plan de relance de l'économie, concernant notamment le relèvement des seuils de passation des marchés publics et par l'allègement des procédures de passation.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 et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.

¹ Ces modifications sont issues des décrets n° 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 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.

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.

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE LE CHAMP D'APPLICATION LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ? 6

1. QUI DOIT APPLIQUER LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ? 6
 - 1.1. Les personnes publiques soumises au code des marchés publics et leurs mandataires 6
 - 1.2. Certaines personnes privées 6
 - 1.3. Certaines autres personnes publiques 7
2. LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC ? 7
 - 2.1. Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux 7
 - 2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux 8
 - 2.3. Un marché public peut être passé avec des personnes publiques ou privées 8
3. QUELLES SONT LES EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ? 9
 - 3.1. Les prestations intégrées de quasi-régie (art. 3 [1°]) 9
 - 3.2. L'octroi d'un droit exclusif (art. 3 [2°]) 10
 - 3.3. Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement (art. 3 [6°]) 11
 - 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°]) 11

DEUXIÈME PARTIE LA PRÉPARATION DE LA PROCÉDURE 13

4. COMMENT L'ACHETEUR DOIT-IL DÉTERMINER SES BESOINS ? 13
 - 4.1. Pourquoi faut-il identifier les besoins ? 13
 - 4.2. Les exceptions limitées à la définition précise des besoins 14
 - 4.3. De l'obligation de déterminer ses besoins par référence à des spécifications techniques 14
 - 4.4. L'utilisation des variantes ou des options 15
 - 4.4.1. Variantes 15
 - 4.4.2. Options 16
 - 4.5. Qui définit les besoins ? 17
5. COMMENT ADAPTER SON ORGANISATION À L'ACHAT ? 18
6. ACHETER SEUL OU GROUPÉ ? 18
 - 6.1. La coordination de commandes 19
 - 6.2. Dans le cadre d'un groupement de commandes 19
 - 6.3. En ayant recours à une centrale d'achat 20
7. QUELLE FORME DE MARCHÉ ADOPTER ? 20
 - 7.1. Le choix du mode de dévolution du marché 20
 - 7.1.1. L'allotissement et le marché unique 21
 - 7.1.2. Les « petits lots » 21
 - 7.2. Les possibilités de marchés « fractionnés » et de planification des marchés dans le temps 21
 - 7.2.1. Les marchés à bons de commande (art. 77) 22
 - 7.2.2. L'accord-cadre (art. 76) 23
 - 7.2.3. Le cas des achats d'énergies non stockables (art. 76-VIII) 24
 - 7.2.4. Les marchés à tranches conditionnelles (art. 72) 24
 - 7.3. Le système d'acquisition dynamique (SAD, art. 78) 24
8. COMMENT SAVOIR SI ON DÉPASSE UN SEUIL ? 25
 - 8.1. Pour les marchés de travaux : les notions d'ouvrage et d'opération (art. 27-II 1°) 25
 - 8.1.1. La notion d'opération de travaux (art. 1^{er}-III) 26
 - 8.1.2. La notion d'ouvrage (art. 1^{er}-III) 26
 - 8.2. Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène (art. 27-II 2°) 27

8.3.	<i>La détermination des marchés sans prix</i>	27
9.	COMMENT OBTENIR L'AIDE NÉCESSAIRE À L'ÉLABORATION ET À LA PASSATION D'UN MARCHÉ ?	28
TROISIÈME PARTIE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE		29
10.	QUELLES MESURES DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE ?	29
10.1.	<i>Pourquoi faut-il procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence ?</i>	29
10.2.	<i>Au-dessus des seuils de procédure formalisée.</i>	29
10.2.1.	<i>Quelle publicité ?</i>	30
10.2.1.1.	<i>La publication au BOAMP et au JOUE.</i>	30
10.2.1.2.	<i>La publication sur le profil d'acheteur.</i>	32
10.2.1.3.	<i>La publicité complémentaire.</i>	32
10.2.1.4.	<i>La publication d'un avis de préinformation.</i>	33
10.2.2.	<i>Quelles mesures de mise en concurrence ?</i>	33
10.2.2.1.	<i>Les marchés de fournitures et de services.</i>	34
10.2.2.2.	<i>Les marchés de travaux.</i>	34
10.3.	<i>En dessous des seuils de procédure formalisée : les marchés à procédure adaptée.</i>	34
10.3.1.	<i>Les marchés de moins de 20 000 euros HT.</i>	34
10.3.2.	<i>Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 20 000 euros HT.</i>	35
10.3.2.1.	<i>Quelle publicité ?</i>	35
10.3.2.2.	<i>Quelle mise en concurrence ?</i>	37
10.4.	<i>Le cas particulier des marchés de services de l'article 30.</i>	39
11.	COMMENT SÉLECTIONNER LES CANDIDATS ?	40
11.1.	<i>Comment présenter un dossier de candidature ?</i>	40
11.2.	<i>Que doit contenir un dossier de candidature ?</i>	40
11.3.	<i>Quelles sont les modalités de sélection des candidats et les documents et renseignements à fournir ?</i> 41	
11.3.1.	<i>L'entreprise a-t-elle les capacités nécessaires à l'exécution du marché ?</i>	41
11.3.1.1.	<i>L'élimination.</i>	42
11.3.1.2.	<i>La sélection.</i>	42
11.3.2.	<i>Quels sont les critères de choix des candidats (art. 45) ?</i>	42
11.3.3.	<i>Les capacités techniques.</i>	43
11.3.4.	<i>Les capacités financières.</i>	43
11.3.5.	<i>Les capacités professionnelles.</i>	43
11.3.6.	<i>Comment faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique au niveau de la sélection des candidatures ?</i>	44
11.4.	<i>Que se passe-t-il si le dossier du candidat est incomplet ?</i>	44
11.5.	<i>Quels sont les documents à produire par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché ?</i>	45
11.6.	<i>Comment dématérialiser les marchés publics ?</i>	46
11.6.1.	<i>Lors d'une transmission par voie électronique, faut-il signer électroniquement et comment ?</i> 46	
11.6.2.	<i>Qu'est-ce qu'un certificat de signature électronique ?</i>	47
11.6.3.	<i>Qu'est-ce qu'une copie de sauvegarde et quel rôle a-t-elle ?</i>	47
11.6.4.	<i>Qu'en est-il des marchés pour lesquels la dématérialisation n'est pas obligatoire ?</i>	48
11.6.5.	<i>Comment dématérialiser le certificat de cessibilité ?</i>	48
11.6.6.	<i>Où trouver davantage de renseignements sur la dématérialisation des marchés publics ?</i>	48
12.	QUAND ET POURQUOI NÉGOCIER ?	48
12.1.	<i>Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?</i>	49
12.1.1.	<i>En dessous des seuils des marchés formalisés.</i>	49
12.1.2.	<i>Au-dessus des seuils des marchés formalisés.</i>	49
12.1.2.1.	<i>Les catégories de marchés négociés.</i>	49
12.1.2.2.	<i>Quel est le rôle de la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales dans la procédure négociée (art. 66) ?</i>	51
12.1.3.	<i>La procédure de dialogue compétitif (art. 67).</i>	52
12.2.	<i>Quels sont les avantages de la négociation ?</i>	53
12.3.	<i>Quelles sont les contraintes de la négociation ?</i>	54
13.	COMMENT CHOISIR L'OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE ?	54
13.1.	<i>Quels sont les critères du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ?</i>	55
13.1.1.	<i>Comment choisir les critères de sélection des offres (art. 53) ?</i>	55
13.1.2.	<i>Comment utiliser les critères de sélection des offres ?</i>	57
13.2.	<i>Comment intégrer des préoccupations de développement durable dans l'achat public ?</i>	57
13.3.	<i>Peut-on s'adresser à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail ?</i> 59	

14.	COMMENT ACHEVER LA PROCÉDURE ?	59
14.1.	<i>L'information des candidats</i>	59
14.2.	<i>Le délai de suspension de la procédure</i>	60
14.3.	<i>La notification</i>	60
14.4.	<i>L'avis d'attribution</i>	62
15.	POURQUOI DES OBLIGATIONS DE PUBLICITÉ A POSTERIORI ?.....	62

