



JORF n°0303 du 31 décembre 2009 page 23171
texte n° 90

CIRCULAIRE

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

NOR: ECEM0928770C

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

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

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

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

Avertissement

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

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

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

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

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

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

2. Montant des seuils de procédure

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

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

règles de la commande publique.

1.3. Certaines autres personnes publiques

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

1.3.2. Les organismes de sécurité sociale appliquent les dispositions du code des marchés publics, en vertu de l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale et de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale⁷.

1.3.3. Les marchés passés par les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique ont un double régime. Les achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche relèvent de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée⁸ (cf. art. 30 de la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche). Cependant, comme le permet l'article 3.II de cette ordonnance, ces dispositions ne font pas obstacle à la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, d'appliquer volontairement, pour un marché particulier, les règles prévues par le code des marchés publics. Ce choix peut se manifester par la référence explicite aux articles du code dans les documents de la consultation et les pièces contractuelles du marché. Les autres achats sont soumis au code des marchés publics.

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

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

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

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

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

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services.

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

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

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

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

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

L'exigence de secret qui justifie l'exclusion prévue au 7° de l'article 3 du code des marchés publics concerne uniquement la protection du secret, ainsi que des informations ou des intérêts relatifs à la défense nationale, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat.

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

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

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

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

3.5. Les autres exclusions

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

pouvoir adjudicateur se trouve dans l'impossibilité de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins. Le code prévoit dans ce cas, le recours à des accords-cadres ou à des marchés à bons de commande, qui permettent de définir les besoins à mesure de leur apparition.

Lorsque le pouvoir adjudicateur recourt à la procédure de dialogue compétitif, il n'est pas tenu de rédiger de cahier des charges complet, ni définitif. En pratique, l'acheteur pourra rédiger un acte d'engagement, à tout le moins une offre de prix, et les principaux éléments du cahier des clauses administratives particulières.

L'essentiel du dialogue portera sur le cahier des clauses techniques particulières. L'article 67 du code dispose que la consultation est alors lancée sur la base du projet ainsi partiellement défini ou du programme fonctionnel. Le programme fonctionnel est intangible. L'article 11 précise, en effet, que « pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives. »

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

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

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

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

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

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

Le pouvoir adjudicateur a le choix entre deux possibilités :

— se référer à des normes ou à d'autres documents préétablis approuvés par des organismes reconnus, notamment par des instances professionnelles en concertation avec les autorités publiques nationales ou communautaires. Il s'agit de l'agrément technique européen, d'une spécification technique commune ou d'un référentiel technique. L'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et accords-cadres définit ces termes²⁰ ;

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

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

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

Les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité des candidats. C'est pourquoi elles ne peuvent mentionner une marque, un brevet, un type, une origine ou une production déterminés, qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions. En particulier, il est interdit de recourir à une marque pour formuler une spécification technique. L'acheteur public peut, toutefois, y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de donner autrement une description technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « ou équivalent »²¹.

4.5. L'utilisation des variantes

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

La variante permet aux candidats de proposer au pouvoir adjudicateur une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché, autres que ceux fixés dans le cahier des charges. Il peut, par exemple, s'agir d'une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur, innovante le cas échéant, ou de moyens inconnus du pouvoir adjudicateur et qui sont de nature à constituer une meilleure prestation, éventuellement à un meilleur prix. Elle permet ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation.

Les variantes peuvent, notamment, modifier la solution technique de base (par ex. changement de matériau

besoins sont appréciés.

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

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

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

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

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

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

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

6. Acheter seul ou groupé ?

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

6.1. La coordination de commandes

La coordination de commandes permet à un pouvoir adjudicateur de coordonner les achats de ses services (art. 7 CMP). La coordination est possible aussi bien pour la conclusion d'un marché public, que pour la conclusion d'un accord-cadre.