QUATRIÈME PARTIE L'EXÉCUTION DES MARCHÉS 64

16.	COMMENT CONTRIBUER À LA BONNE EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS ?	64
16.1.	<i>Le paiement direct du sous-traitant</i>	64
16.2.	<i>Le versement d'avances aux titulaires de marchés publics</i>	65
16.3.	<i>Le versement d'acomptes aux titulaires de marchés publics</i>	66
16.4.	<i>L'encadrement des garanties financières exigées des titulaires de marchés publics</i>	66
16.5.	<i>L'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai global de paiement</i>	67
16.6.	<i>Le versement de primes de réalisation anticipée</i>	68
16.7.	<i>Les possibilités de refinancement au moyen de cessions ou de nantissement des créances issues de marchés publics</i>	69
16.8.	<i>Les possibilités de modifier le contrat initial par avenants et décisions de poursuivre</i>	70
16.8.1.	<i>L'avenant</i>	70
16.8.2.	<i>La décision de poursuivre</i>	72
17.	COMMENT RÉGLER À L'AMIABLE UN DIFFÉREND PORTANT SUR L'EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS ? 72	

CINQUIÈME PARTIE LES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX ENTITÉS ADJUDICATRICES 74

18.	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 ?.....	74
18.1.	<i>Quelles sont les activités d'opérateurs de réseaux ?</i>	74
18.1.1.	<i>Les activités soumises au code en matière d'électricité, de gaz ou de chaleur</i>	74
18.1.2.	<i>Les activités soumises au code en matière d'eau</i>	75
18.1.3.	<i>Les activités soumises au code en matière de transport</i>	75
18.1.4.	<i>Les activités postales</i>	75
18.1.5.	<i>Les autres activités</i>	75
18.1.6.	<i>Les facteurs communs</i>	75
18.2.	<i>Quelles sont les exceptions à l'application du code des marchés publics ?</i>	76
18.3.	<i>Quelles sont les principales différences de règles de procédure entre les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs ?</i>	76
18.3.1.	<i>Les seuils applicables</i>	76
18.3.2.	<i>Le choix des procédures</i>	76
18.3.3.	<i>Le système de qualification des opérateurs économiques</i>	77
18.3.4.	<i>Les variantes</i>	77
18.3.5.	<i>Les offres contenant des produits originaires de pays tiers</i>	77
18.3.6.	<i>Les délais</i>	77
18.3.7.	<i>Nombre minimal de candidats admis</i>	78
18.3.8.	<i>Marchés de maîtrise d'œuvre</i>	78
18.3.9.	<i>Accord-cadre et marché à bon de commande</i>	78
18.3.10.	<i>Modalités de publicité</i>	78

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

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

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

1. Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

1.1. Les personnes publiques soumises au code des marchés publics et leurs mandataires.

Le code des marchés publics s'applique à l'Etat, à ses établissements publics administratifs, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics.

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

Bien qu'établissements publics locaux, le régime des établissements publics de santé connaît quelques dispositions spécifiques (absence de commission d'appels d'offres, délais de paiement) 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 comme mandataire d'une personne publique soumise au code, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code des marchés.

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.

1.3. Certaines autres personnes publiques.

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 proches de celles du code des marchés publics. 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'application². Les organismes de sécurité sociale appliquent les dispositions du code des marchés publics en vertu de l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale et de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale.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 précitée (cf. art. 30 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche), les autres achats relèvent du code des marchés publics.

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

L'article 1^{er} 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 précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique.

Un marché public soumis au code est un contrat administratif

² Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JO n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005 ; décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux pouvoirs adjudicateurs et décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux entités adjudicatrices.

³ Journal officiel n°146 du 24 juin 2008, page 10092, texte n°11.

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. En application de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant meures urgentes à caractère économique et financier⁴, ils 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 risque d'exploitation doit, en outre, rester assumé par la personne publique car si la rémunération devait être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, le contrat devrait être qualifié de délégation de service public et serait alors soumis au régime mis en place 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 publiques⁵.

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 marché (CE., 26 mars 2008, Région de la Réunion.) Le caractère onéreux peut aussi 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 y afférentes, ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage.

Les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent constituer des marchés publics. On prendra garde dans un tel cas à la réalité de la gratuité.

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 la liberté de la concurrence. La personne publique qui soumissionne devra être en mesure de justifier, le cas échéant, que le prix proposé a été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public⁶.

⁴ JO n° 288 du 12 déc. 2001, p. 19703.

⁵ JO n° 25 du 30 janv. 1993, p. 1588.

⁶ Conseil d'Etat, avis, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard consultants, req. n° 222208.

Les marchés publics se distinguent d'un certain nombre de contrats : délégations de service public, subventions, ventes en l'état futur d'achèvement, baux emphytéotiques administratifs, etc.⁷

3. Quelles sont les exceptions prévues par le code des marchés publics ?

Un marché public peut ne pas être soumis aux dispositions du code des marchés publics. Ces exclusions, dont certaines nécessitent des commentaires particuliers, sont fixées par l'article 3 du code. Elles sont les suivantes :

3.1. Les prestations intégrées de quasi-régie⁸ (art. 3 [1°]).

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) qui pose deux conditions pour reconnaître l'existence d'une 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, 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

⁷ *Ces distinctions font l'objet de fiches de présentation mises en ligne sur le site du ministère de l'économie à l'adresse url : http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/conseils_acheteurs/index.htm.*

⁸*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.*

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 formalités 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. Ce droit ne peut, en aucun cas, être accordé par le contrat lui-même.

Ce texte doit être antérieur au contrat.

Les conditions pour admettre la validité d'un droit exclusif sont les suivantes.

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

- soit lorsque sont en cause des services d'intérêt économique général (SIEG), c'est-à-dire des « activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations spécifiques de service public » (6) (ex. : services de réseaux de transports, d'énergie ou de communication) ;*
- soit lorsque le droit exclusif peut être regardé comme justifié si, en son absence, son bénéficiaire n'est pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été impartie.*

Dans les autres cas, la dérogation à l'application des règles du traité CE de libre concurrence, de libre prestation de services, de liberté d'établissement et de libre circulation des marchandises doit être justifiée par une nécessité impérieuse d'intérêt général et à 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).

Par ailleurs, 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.

Enfin, le contenu, la durée et les limites de la prestation doivent être précisément définis.

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 prolongements industriels directs. Les simples marchés d'études n'entrent pas dans cette catégorie.

Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement sont exclus du champ d'application du code si le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme ou s'il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme. Ces deux conditions sont alternatives, la satisfaction de l'une ou de l'autre suffit à justifier l'exclusion du champ d'application du code.

Ainsi, seul constitue 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°]).

Ces contrats ne sont pas soumis au code des marchés publics. 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 2004⁹, ces contrats peuvent notamment concerner :

⁹ Voir avertissement liminaire à la présente circulaire.

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

Des précisions sur le secret protégé dans les contrats concernés par cette exclusion sont apportées par 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 contrats¹⁰.

L'exigence de secret qui justifie l'exclusion prévue au 7° de l'article 3 du code des marchés publics concerne donc uniquement la protection du secret de la défense nationale, et non la protection du secret des affaires, exigence qui concerne tous les marchés publics et ne justifie aucune exclusion de l'application des dispositions du code des marchés publics.

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 ayant pour objet des transactions portant sur des titres ou d'autres instruments financiers.
- Les contrats passés selon une procédure propre à une organisation internationale.
- Les contrats passés en application d'une procédure prévue par 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 ouvrage.
- L'achat d'œuvres ou d'objets d'art.
- Les contrats de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.
- Les contrats concernant 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.

¹⁰ JO n° 92 du 20 avril 2005 p. 6914.

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., 29.7.1998 Commune de Léognan, req. n° 190452), le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (CE., 8.8.2008 Région Bourgogne, req. n° 307143), la possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis (CE., 15.12.2008, Communauté urbaine de Dunkerque, req. n° 310380).

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

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

La définition des besoins doit intégrer les problématiques du développement durable, parmi lesquelles la prise en compte des 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 qui seront associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté. A ce titre, le pouvoir adjudicateur peut prendre en compte des préoccupations de développement durable.*

Il peut arriver que l'acheteur ait des difficultés à déterminer seul et à l'avance son besoin, que l'incertitude porte sur les objectifs à atteindre ou sur les moyens d'y parvenir, il peut alors recourir à la procédure de dialogue compétitif.

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

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

4.2. Les exceptions limitées à la définition précise des besoins.

La définition des besoins peut être plus ou moins précise en fonction de la visibilité de l'acheteur. Il peut arriver qu'un pouvoir adjudicateur se trouve dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins. Le code prévoit dès lors la conclusion possible d'accords-cadre ou de marchés à bons de commande autorisant une définition des besoins au fur et 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. L'article 67 du code prévoit que la consultation est alors lancée sur la base du projet partiellement défini ou du programme fonctionnel. L'article 11 indique, 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 réaliser 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 alors être passé selon la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence.

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

4.3. De l'obligation de déterminer ses besoins par référence à des spécifications techniques

Le pouvoir adjudicateur doit définir ses besoins, en recourant à des spécifications 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. La définition de ces termes est apportée par l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et accords-cadres¹¹ ;*
- *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 des caractéristiques environnementales, 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 finalité ou pour effet de favoriser ou d'écartier certains produits ou productions.

4.4. L'utilisation des variantes ou des options.

4.4.1. Variantes.

La variante est une offre alternative présentant une modification de certaines spécifications décrites dans le cahier des charges ou, plus généralement, dans le dossier de consultation.

Ce mécanisme permet aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution imaginative ou innovante, de nature à constituer une meilleure prestation, le cas échéant à un meilleur prix. Les variantes ont également pour avantage de ne pas figer des projets complexes au stade de l'appel d'offres. Par contre, elles rendent nécessairement plus compliquée la comparaison des offres.

Les documents de la consultation doivent alors impérativement mentionner les exigences minimales que les variantes devront respecter, ainsi que les modalités de leur présentation.

Les variantes doivent être déposées avec l'offre de base. Le dépôt d'une variante non autorisée n'entraîne pas le rejet de l'offre de base si la variante est bien individualisée, et si l'offre de base est conforme au cahier des charges. Les offres de base et les offres variantes

¹¹ JO n° 199 du 29 août 2006, p. 12764.

sont jugées sur les mêmes critères ; ceux-ci doivent donc tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes. Afin de pouvoir apprécier les variantes par rapport à ces critères, le règlement de la consultation devra donc mentionner, non seulement les documents à produire au titre de la solution de base mais également les différentes pièces qui serviront à apprécier la valeur techniques des variantes.

Dans les procédures formalisées, l'acceptabilité des variantes dépend de la volonté du pouvoir adjudicateur. S'il souhaite autoriser les variantes, il doit l'indiquer, soit dans l'avis d'appel public à la concurrence, soit dans les documents de la consultation. A défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées. Cependant, le dépôt d'une variante, lorsqu'il n'est pas autorisé, ne permet pas de rejeter l'offre de base.

En revanche, pour les marchés à procédure adaptée, si le pouvoir adjudicateur n'indique rien dans les documents de la consultation, les variantes sont admises.

4.4.2. Options.

Les options sont des prestations complémentaires que le pouvoir adjudicateur peut demander et qui doivent obligatoirement faire l'objet de proposition de la part des candidats dans leur offre de base. Lorsque les options sont levées, elles font l'objet d'avenant, marché complémentaire, sans mise en concurrence.

Le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de proposer, en complément de l'offre de prix pour la solution de base et en même temps que celle-ci, une offre pour des prestations additionnelles ou alternatives, dont les spécifications techniques sont imposées dans les pièces particulières du marché. Ces prestations doivent être définies en montant et en nombre. L'étendue et la qualité des options sont définies dans les documents de la consultation et sont prises en compte pour le calcul des seuils. Les offres qui ne comportent pas de propositions s'y rapportant sont alors irrégulières.¹²

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'en demander l'exécution ou, au contraire, d'y renoncer en cours de marché.¹³

Dans le respect de l'obligation de définition des besoins, ces prestations ne doivent cependant être limitées en montant et en nombre ; afin de ne pas fausser le jeu de la concurrence, le choix des options qui seront finalement retenues par le pouvoir adjudicateur doit être effectué au stade du jugement des offres et les modalités de leur prise en compte dans ce jugement doivent être énoncées dans les documents de la consultation.

¹² Conseil d'Etat, 15 juin 2007, Ministre de la défense, précité.

¹³ Conseil d'Etat, 15 juin 2007, Ministre de la défense, n° 399291.

4.5. Qui définit les besoins ?

Le droit communautaire ne traite 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 impérativement 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. En d'autres termes, 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 notamment proscrit tout découpage excessif, qui aurait pour effet de diviser 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 en cause 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. L'appréciation du niveau des besoins aura en effet été effectuée préalablement et en dehors d'elles par le pouvoir adjudicateur. Leur rôle est de choisir la procédure d'achat appropriée, au regard des seuils de passation des marchés et de mener à bien la procédure choisie sous leur responsabilité.

A titre d'exemple, pour les services déconcentrés de l'Etat, il appartiendra au préfet, qui a compétence pour passer les marchés, de définir le niveau auquel les fournitures, les services et les travaux des services déconcentrés relevant de son autorité, devront être pris en compte. Des personnes 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 2007¹⁴ institue un régime particulier de délégation de compétence, le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement constitue le titre de compétence du ministre, chargé de définir précisément le niveau auquel les besoins de son ministère doivent être pris en compte et de déléguer sa signature aux agents de son administration. Le régime de la délégation institué par ce décret s'appliquera automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de produire un acte formel (un arrêté) portant délégation.

¹⁴ Décret n° 2007-482 du 29 mars 2007 autorisant la ministre de la défense à déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics et d'accords-cadres, JO n° 77 du 31 mars 2007 p. 6002

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

5. Comment adapter son organisation à l'achat ?

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 publics¹⁵. 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'instauration d'une instance consultative collégiale est toujours possible. L'acheteur public est libre de décider de la composition de cette commission, en fonction de ses besoins et des caractéristiques du marché.

Dans certains cas, les caractéristiques du marché, telles que son montant, sa complexité ou le tissu concurrentiel du secteur économique dans lequel il intervient, peuvent justifier l'intervention d'une instance collégiale pour aider l'autorité compétente à décider.

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. 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 ces collectivités de l'obligation de consulter cette commission dès lors que 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.

Dans le 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. Cette commission ne dispose que d'un pouvoir d'avis lorsque le groupement n'est pas majoritairement composé de collectivités territoriales. Dans le cas contraire, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché.

6. Acheter seul ou groupé ?

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

¹⁵ JO n° 296 du 20 décembre 2008 p. 19544.

6.1. La coordination de commandes.

Le mécanisme de 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 (émission des bons de commande) au niveau déconcentré.

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

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

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

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.

L'Etat étant un seul pouvoir adjudicateur, ses services peuvent, sans avoir besoin de recourir au mécanisme des groupements de commandes, coordonner leurs achats, tel qu'il est décrit au point 6.1. Toutefois, ils peuvent toujours s'inspirer des mécanismes de groupement, afin d'organiser leur coordination.

Le code prévoit plusieurs modalités de participation des membres à un groupement de commandes.

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

Mais il peut 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.

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.

6.3. En ayant recours à une centrale d'achat.

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

Celle-ci pourra se voir confier 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 soumis pour la totalité de ses achats aux règles du code des marchés publics, à condition qu'il le précise dans son marché ou dans les termes de l'accord-cadre, peut décider de se constituer en centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres organismes publics, dans la limite évidemment 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, c'est-à-dire de la passation 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., 9.7.2007 EGF-BT, req. n° 297 711) dès lors que 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. La dévolution sous forme de marché global est donc l'exception.

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 grâce à l'introduction d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire.

7.1.1. L'allotissement et le marché unique.

L'article 10 du code permet, dans certains cas, au pouvoir adjudicateur de recourir à un marché global si l'allotissement présente un inconvénient :

- *technique, lié 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 ;*
- *économique, lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ;*
- *financier, lorsqu'il est de nature à renchérir le coût de la prestation.*

Dès lors qu'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).¹⁶ 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.¹⁷

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 ».

Une souplesse supplémentaire est offerte par le III de l'article 27 qui permet de passer des marchés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 EUR HT, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché. Pour les marchés de travaux supérieurs au seuil de 5 150 000 EUR HT, la valeur de ces « petits lots » est portée à 1 000 000 EUR HT, la condition de ne pas excéder 20 % du total du marché étant maintenue.

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 telles que les marchés à tranches conditionnelles ou les marchés à bons de commande. Il peut également choisir de

¹⁶ Dans le cadre des marchés de travaux, est utilisée la notion de poste technique.

¹⁷ CE., 30 juin 2004, OPHLM Nantes-Habitat.

conclure des accords-cadres sur le fondement desquels seront attribués des marchés ultérieurs aux opérateurs économiques préalablement sélectionnés 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).