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

¹Ces modifications sont issues des textes suivants : décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics, décrets pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics et n° 2008-1356 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics, ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 pris pour son application. ² JO n° 47 du 24 fév. 2008, p. 3245. ³ <http://www.minefe.gouv.fr/>, rubrique « Les actions — Commande publique ». ⁴ Certains établissements publics à caractère administratif de l'Etat sont soumis à un double régime, voir 1.3. ⁵ relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JO n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014, ⁶ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée, entrée en vigueur le 1er septembre 2005 ; décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005

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

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

6.3. Le recours à une centrale d'achat

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

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

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

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

7. Quelle forme de marché adopter ?

7.1. Le choix du mode de dévolution du marché

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

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

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

7.1.1. L'allotissement et le marché unique

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

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

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

- financiers, lorsqu'il est de nature à renchérir de manière significative (25) le coût de la prestation.

Lorsqu'une de ces trois conditions est remplie, la dévolution sous forme de marché global n'interdit pas au pouvoir adjudicateur d'identifier les prestations de manière distincte (sous forme de postes techniques) (26).

Cette décomposition en postes techniques est une opération différente de celle de l'allotissement et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique (27). Elle permet de recourir à un groupement conjoint, au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations qui lui sont attribuées.

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

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

dite « en cascade », qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les moins-disant.

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

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

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

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

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

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

- une durée de validité des bons de commande excédant l'expiration du marché supérieure à cette durée mois pourrait être regardée comme de nature à priver d'effet les dispositions limitant la durée de validité du marché à quatre ans ;
- la procédure de renouvellement d'un marché à bons de commande est un événement prévisible, dont la survenance ne devrait pas, sauf circonstances exceptionnelles, surprendre le pouvoir adjudicateur.

Il est possible de passer des marchés à bons de commande pour une durée inférieure à quatre ans. En particulier, il est possible de limiter la durée d'un marché à bons de commande portant sur des fournitures ou des services destinés à répondre à un besoin régulier à un an, ce qui permet de faire correspondre cette durée avec la nécessité de prendre en compte les besoins d'une année, dans le calcul des seuils de déclenchement des procédures formalisées.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en

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

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

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

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

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

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

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

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

Un marché de travaux, au sens du code, est un marché conclu avec des entrepreneurs qui a pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Cet ensemble de travaux ne peut être dissocié en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement, et sont exécutés dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

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

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

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

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

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

► TROISIEME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE

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

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

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

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

La publicité présente une double utilité. Elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés ; elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence, en suscitant candidatures et offres. Ce faisant, elle constitue le gage d'une réponse adaptée aux besoins de l'acheteur. Faire jouer la concurrence dans l'acte d'achat public répond, aussi, au souci d'efficacité économique. En suscitant une plus grande diversité des offres, elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics.

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

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

10.2. Au-dessus des seuils de procédure formalisée

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

10.2.1. Quelle publicité ?

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

10.2.1.1. La publication obligatoire au BOAMP et au JOUE

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

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

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

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

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

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

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

10.2.1.3. La publicité complémentaire

Pour satisfaire à l'obligation d'une publicité efficace, le pouvoir adjudicateur peut toujours utiliser, s'il le juge nécessaire, pour l'ensemble de ses marchés, des supports de publicité supplémentaires, tels qu'une publication dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée ou la publication par affichage. La publicité complémentaire permet à l'acheteur public de recevoir des candidatures ou des offres qu'il n'aurait pas, sans elle, obtenues. Ainsi, pour des marchés d'un montant élevé, où le surcoût d'une publication complémentaire dans un organe de presse est insignifiant au regard du montant du marché, il peut être opportun de chercher à favoriser, le plus possible, la concurrence par des publications complémentaires. Il en va, sans que ce soit une obligation juridique, de l'intérêt économique de l'acheteur. Cette publicité peut être faite dans la presse quotidienne régionale. La presse quotidienne régionale constitue un important vecteur d'information des entreprises, notamment des PME. La mise en place, depuis 2006, d'un portail destiné aux entreprises et accessible gratuitement, présentant en ligne les annonces légales de marchés publiés dans les quotidiens régionaux permet d'élargir la diffusion des avis d'appel public à la concurrence au-delà de l'audience locale de chaque titre.