Il s'agit d'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, en contrepartie de quoi il 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 subi¹⁸ ;*
- *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.*

Même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques, les bons de commande sont ensuite émis sans négociation ni remise en concurrence des titulaires. 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. Ils peuvent préciser les caractéristiques de ces prestations, à condition de ne pas modifier de manière substantielle les dispositions initiales du marché.

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

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

¹⁸ Conseil d'Etat 18 janv. 1991, Ville d'Antibes c/ SARL Dani, n° 91344.

7.2.2. L'accord-cadre (art. 76).¹⁹

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 avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Ce contrat pose les bases essentielles de la passation de marchés ultérieurs pris sur son fondement et accorde en conséquence une exclusivité unique ou partagée aux prestataires ainsi retenus pour une durée déterminée.

L'accord-cadre n'est pas un système de référencement. Il constitue un système fermé : tel que défini dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et dans le code des marchés publics, l'accord-cadre est en effet un contrat passé entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs désignés dans l'accord-cadre et des opérateurs économiques. Aucun prestataire ne peut entrer dans l'accord-cadre en cours d'exécution.

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.

En règle générale, un accord-cadre est conclu par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs avec plusieurs opérateurs économiques. Les opérateurs économiques sont alors 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 attribués à l'opérateur économique titulaire de l'accord-cadre peuvent alors être conclus soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité particulière prévue par l'accord-cadre lui-même (ex. : lorsque le stock disponible de produits

¹⁹ 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.

faisant l'objet de l'accord-cadre devient égal ou inférieur à un niveau préétabli). Le montant à payer effectivement est alors défini, après remise en concurrence, dans chaque marché attribué sur la base de l'accord-cadre.

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

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 la réalisation de ces achats.

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

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.

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

Le système d'acquisition dynamique est un processus d'acquisition entièrement électronique destiné à l'achat de fournitures courantes. Il est limité dans le temps 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 précise et 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 2005²⁰, 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, selon l'expression de ses besoins, 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. 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.

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

²⁰ 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.

Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, il convient de prendre en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, 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.

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

L'opération 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.

La notion d'opération de travaux revêt une importance particulière pour le calcul des seuils (CJCE, 5 octobre 2000, Commission c/ République française). 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 dont les modalités de passation doivent être déterminées en fonction des seuils communautaires applicables à de tels marchés, qui sont sensiblement plus bas que celui en vigueur pour les marchés publics de travaux (133 000 € contre 5 150 000 €).

Une opération peut aussi concerner plusieurs ouvrages, par exemple la réfection des toitures des écoles d'une même commune ou la réalisation de trottoirs dans différents quartiers de la ville. 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. 1^{er}-III).

Le code des marchés publics définit la notion « d'ouvrage » conformément au droit communautaire, comme désignant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir, par lui-même, une fonction économique ou technique (CJCE, 5 octobre 2000, Commission c/ République française). 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.

8.3. La détermination des marchés sans prix.

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 publicitaires²¹.

Le seuil de dispense de procédure de 20 000 euros HT doit en particulier être apprécié avec vigilance. En particulier, il faut 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 ?

L'article 129 du code prévoit 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 à l'égard desquels elle était obligatoire pour tout projet de marché ou d'accord-cadre dont le montant était supérieur à 6 millions d'euros HT.

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, dont les services s'adressent désormais également 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.

[Sa mission, son organisation et ses modalités de fonctionnement sont précisés par le décret n° 2009-___ du ____2009 relatif à la commission consultative des marchés publics, qui a remplacé le décret n° 2007-61 du 16 janvier 2007 relatif à la commission des marchés publics de l'État.]

La commission consultative des marchés publics permet d'apporter aux acheteurs publics une aide en amont de la passation de leurs contrats, sur deux plans :

- juridiquement, elle contribue à renforcer la sécurité juridique des contrats et à limiter les risques de contentieux, en indiquant par exemple à l'acheteur les procédures à respecter, les clauses à éviter ou à préciser ;*
- économiquement, elle contribue au bon usage des deniers publics et à l'efficacité économique des contrats, en examinant les conditions de concurrence et les clauses financières du projet de contrat qui lui est soumis.*

²¹ Par ex. CAA Lyon 2 février 2004, Société Michel Charmettan Construction, n° 98LY01271.

TROISIÈME PARTIE

La mise en œuvre de la procédure

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

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

Les mesures de publicité et de mise en concurrence sont nécessaires en ce qu'elles permettent de respecter les principes rappelés à l'article 1^{er} du code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

Ces principes découlent des règles du Traité instituant l'Union européenne et, notamment, du principe de non discrimination en raison de la nationalité (CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98). Le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de principes comparables, tirés des articles 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 posés par l'article 1er du code des marchés publics (Conseil d'Etat, avis, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisserie de Pantin, n° 246921, Lebon, p. 297).

La publicité présente une double utilité. Elle doit permettre le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés ; elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence, en suscitant un grand nombre de candidatures et d'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.

10.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée.

Sauf s'ils relèvent de l'article 30 du code (voir point 8.4), les marchés dont le montant est supérieur ou égal aux seuils fixés à l'article 26²² doivent être passés selon une procédure formalisée. L'acheteur public doit respecter scrupuleusement les règles de publicité et de mise en concurrence fixées par le code.

²² Depuis le 1^{er} janvier 2008, ces seuils sont :

- pour les marchés de fournitures ou services : 133 000 euros HT pour l'Etat ou 206 000 euros HT pour les collectivités territoriales ;
- pour les marchés de travaux : 5 150 000 euros HT pour l'Etat et les collectivités territoriales.

10.2.1. Quelle publicité ?

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

10.2.1.1. La publication 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 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 l'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 précontractuels, que des manquements qui 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) ;
- *la quantité ou l'étendue globale du marché doit être mentionnée, ne serait-ce qu'à titre indicatif et prévisionnel, en cas d'accord-cadre ou de marché à bons de commande sans minimum ni maximum* (Conseil d'Etat, 24 octobre 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois, n° 313600) ;
- *les options sont les achats ou travaux susceptibles d'être effectués dans le cadre d'éventuelles reconductions du marché, d'avenants ou de marchés complémentaires conclus sans nouvelle mise en concurrence ainsi que, s'il est connu, leur calendrier prévisionnel* (Conseil d'Etat, 15 juin 2007, Ministre de la défense, n° 299391) ;²³
- *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 DC4 et DC5²⁴* (Conseil d'Etat, 21 novembre 2007, Département du Var, n° 300992) ;
- *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 revanche, 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*

²³Voir point 4.4.2.

²⁴ *Le formulaire DC4 intitulé « Lettre de candidature et habilitation du mandataire par ses cotraitants » et le formulaire DC5 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.*

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) ;

- *s'agissant de 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-Étang de Berre-Durance, n° 311268) ; s'il renseigne la rubrique VI.4.3 : la mention du nom et des coordonnées du tribunal administratif compétent est suffisante (Conseil d'Etat, 6 mars 2009, Commune de Savigny-sur-Orge, n° 315138)²⁵.*

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 proroger le délai imparti aux entreprises pour soumissionner (Conseil d'Etat, 16 novembre 2005, Ville de Paris, n° 278646).

10.2.1.2. La publication sur le profil d'acheteur.

Le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur est le site dématérialisé auquel il a recours pour ses achats.

10.2.1.3. La publicité complémentaire.

Pour satisfaire à l'obligation d'une publicité efficace, le pouvoir adjudicateur peut 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 l'affichage.

Dans la pratique, la publicité complémentaire permet à l'acheteur public de recevoir des candidatures ou des offres qu'il n'aurait pas, sans elle, forcément obtenues. Ainsi, pour des marchés d'un montant élevé, où le surcoût d'une publication complémentaire dans un organe de presse n'est pas significatif par rapport au montant du marché, il peut être opportun de chercher à 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.

La presse quotidienne régionale : La presse quotidienne régionale constitue un important vecteur d'information des entreprises, notamment des PME. En outre, la mise en place, depuis 2006, d'un portail destiné aux entreprises et accessibles gratuitement, présentant en

²⁵ *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.*

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

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

10.2.1.4. La publication d'un avis de préinformation.

L'article 39 du code prévoit que les marchés de fournitures ou de services d'un montant supérieur à 750 000 euros HT et les marchés de travaux supérieurs à 5 150 000 euros HT 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 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 strictement définies par le code.

Il convient d'insister sur la nécessité de respecter l'ensemble des délais de procédure prescrits. Pour tous les marchés, 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 en cas de publication d'un avis de préinformation.

Pour mémoire, les délais de réception des offres doivent être allongés en cas de visite sur les lieux d'exécution du marché ou de consultation sur place de documents complémentaires.

10.2.2.1. Les marchés de fournitures et de services.

Lorsque les seuils des marchés de fournitures et de services atteignent 133 000 euros HT pour l'Etat et 206 000 euros HT pour les collectivités territoriales, ces marchés sont, en principe, passés sur appel d'offres.

Cependant, si les conditions sont réunies, il est possible de recourir au marché négocié (art. 35), à la procédure définie par l'article 30 ou à la procédure de dialogue compétitif (art. 36). Le code prévoit, en outre, la possibilité de recourir à des procédures spécifiques telles que la procédure de conception-réalisation (art. 37), la procédure du concours (art. 38), la procédure des marchés de définition (art. 73) ou encore, 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 de 5 150 000 euros HT, 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 du 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 essentiellement pour les achats compris entre 20 000 euros HT et 90 000 euros HT puisque, en dessous de 20 000 euros HT, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code et que, à partir de 90 000 euros HT, le code impose des modalités de publicité précisément définies.

10.3.1. Les marchés de moins de 20 000 euros HT.

Le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics a porté le seuil des petits achats de 4 000 à 20 000 euros HT. La France rejoint ainsi ses partenaires européens. En effet, même si aucune mesure de cette nature n'est prévue par les directives communautaires dont le seuil d'application correspond à un niveau économique suffisamment élevé pour ne concerner que les achats présentant un intérêt pour les entreprises situés dans les divers Etats de l'Union européenne, la plupart des pays membres de l'Union, ainsi que la Commission européenne, ont adopté un tel seuil, lequel est, en moyenne, fixé à 20 000 euros.

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

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 toute particulière (art. 27 du code). Les acheteurs publics ne doivent pas concevoir ce seuil de façon à pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence.

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 la traçabilité des procédures qu'elle aura employées, selon la nature et le montant de la prestation achetée.

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 cas, le choix du support publicitaire au regard de son coût doit être en adéquation ou proportionné avec le coût 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.

10.3.2. Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 20 000 euros HT.

10.3.2.1. Quelle publicité ?

➤ Entre 20 000 euros HT et 90 000 euros HT :

- *Le choix du support de la publicité :*

Pour les marchés compris entre 20 000 euros HT 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, manifestée par les acheteurs, et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

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

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.

La publication sur le profil d'acheteur : Les informations publiées peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur (le site internet de l'acheteur public ou tout autre portail adapté). 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 faible coût et de l'importance de son audience potentielle, la publication dématérialisée constitue un moyen particulièrement efficace pour les acheteurs de sécuriser leurs achats et particulièrement les petits achats. En effet, là où l'absence de procédure de publication coûteuse et peu adéquate à l'enjeu du marché fait toujours courir le risque d'un contentieux entrepris par un opérateur tenu à l'écart, une publication sur profil d'acheteur permettra à l'acheteur d'établir qu'il a entrepris toutes les diligences nécessaires pour assurer la publicité adéquate. A ce titre, elle doit être particulièrement encouragée et systématisée.

Ce moyen de publicité peut être considéré comme un moyen unique suffisant. Il est recommandé d'en informer les candidats potentiels, par exemple au moyen de la publication d'un avis sur un support traditionnel, dans laquelle il leur indique son intention de publier désormais ses avis par ce moyen. En revanche, pour des sites à audience plus réduite, il convient de ne considérer ce mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire venant appuyer une publication par voie de presse.

L'information des candidats potentiels peut également être diffusée dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée qui offrent souvent des tarifs préférentiels pour la publicité des marchés en dessous des seuils formalisés.

- *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, ANPE, 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/ou 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 8.4), les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 ; il convient donc de s'y conformer strictement.

Les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL).

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

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

Les avis adressés au BOAMP sont obligatoirement transmis par téléprocédure. Pour toutes les catégories de marchés, les acheteurs devront pour la publication de leurs avis, tant au BOAMP, dans un journal d'annonces légales que dans la presse spécialisée, utiliser les formulaires obligatoires fixés par l'arrêté du 28 août 2006 précité²⁶.

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

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. A l'exception des marchés de moins de 20 000 euros pour lesquels aucune mise en concurrence n'est obligatoire, 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 constitutionnels rappelés à l'article 1^{er} du code : liberté d'accès à la commande, égalité de traitement, transparence dans la procédure à mettre

²⁶ 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.

en œuvre. Il lui appartient de fixer lui-même un contenu de procédure permettant de constater 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.

Le premier principe est que la liberté de définir la procédure de son choix 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 le choix en cas de contestation ?

Le deuxième principe découle du premier : pour pouvoir justifier des choix, il convient de conserver tout document permettant de démontrer que les choix faits 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.

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

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 le

règlement 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.

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 entendues 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.

Afin de prendre en compte 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 de la présente circulaire relatifs aux marchés d'un montant supérieur à 20 000 euros HT 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 à 206 000 euros HT, ces marchés doivent obligatoirement, pour leur passation, fixer préalablement des spécifications techniques et faire l'objet d'un avis d'attribution ;
- 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 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;
- 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.. .) sont dispensés de l'application du titre IV du code relatif à l'exécution des marchés.

11. Comment sélectionner les candidats ?

11.1. Comment présenter un dossier de candidature ?

Les opérateurs économiques sont libres de présenter leur 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.

Même si le fait de présenter des dossiers dont les pièces sont ordonnées demeure indispensable au traitement efficace de ce dernier, il ne s'agit plus d'une condition de légalité de la candidature. Cette mesure est favorable aux petites et moyennes entreprises, qui ne disposent pas de mêmes moyens administratifs que les entreprises de plus grande taille pour présenter leurs dossiers de candidature et d'offres et pouvaient plus fréquemment encourir le risque d'un rejet de leurs dossiers, en cas d'erreur dans la préparation de ces derniers.

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

11.2. Que doit contenir un dossier de candidature ?

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.*

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.

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 interdictions de soumissionner sont liées aux condamnations pénales, à la situation personnelle de l'entreprise et au respect des obligations fiscales et sociales et des obligations en matière d'embauche de travailleurs handicapés. Le code n'en fixe pas la liste, mais 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 publics²⁷. 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.

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.

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

11.3.1. 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.²⁸ 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.

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.

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.²⁹

Le code prévoit deux processus de filtrage des candidatures.

²⁷ 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.

²⁸ Conseil d'Etat, 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, n°303779, confirmé par Conseil d'Etat, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France.

²⁹ CE., 6 mars 2009, Commune de Savigny-sur-Orge.

11.3.1.1. L'élimination.

Il est possible d'éliminer les candidatures dont les capacités sont insuffisantes et n'atteignent pas les niveaux minimaux préalablement fixés par l'acheteur. Dans ce cas, les niveaux minimaux ont été préalablement publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, à défaut, dans les documents de la consultation. Toutefois, il n'est pas obligatoire de fixer des niveaux minimaux de capacités. Dans ce cas, l'acheteur public ne peut, sans risque, éliminer une candidature que lorsque les capacités sont manifestement insuffisantes. S'il souhaite éliminer les candidats à un niveau déterminé de capacité, il est tenu d'indiquer ce niveau d'élimination qui doit être lié et proportionné à l'objet du marché. Ces 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.³⁰

11.3.1.2. La sélection.

[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, à défaut, dans le règlement de la consultation, comme le précise le II de l'article 52 du code.]

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, à défaut, dans le règlement de la consultation, comme le précise le II de l'article 52 du code.

Ainsi, dans le cadre de la sélection des candidatures, l'acheteur sélectionne, après classement, les meilleures parmi celles qui ont le niveau de capacité requis ; dans le cadre de l'élimination des candidatures, il 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.

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

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

³⁰ CE., 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon ; CE., 8 août 2008, Région de Bourgogne.

11.3.3. Les capacités techniques.

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

- *des certificats ou certifications 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.*

11.3.4. 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.

11.3.5. Les capacités professionnelles.

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 justifications particulières. 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 de qualifications professionnelles (identifications ou certificats délivrés par des organismes professionnels) et les certificats de qualité (certificat attribué par un organisme certificateur ou attestant de l'existence d'un manuel de qualité et de procédures).

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

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), ce qui favorise l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

11.3.6. 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 et/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 pouvant 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 a un accord de sous-traitance ou si elle appartient au même groupement. 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.