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

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

D'autres moyens complémentaires peuvent être utilisés aux fins de publicité. Ainsi par exemple, une annonce par voie radiophonique est-elle prévue par le code dans certaines collectivités d'outre-mer. Le contenu des avis de publicité complémentaires est laissé à l'appréciation de l'acheteur public qui peut se contenter d'informations minimales, à la condition expresse qu'il renvoie aux insertions faites dans le cadre des publications obligatoires et qui contiennent la totalité des renseignements publiés (cf. article 4 de l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres (47). La publicité complémentaire peut intervenir postérieurement aux publications obligatoires. Elle n'a, toutefois, jamais pour effet de prolonger le délai de réception des candidatures.

10.2.1.4. La publication d'un avis de préinformation

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

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

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

10.2.2. Quelles mesures de mise en concurrence ?

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

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

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

10.3.1. Les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure (49)

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

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

Les marchés en dessous de ce seuil ne sont dispensés que des mesures de publicité et de mise en concurrence imposées par le code des marchés publics. Ils n'en restent pas moins dans le champ du code. Les collectivités doivent donc toujours respecter leurs obligations en matière de définition préalable des besoins (art. 5). La détermination de la valeur estimée des besoins au regard des notions d'opération et de prestations homogènes doit faire l'objet d'une attention particulière (art. 27). Les acheteurs publics ne doivent pas découper le montant de leurs marchés, de façon à pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence, aux dépens de la sécurité juridique des contrats ainsi conclus.

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

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

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

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

10.3.2.1. Quelle publicité ?

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

— le choix du support de la publicité :

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

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

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

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

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

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

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

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

La détermination du contenu de la publicité :

toute transparence.

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

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

L'article 30 concerne les catégories de services dits « non prioritaires », que les directives communautaires ont entendu soumettre à des procédures simplifiées quel que soit leur montant.

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

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

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

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

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

- lorsque leur montant est égal ou supérieur au seuil de l'article 26, ces marchés doivent obligatoirement, pour leur passation, fixer préalablement des spécifications techniques et faire l'objet d'un avis d'attribution (52) ;

- pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, ils sont attribués par la commission d'appel d'offres si leur montant est égal ou supérieur à 206 000 euros HT (47) et les marchés ayant pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au contrôle de légalité (53) ;

- enfin, les marchés de services juridiques (services de conseils et de représentation juridiques, de conseils en matière de brevets et de droits d'auteur, de documentation et d'informations juridiques... [54]) sont dispensés de l'application du titre IV du code relatif à l'exécution des marchés.

11. Comment sélectionner les candidats ?

11.1. Qui peut se porter candidat ?

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

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

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

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

Un acheteur public ne peut interdire à des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de soumissionner concurrentement à l'attribution d'un même marché (CJCE 19 mai 2009 Assitur Srl, affaire C-538/07).

11.2. Comment présenter un dossier de candidature ?

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

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

11.3. Que doit contenir un dossier de candidature ?

Le marché ne pourra être attribué que si le candidat fournit les attestations et certificats exigés, lorsqu'il

candidat en application de l'arrêté du 28 août 2006, fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs (63). Le pouvoir adjudicateur peut écarter la candidature d'une entreprise qui n'aurait pas exécuté correctement des marchés antérieurement conclus. Mais, si l'entreprise fournit des références autres que celles relatives aux marchés précédents, le pouvoir adjudicateur doit examiner ces autres références et ne pas motiver le rejet de la candidature sur la seule mauvaise exécution des marchés antérieurs (64).

11.4.3. La sélection des candidatures

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

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

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

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

11.4.5. Les capacités techniques et professionnelles

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

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

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

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

Il en va de même des certificats de qualité, pour lesquels le pouvoir adjudicateur doit accepter d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés (66). Dans les deux cas, l'obligation d'accepter les équivalences est satisfaite si le pouvoir adjudicateur a déclaré accepter ces certificats, ainsi que « d'autres justificatifs regardés comme équivalents » (67).

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

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

11.4.6 Les capacités financières

Les capacités financières, qui ne peuvent revêtir qu'un caractère général, doivent permettre au candidat de

d'exercer ce contrôle préalablement à la passation de toute commande, mais encore d'exiger ces pièces tous les six mois jusqu'au terme de l'exécution du contrat.

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

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

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

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

11.7. Comment dématérialiser les marchés publics ?

La voie électronique est de plus en plus utilisée pour les échanges qui interviennent dans le processus d'achat public. Elle est obligatoire pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique et devient obligatoire dans un nombre croissant d'autres cas.

A compter du 1er janvier 2010 :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<http://www.entreprises.minifi.gouv.fr/certificats>.

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

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

ou qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation.

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

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

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

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

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

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

Cette procédure dérogatoire, est particulièrement encadrée.

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

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

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

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

— pour les travaux de renforcement d'un transformateur électrique, alors même qu'il suscitait de fréquentes coupures de courant dans un quartier entier de la commune (Conseil d'Etat 23 fév. 1990, Commune de Morne-à-l'Eau, n° 69588) ;

— pour les travaux nécessaires à la réalisation d'une maison des familles par une commune, dès lors qu'il ne s'agissait que de minimiser la gêne causée par le chantier aux riverains (Conseil d'Etat, 8 janv. 1992, Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines, n° 85439) ;

— pour un marché négocié, passé trois mois après le passage d'un cyclone en janvier 1985 (Conseil d'Etat, Section, 26 juill. 1991, Commune de Sainte Marie de la Réunion, req. n° 117717) ;

— pour des marchés de rénovation de lycées, passés deux ans après l'adoption du plan régional de rénovation de ces établissements et malgré l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres (Conseil d'Etat, 1er oct. 1997, M. Hemmerdinger, n° 151578).

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

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

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

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

respect de l'égalité de traitement des candidats. Il est donc conseillé d'établir un document précis, qui permettra d'identifier clairement les points qui ont fait l'objet de modifications. Le respect du principe d'égalité doit conduire l'acheteur, en cas de modifications du cahier des charges, à inviter l'ensemble des candidats à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications. Ces principes sont applicables à toutes les procédures négociées, même passées sans mise en concurrence. En tout état de cause, certaines stipulations du cahier des charges seront réputées intangibles. Il revient au pouvoir adjudicateur de les signaler aux candidats avant l'ouverture de toute négociation.