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

Lors de l'examen des candidatures, les acheteurs peuvent demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée afférente à leur candidature et à leur capacité juridique. Le code n'impose pas au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires les pièces manquantes, mais s'il procède à cette demande, il doit le faire au bénéfice de tous les candidats. 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. Le principe d'égalité de traitement des candidats implique qu'un délai identique soit octroyé à l'ensemble des candidats pour compléter leur candidature. En aucun cas, ce nouveau délai ne peut être mis à profit par les candidats pour compléter leur offre.

Dans la plupart des cas, ce délai ne sera donc utile qu'à l'entreprise dont le dossier n'est pas complet.

11.5. Quels sont les documents à produire par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché ?³¹

Pour prouver qu'il a bien satisfait à ses obligations fiscales et sociales, le candidat dont l'offre a été retenue au terme de la procédure de sélection 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 adjudicateurs³². Il peut s'agir d'une copie de l'état annuel des certificats reçus, dont le modèle figure au formulaire DC 7³³.

Dès lors que le montant du contrat est égal ou supérieur à 3 000 euros, le candidat retenu doit en outre, fournir les pièces mentionnées à l'article 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.

Toutes 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 en tant qu'elles étaient inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Le candidat retenu doit également remettre au maître de l'ouvrage, avant la notification du 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 des dispositions légales susvisées.

³¹ Rappel : les attestations sociales et fiscales sont remises au moment de l'attribution. Au stade préalable à l'attribution, les candidats produisent une attestation sur l'honneur.

³² JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12766.

³³ 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.

11.6 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 devient obligatoire dans un nombre croissant de cas.

A compter du 1^{er} 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. il s'agit du site sur internet dédié à ses achats.*
- *le pouvoir adjudicateur peut imposer aux candidats la transmission par voie électronique de leurs candidatures et de leurs offres. Ce mode de transmission peut déjà être imposé à titre expérimental dans les conditions fixées par l'arrêté du 12 mars 2007 pris en application du III de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux expérimentations de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés³⁴ ;*
- *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 1^{er} janvier 2012, le pouvoir adjudicateur ne pourra refuser 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.

11.6.1 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 transmettre son offre par voie électronique, sous réserve que l'acte d'engagement soit signé électroniquement par une personne habilitée. Il convient de ne pas confondre la transmission par voie électronique avec la transmission d'un support électronique (CD-Rom, clé USB...) par voie postale. Cette dernière est en effet assimilée à une transmission sur support papier.

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

³⁴ JO n° 91 du 18 avril 2007 p. 6946.

11.6.2 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 un référentiel intersectoriel de sécurité en répondant à des exigences techniques minimales. La liste des catégories de certificats de signature électronique ainsi référencées est publiée sur le site internet du ministère de l'économie à l'adresse suivante :
http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/dematerialisation/index.htm.

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 du 28 août 2006 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 formalisés³⁵, pour signer électroniquement sa candidature et son acte d'engagement, l'entreprise choisit librement une catégorie de certificats de signature électronique ainsi référencée. Le certificat est nominatif, il est délivré aux personnes habilitées pour engager la personne morale.

Cet arrêté 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...).

11.6.3. 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

³⁵ JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12766.

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.

11.6.4 Qu'en est-il des marchés pour lesquels la dématérialisation n'est pas obligatoire ?

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

11.6.5. 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. L'arrêté du 28 août 2006 relatif au certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics³⁶ précise les modalités selon lesquelles ce certificat électronique est établi.

11.6.6. 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 et pourquoi 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.

³⁶ JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12764.

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. Cette négociation, en particulier sur le prix, est vivement recommandée. Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune condition ni de circonstance, ni de montant du marché. Pour respecter le principe de transparence des procédures, la négociation doit être annoncée dans les documents de la consultation.

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).

Il est notamment possible de passer, selon cette procédure, des marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables (article 35.I.1) ; les conditions initiales du marché ne doivent jamais être substantiellement modifiées, 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, et, d'une manière générale, toute modification des conditions de mise en concurrence initiale.

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, ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur a indiqué dans les documents de la consultation qu'il ne souhaitait pas des variantes, l'offre d'un candidat qui présente une variante est irrégulière (Voir le point 4.4).

Une offre inacceptable est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, mais qui viole la législation ou la réglementation en vigueur, ou que les crédits alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. Dans le premier cas, 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.

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

Cette procédure, de fait dérogatoire, est particulièrement encadrée.

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

Une offre inappropriée est une offre ne correspond 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 dès lors que les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à sa demande à la Commission européenne. Le recours à cette procédure suppose que l'acheteur public a organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite, ce qui 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 de 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 visées 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 particulièrement encadré par la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire C-385/02, la CJCE (arrêt République italienne, 14 septembre 2004) a énoncé que, lorsque des raisons techniques sont invoquées à l'appui d'un tel recours, elles 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, d'une part en rappelant que, 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 (Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence / Préfet des Bouches-du-Rhône, 13 juillet 2007), d'autre part en considérant qu'il revient au pouvoir adjudicateur d'établir que des raisons techniques, si elles sont invoquées, l'empêchent 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, le code disposant systématiquement 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 code dispose que c'est l'assemblée délibérante, non la commission d'appel d'offres, qui attribue le marché.

En cas d'urgence impérieuse, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres. 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 celles menaçant la sécurité des personnes. Compte tenu des effets radicaux de cette notion sur la concurrence, elle s'interprète très strictement.

L'urgence impérieuse a ainsi été admise :

- *pour la mise en service du réseau téléphonique d'un établissement public de santé, un retard ayant été 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, req. 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, req. 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, req. 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, 1^{er} oct. 1997, M. Hemmerdinger, req. n° 151578).*

12.1.3. La procédure de 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.

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.

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. Il s'agit d'un document dans lequel l'acheteur décrit en termes pratiques ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre.

En effet, 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).

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

Le dialogue peut se dérouler en autant de phases successives nécessaires à l'acheteur pour définir son besoin. Il peut être demandé aux candidats de modifier les propositions successives issues du dialogue.

A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin en fonction 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 d'un délai de dix jours courant à compter de cette information, le marché peut être signé.

L'élaboration de propositions par les candidats pour le dialogue peut entraîner des coûts élevés qui peuvent dissuader des concurrents potentiels. Il est donc de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes, 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.

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 capacités économiques et techniques des entreprises.

Si cette procédure ne lui permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché tels, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures et des offres, elle laisse à l'acheteur public la possibilité de déterminer librement par la négociation le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, 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, avec le marché négocié, 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...).*

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.

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.

Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à un pouvoir adjudicateur souhaitant passer un marché en procédure négociée d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre (CE., 20 mai 2009, Ministre de la défense, n° 316602). Toutefois, il est recommandé aux acheteurs de fixer un tel délai sauf lorsque cela ne paraît pas opportun compte tenu des circonstances de l'achat.

13. 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.*

Le choix 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.

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.

13.1. 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.

13.1.1. 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. Mais dans le cas d'un marché complexe, 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, req. n° 298584) ;*
- *il est possible de choisir plusieurs critères, le prix n'est alors pas un critère obligatoire.*

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 aisée des choix, le prix ne doit pas tenir une place prépondérante par rapport aux 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. De manière générale, le choix de tout critère 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, social (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, req. n° 280197, Conseil d'Etat, 5 novembre 2008, commune de Saint-Nazaire, req.).

Les critères doivent être toujours objectifs et opérationnels et jamais 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 permettant un choix arbitraire ou subjectif (Conseil d'Etat, 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, précité).

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 réalisé 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.

13.1.2. Comment utiliser les critères de sélection des offres ?

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

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

Le code des marchés publics pose en principe que les critères de sélection des offres doivent être pondérés, à l'exclusion des concours et des marchés passés selon une procédure adaptée. Cette obligation est contrôlée par le juge (Conseil d'Etat, 29 juin 2005, Commune de la Seyne-sur-Mer, req. n° 267992). C'est seulement si cette pondération est impossible, notamment en raison de l'objet, de la procédure, des moyens dont dispose la collectivité ou des critères retenus, que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation (Conseil d'Etat, 7 oct. 2005, Communauté urbaine Marseille-Provence Métropole, req. n° 276867). Elle doit alors être en mesure de prouver que la pondération est impossible (Conseil d'Etat, 5 avril 2006, Ministre de la défense, req. n° 288441). Or, dès lors que chaque critère peut être affecté d'un coefficient, exprimé le cas échéant par une fourchette, une telle démonstration est très difficile.