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

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

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

(49) Le seuil de dispense de procédure a été introduit et fixé à 4 000 € HT dans le code des marchés publics par le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales (JO n° 278 du 30 novembre 2004, p. 20310). Ce montant a été porté à 20 000 € HT, qui est le seuil moyen retenu par les autres Etats européens, par le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics (n° 296 du 20 décembre 2008, p. 19548). (50) Le modèle national d'appel public à la concurrence et sa fiche explicative sont accessibles sur le site internet du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi à l'adresse suivante : http://www.minife.gouv.fr/themes/marches_publics/formulaires/index.htm. (51) Voir point 10.2.1.1. (52) Evaluation du montant du marché s'effectue conformément aux modalités définies à l'article 27 du code, notamment au regard de la notion d'unité fonctionnelle. (53) Ibidem. (54) Voir l'annexe II B de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 telle que modifiée par l'annexe VII du règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007. (55) CE 29 juillet 1998, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Société Genicorp, n° 177952. (56) L'article 43 du code des marchés publics renvoie à l'article 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005, qui lui-même renvoie à l'article 8 de cette même ordonnance. (57) L'accord sur les marchés publics (AMP) a été conclu en 1994 sous l'égide de l'organisation mondiale du commerce. Il permet aux fournisseurs de biens et de services d'avoir accès, dans les mêmes conditions que les fournisseurs nationaux, aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs des Etats membres. Il a été intégré dans l'ordre juridique communautaire par une décision du Conseil du 22 décembre 1994 et pris en compte dans deux directives du 13 octobre 1997 et 16 février 1998. (58) CE 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, n° 303779. (59) JO du 29 août 2006, p. 12766. (60) CE 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, précité. (61) CE 6 mars 2009, Commune de Savigny-sur-Orge, n° 315138. (62) Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel à concurrence des niveaux minimaux de capacités (CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, n° 307143, mentionné aux tables du Lebon). (63) CE 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, n° 303779 ; CE 8 août 2008, Région de Bourgogne, n° 307143. (64) CE 10 juin 2009, Région Lorraine, n° 324153, mentionné aux tables du Lebon. (65) Arrêté du 28 août 2006, fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, précité. (66) Ibidem. (67) CE 25 janvier 2006, Département de la Seine-Saint-Denis, n° 278115. (68) Possibilité introduite en 2009, art. 52 du code des marchés publics. (69) Rappel : les attestations sociales et fiscales ne sont remises qu'au moment de l'attribution. Au stade préalable à l'attribution, les candidats produisent une attestation sur l'honneur. Les acheteurs publics veilleront à ne pas imposer aux entreprises des formalités inutiles en demandant ces attestations à des entreprises non retenues. (70) JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12766. (71) Le formulaire DC 7 est le formulaire qui peut être utilisé par les candidats retenus à un marché public qui doivent, préalablement à la signature et à la notification du marché, justifier auprès de l'acheteur de la régularité de leur situation fiscale et sociale. Il peut donc remplacer la production des certificats fiscaux et sociaux. Il peut être téléchargé à l'adresse suivante : http://www.bercy.gouv.fr/formulaires/daj/daj_dc.htm. (72) JO n° 199 du 29 août 2006 p. 12766. (73) De manière générale sur la question des prix, il sera utile de se référer à la circulaire du 5 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics, NOR ECOM8710070C. (74) Le juge sanctionnerait le fait qu'une évaluation ait été volontairement irréaliste pour réserver la possibilité du recours à un marché négocié.

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

Le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion des marchés complexes, pour lesquels le

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- soit sur une comparaison des offres, au vu de critères de choix définis en fonction de l'objet du marché

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

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

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

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

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

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

14.2.1. Les préoccupations environnementales

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

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

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

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

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

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

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

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

Une démarche d'achat respectueuse des aspects environnementaux du développement durable peut être obligatoire. Ainsi, la directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en

procédure négociée sans mise en concurrence préalable, l'acheteur public doit procéder à deux séries d'informations (art. 80) (82).

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

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

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

Dès la décision d'attribution prise, l'acheteur public doit la notifier à chacun des soumissionnaires, dont l'offre n'a pas été retenue. La notification de la décision d'attribution du marché ou de l'accord-cadre doit comporter les informations suivantes :

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

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

15.1.2. L'information des candidats en procédure adaptée

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

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

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

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

La décision d'attribution doit comporter les informations suivantes :

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

15.1.4. Le cas des autres marchés

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

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

15.1.5. L'information à la demande des candidats

Un prestataire, dont la candidature a été écartée, peut demander par écrit, après attribution du marché, que lui soient communiqués les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, le nom de l'attributaire, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

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

15.2. Le délai de suspension de la procédure

15.2.1. Marchés supérieurs aux seuils communautaires

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

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

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

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

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

La publication d'un avis d'attribution est obligatoire pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur aux seuils communautaires.

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

La publication d'un avis d'attribution est facultative pour les marchés passés selon une procédure adaptée.

L'intérêt de cette publication pour les acheteurs est de réduire le délai de recours de six mois à un mois.

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

16. Ne pas omettre les obligations de publicité a posteriori

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

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

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

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

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

▶ QUATRIEME PARTIE : L'EXECUTION DES MARCHES

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

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

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

17.1. Le paiement direct du sous-traitant

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

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

elle peut être ramenée à un mois.

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

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

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

A défaut de la formulation de telles réserves dans le délai de garantie, cette retenue de garantie doit être remboursée un mois, au plus tard, après l'expiration du délai de garantie. Il serait, en effet, inadmissible de retarder le paiement du titulaire du marché sans justification. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par le décret mentionné à l'article 98 du code des marchés publics (97).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

— pour les autres marchés (99), il est fait application du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points. Ce taux est mis à jour le 1er janvier et le 1er juillet de chaque année civile.