Au demeurant, la pondération des critères se révèle d'un usage plus pratique que la hiérarchisation en tant qu'elle facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et garantit plus sûrement le respect de l'égalité des candidats. Elle garantit une meilleure transparence dans l'analyse des offres afin que chaque entreprise puisse connaître avec précision l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de son offre.

C'est pourquoi son usage peut être recommandé même dans les cas où elle n'est pas obligatoire, notamment pour les marchés passés selon une procédure adaptée.

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

A travers ses articles 5, 6, 14, 45, 50 et 53, le code permet au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des exigences environnementales 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.

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

- *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. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur pourra se référer aux écolabels attribués par des organismes indépendants. Les écolabels sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées telles que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement.*
- *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 septembre 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, aff C-513/99). Un critère dénué de caractère économique peut être de nature à déterminer la valeur de l'offre pour l'acheteur public, par exemple pour les marchés marqués notamment par le fait que la collectivité publique ne verse pas une somme donnée à son cocontractant, tels que les contrats de mobiliers urbains, pour lesquels le juge a admis l'utilisation d'un critère esthétique (Conseil d'Etat, 5 avr. 2006, Ministre de la défense, 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 1^{er} du code. Comme pour les autres critères, ce critère ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public lors du choix de la meilleure offre.

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

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

suivantes : livraison/emballage en vrac plutôt qu'en petit conditionnement, récupération ou réutilisation des emballages, livraisons des marchandises dans des conteneurs réutilisables, collecte et recyclage des déchets produits.

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

Pour de plus amples informations sur le sujet, il est possible de se reporter au guide publié par la Commission européenne, « Acheter vert : un manuel sur les marchés publics écologiques »³⁷, ainsi qu'à sa communication interprétative relative à des marchés publics pour un environnement meilleur³⁸

13.3. 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.

14. Comment achever la procédure ?

14.1. L'information des candidats.

Pour les marchés supérieurs aux seuils communautaires, l'acheteur a l'obligation de communiquer des informations aux candidats, lorsque leur candidature ou leur offre n'a pas été retenue, pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, conformément aux dispositions des articles 80 et 83.

Pour les marchés dont le montant n'atteint pas les seuils communautaires, cette communication est facultative, elle est néanmoins recommandée en tant que facteur de transparence.

Tout candidat écarté doit être informé du rejet de sa candidature, qui doit être motivé. Si la personne publique ne respectait pas cette obligation, elle devrait par la suite l'informer du nom de l'attributaire du marché et des motifs qui ont conduit au choix de celui-ci (art. 80 du CMP). Un candidat écarté peut par ailleurs demander, par écrit, que lui soient communiqués le nom de l'attributaire, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue. L'acheteur

³⁷ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf.

³⁸ COM (2008) 400/2 ; http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400fr.pdf.

doit lui communiquer ces éléments dans un délai maximal de quinze jours suivant la réception de la demande (art. 83 du CMP).

Le soumissionnaire dont l'offre a été écartée doit être informé du nom de l'attributaire du marché, des motifs ayant conduit au choix de celui-ci, ainsi que des motifs du rejet de son offre. Ces mêmes informations doivent être communiquées à un candidat écarté qui n'aurait pas été informé sur les motifs du rejet de sa candidature.

14.2. Le délai de suspension de la procédure.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, après l'envoi de la décision d'attribution du marché, l'acheteur doit respecter un certain délai avant de signer le marché. La notification doit comporter le délai que va respecter l'acheteur entre la date d'envoi de la décision d'attribution et la signature du contrat. Les délais sont les suivants :

- *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 et la signature du contrat.*
- *Lorsque la décision est envoyée par voie électronique à l'ensemble des candidats, le délai minimal à respecter est réduit à au moins onze jours.*

Pour les marchés passés en procédure adaptée, les modalités de la procédure sont définies par la personne publique (article 28). Une de ces modalités peut être de prévoir, également pour ces marchés, un délai raisonnable entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché afin de permettre à un candidat qui s'estimerait irrégulièrement écarté de formuler un recours avant la conclusion du marché. Néanmoins, ce délai est déterminé par l'acheteur en fonction des caractéristiques du marché, au premier rang desquelles figure son montant.

Pour éviter les contestations du contrat après sa signature, les marchés passés selon une procédure adaptée, les acheteurs ont intérêt à recourir à la publication d'un avis relatif à l'intention de conclure le contrat au Journal officiel de l'Union européenne et de respecter un délai minimal de onze jours entre la date de cette publication et la signature du contrat. Le respect de cette formalité permet aux opérateurs économiques d'exercer un référé précontractuel. En revanche, dès lors que cette procédure est respectée, le contrat ne pourra plus être contesté par la voie du référé contractuel prévu aux articles L. 551-13s. du code de justice administrative. Ceci permet d'assurer la sécurité juridique du contrat après sa signature.

14.3. La notification.

Conformément à l'article 81 du code des marchés publics, tout marché ou accord-cadre d'un montant supérieur à 20 000 € HT doit être notifié au titulaire du marché, avant tout commencement d'exécution.

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 contra, par envoi en recommandé avec accusé de 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 de santé, les établissements publics sociaux et médico-sociaux. Ce contrôle de légalité relève de la mission constitutionnelle du représentant de l'État (article 72 de la Constitution), et il est précisé par des textes législatifs spécifiques : 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), article L. 6145-6 du code de la santé publique pour les établissements publics de santé, et article L. 315-14 du code de l'action sociale et des familles pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux

La transmission réalisée 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 signé³⁹. En application du 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-cadres⁴⁰, les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur ou égal à 206 000 EUR HT sont obligatoirement transmis au représentant de l'Etat dans le cadre 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 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 transmission des pièces nécessaires à ce contrôle aux services du représentant de l'État. La notification au titulaire est alors accompagnée de l'accusé de transmission de ces pièces.

³⁹ Conseil d'Etat, Section, avis du 10 juin 1996 Préfet de la Côte d'Or, req. n°s 176873, 176874 et 176875.

⁴⁰ JO n° 47 du 24 février 2008 p. 3245.

14.4. L'avis d'attribution.

Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 133 000 EUR HT pour l'Etat et 206 000 EUR HT pour les collectivités territoriales (206 000 EUR HT pour les marchés de services de l'article 30, quel que soit le pouvoir adjudicateur) et pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 150 000 EUR HT, les avis d'attribution sont établis conformément aux formulaires établis par le règlement communautaire (CE) n° 1564-2005 de la Commission du 7 septembre 2005. Ces avis sont disponibles à l'adresse suivante : http://simap.europa.eu/buyer/forms-standard_fr.html.

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

La publication de l'avis d'attribution déclenche le délai de recours d'un mois du référé contractuel. En l'absence d'avis d'attribution, le marché pourra être contesté jusqu'à six mois après sa conclusion.

Dans ces conditions, dès lors que la publication d'un avis d'attribution n'est pas requise (marchés passés selon une procédure adaptée), le pouvoir adjudicateur a intérêt à publier un avis d'attribution d'un marché (art. 85-I). Dans ce cas, le référé contractuel ne pourra être exercé que dans un délai d'un mois qui suit la publication de cet avis au Journal officiel de l'Union européenne.

Outre le référé contractuel, un contrat pourrait être contesté par la voie du recours en appréciation de validité (Conseil d'Etat, Ass. 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux Signalisation, n° 293229). Ce recours est ouvert dans un délai de deux mois 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.

15. Pourquoi des obligations de publicité a posteriori ?

Le code des marchés publics prévoit que les acheteurs sont tenus de publier chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires.

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 pris en application de l'article 133 du code des marchés publics et relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices⁴¹.

- *l'arrêté laisse aux administrations le choix du support pour communiquer la liste des marchés conclus l'année précédente. La publication sur les sites internet des collectivités doit être privilégiée.*
- *les marchés inférieurs à 20 000 € HT sont hors du champ de ce recensement*

⁴¹ JO n° 0302 du 29 décembre 2007 p. 21773.

- *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 susmentionnés. 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.*

QUATRIÈME PARTIE L'exécution des marchés

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

Seul le comptable public du pouvoir adjudicateur est compétent pour payer les prestations d'un marché public (cf. art. 12 du code). La quatrième partie du code énumère différentes mesures facilitant le financement des opérateurs économiques tout en assurant la protection des intérêts financiers des pouvoirs adjudicateurs (art. 92 à 100, par exemple).

16.1. 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), lesquelles 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 dès lors que les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites et que le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC (art. 115 à 117). Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite et 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 désormais être réglés plus rapidement grâce à la simplification de la procédure de paiement. Le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement au titulaire du marché ainsi qu'au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché.

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

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

16.2. Le versement d'avances aux titulaires de marchés publics.⁴²

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 EUR HT (art. 87 du CMP). Toutefois, cette obligation ne s'impose que si le délai d'exécution du marché est supérieur à deux mois. Le montant minimum de l'avance est fixé à 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, (hors sous-traitance), des prestations à exécuter dans les douze premiers mois qui suivent la date de notification du marché, de l'affermissement de la tranche ou de l'ordre de service portant début d'exécution des prestations.

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, de la tranche affermée, ou 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, de la tranche affermée ou du bon de commande, divisé par cette durée 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.

⁴² 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.

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).

En dehors de toute considération liée à la mise en œuvre du plan de relance de l'économie, 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.

16.3. 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. La périodicité de versement des acomptes est de 3 mois maximum ; dans les cas prévus à l'article 91, elle peut être ramenée à 1 mois.

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

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

Les marchés publics peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial 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. 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.⁴³

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

⁴³ 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°2008-1550 du 31 décembre 2008.

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.

16.5. 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 30 jours pour l'Etat, de 30 jours à compter du 1^{er} juillet 2010 pour les marchés des collectivités territoriales⁴⁴ et de 50 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, sanctionnant sa violation, 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.

⁴⁴ Ce délai est de 40 jours pour les marchés dont la procédure a été initiée à partir du 1^{er} janvier 2009 jusqu'au 31 décembre 2009, de 35 jours pour les marchés dont la procédure a été initiée à partir du 1^{er} janvier 2010 jusqu'au 30 juin 2010, et de 30 jours à compter du 1^{er} juillet 2010.

Pour les autres marchés⁴⁵, il est fait application du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points. Ce taux est mis à jour le 1^{er} janvier et le 1^{er} juillet de chaque année civile.

Dans tous les cas, pour la liquidation des intérêts moratoires, le taux à prendre en compte est le taux en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires ont commencé à courir : un seul taux s'applique, pour toute la durée du marché.

La formule de calcul des intérêts moratoires est la suivante :

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

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

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

Les intérêts moratoires constituent le moyen de faire respecter les délais de paiement dans les marchés publics, ces délais de paiement constituant un moyen de financement de l'économie. 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 à leur paiement au motif que les entreprises n'osent pas demander leur paiement.

Des délais spécifiques s'appliquent dans le cadre d'un dispositif particulier, prévu par l'article L. 443-1 du code de commerce, totalement 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, dans les hypothèses où elles se livrent à des activités commerciales au sens du code de commerce

16.6. 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 et de réduire les coûts de production.

⁴⁵ 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 1^{er} janvier 2009.

L'article 15 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG FCS), approuvé par l'arrêté du 19 janvier 2009,⁴⁶ prévoit que « le marché peut prévoir des primes pour réalisation anticipée, soit de l'ensemble des prestations, soit de certaines parties des prestations faisant l'objet de délais particuliers ou de dates limites fixés dans le marché. La prime est versée TTC, sans que le titulaire soit tenu de la demander, avec le solde de la prestation correspondante. Elle est soumise aux mêmes règles de paiement que celles relatives à ce solde ». Des dispositions équivalentes seront introduites dans tous les CCAG. Les acheteurs publics sont incités à mettre en place de telles primes, souvent plus efficaces que des pénalités de retard.

16.7. 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 publics⁴⁷.

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) vise à éviter que la même créance soit cédée plusieurs fois ou qu'une entreprise cède la créance d'une autre. Il importe donc tout particulièrement, pour que ce dispositif fonctionne bien, que le pouvoir adjudicateur opère un suivi de chaque exemplaire unique ou certificat de cessibilité délivré au titre du marché lorsque la part respective des entreprises (titulaire, sous-traitants) est

⁴⁶ JO du 19 mars 2009.

⁴⁷ JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12764.

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 réalisées 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.

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

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

16.8.1. 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 son 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 :

- *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.

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

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

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

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

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

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. Cette disposition ne s'applique pas à un avenant à un marché dont l'attribution initiale n'a pas donné lieu à réunion de 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) qui sont des nouveaux marchés dont le montant cumulé ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial.

16.8.2. 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. Elle ne peut être utilisée que pour augmenter le volume des prestations à réaliser pour l'achèvement de l'ouvrage et ces prestations ne peuvent en aucun cas être différentes de celles prévues au marché initial. Dès lors que la poursuite du marché impose la définition de nouvelles prestations ou la modification en tout ou partie de celles initialement prévues, la conclusion d'un avenant est nécessaire.

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.

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

Les comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics sont des organismes consultatifs de conciliation qui peuvent être saisis de tout différend 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 en effet 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.

CINQUIÈME PARTIE

Les dispositions applicables aux entités adjudicatrices

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

18. 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.

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

18.1.1. 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.*

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

- soit il exploite lui-même le réseau ;*
- soit il réalise des achats permettant de construire, d'organiser et de mettre le réseau à la disposition d'un tiers. Les notions d'organisation et de mise à disposition visent la construction du réseau pour en confier ensuite la gestion à un tiers conformément aux différents modes de dévolution autorisés. Mais il peut également s'agir du cas où la réfection du réseau ou son extension reste, malgré le contrat d'exploitation, à la charge de l'entité adjudicatrice propriétaire du réseau ;*
- soit il alimente le réseau.*

18.1.2. 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.*

18.1.3. 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.*

18.1.4. Les activités postales.

Il est à noter que La Poste n'entre pas dans le champ d'application du code. Il s'agit ici des activités postales exercées par certains ministères, comme celui de la défense (service de la poste interarmées).

18.1.5. 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).*

18.1.6. Les facteurs communs.

Le contrat par lequel l'entité adjudicatrice confie à un tiers la gestion et l'exploitation du réseau ne peut pas entrer dans une activité d'opérateur de réseau en application de l'arrêt du

Conseil d'Etat EGF BTP du 9 juillet 2007, puisqu'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.

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

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

Ces dispositions visent :

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

b) Les cas de certains marchés passés par l'entité adjudicatrice ou le groupement d'entités adjudicatrices avec des organismes particuliers. La justification de l'exclusion tient à la nature de l'organisme cocontractant. Il s'agit ici d'exclure du champ du code les contrats passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise qui lui est liée dès lors que le contrat se passe dans des circonstances telles que l'on peut considérer qu'il s'agit de prestations réalisées en interne. Il s'agit d'un cas particulier de prestations intégrées plus large que son équivalent appelé communément « prestations in-house » pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 138 et 139).

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

18.3. 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.

18.3.1. Les seuils applicables.

Le seuil particulier applicable aux marchés de fournitures et de services passés par les entités adjudicatrices est fixé à 412 000 EUR HT (art. 144).

18.3.2. 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. En outre, la procédure de dialogue compétitif n'est pas prévue pour les entités adjudicatrices. Cette situation est justifiée par le fait que dans tous les cas les entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée avec mise en concurrence. Cependant, rien ne les empêche de s'inspirer de la procédure du dialogue pour mener leurs négociations.

18.3.3. Le système de qualification des opérateurs économiques.

Le système de qualification des opérateurs économiques est un système de présélection d'opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations. Il permet de constituer un vivier dans lequel l'entité adjudicatrice peut choisir les futurs titulaires de ses marchés. L'entité adjudicatrice peut même recourir à un système de qualification mis en place par un tiers. Il s'agit ici d'un système de présélection de candidats potentiels et non de la phase de sélection des candidatures pour un marché donné (art. 152 à 155).

18.3.4. 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 sauf indications contraires dans les documents de la consultation. Les entités n'ont donc pas besoin de les autoriser expressément (art. 157).

18.3.5. Les offres contenant des produits originaires de pays tiers.

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

18.3.6. 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).

18.3.7. 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).

18.3.8. 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.

18.3.9. 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).

18.3.10. Modalités de publicité.

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

- *la même fonction que l'avis de préinformation des pouvoirs adjudicateurs ;*
- *constituer un outil de mise en concurrence tenant lieu d'avis d'appel public à la concurrence, dès lors qu'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 l'inverse des pouvoirs adjudicateurs, elles peuvent utiliser le modèle d'avis périodique indicatif ou celui de l'avis sur l'existence d'un système de qualification en plus du modèle classique d'avis de marché. Cette possibilité doit leur permettre de raccourcir les délais de procédures (art. 150).

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