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

La formule de calcul des intérêts moratoires est la suivante :

Vous pouvez consulter le tableau dans le JO n° 303 du 31/12/2009 texte numéro 90

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

17.8. Les possibilités de modifier le contrat initial par avenants et décisions de poursuivre (103)

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

17.8.1. L'avenant

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

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

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

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

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

L'avenant a également vocation à régir les changements qui peuvent affecter la personne publique contractante (exemples : cession volontaire du marché, fusion de communes ou d'établissements publics). De même, les modifications affectant la personne du titulaire du marché doivent donner lieu, dans certains cas, à la passation d'un avenant. A titre d'exemples, on peut citer : le décès du cocontractant, l'apport du marché par son titulaire à une société ou à un GIE, la disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle, la cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers.

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

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

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

L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis.

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

17.8.2. La décision de poursuivre

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

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

Les conditions dans lesquelles l'acheteur peut utiliser la décision de poursuivre doivent être prévues dans le marché. Il en est ainsi, lorsque celui-ci vise le CCAG applicable aux marchés de travaux. Elle permet

– soit il alimente le réseau.

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

- a) L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ;
- b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ;
- c) L'alimentation de ces réseaux en eau potable ;
- d) Les marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées aux trois alinéas précédents, lorsque ces marchés sont liés soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées, soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets.

19.1.3. Les activités soumises au code en matière de transport

- a) L'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique ;
- b) Les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

19.1.4. Les activités postales

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

19.1.5. Les autres activités

- a) Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique, dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.
- b) Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux de transport (exemple : les activités relatives à l'exploitation de l'espace aérien ou maritime).

19.1.6. Les facteurs communs

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

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

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

Ces dispositions visent :

- a) Les cas pour lesquels l'application des règles du code est exclue en raison des circonstances de l'achat. Sont ici visées les exclusions de l'article 3 du code applicables aux pouvoirs adjudicateurs (art. 136).
- b) Les cas de certains marchés passés par l'entité adjudicatrice ou le groupement d'entités adjudicatrices avec des organismes particuliers. La justification de l'exclusion tient à la nature de l'organisme cocontractant. Il s'agit ici d'exclure du champ du code les contrats passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise qui lui est liée lorsqu'on peut considérer qu'il s'agit de prestations effectuées en interne. Il s'agit d'un cas particulier de prestations intégrées plus large que les prestations de quasi-régies pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 138 et 139, cf. 3.1 du présent guide).
- c) Les cas pour lesquels l'application des règles du code ne se justifie plus dans la mesure où la Commission européenne a établi que l'activité d'opérateurs était exercée dans un cadre pleinement concurrentiel (art. 140).

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

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

19.3.1. Les seuils applicables

Le seuil particulier applicable aux marchés de fournitures et de services passés par les entités adjudicatrices est fixé à l'article 144 du code des marchés publics (108).

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

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

En outre, les entités adjudicatrices ont trois types de formulaires concernant l'avis d'appel public à la concurrence. En effet, à la différence des pouvoirs adjudicateurs, elles peuvent utiliser le modèle d'avis périodique indicatif ou celui de l'avis sur l'existence d'un système de qualification en plus du modèle classique d'avis de marché. Cette possibilité doit leur permettre de raccourcir les délais de procédures (art. 150).

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

Conclusion : maîtriser l'achat public

Les responsabilités croissantes données aux acheteurs publics, en particulier par les réformes opérées en 2008, doivent les amener à être particulièrement attentifs à l'organisation de leurs services d'achat et à la formation des personnels qui en ont la charge.

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

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

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

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

Fait à Paris, le 29 décembre 2009.

La ministre de l'économie,

de l'industrie et de l'emploi,

Christine Lagarde

Le ministre de l'intérieur,

de l'outre-mer et des collectivités territoriales,

Brice Hortefeux

Le ministre du budget, des comptes publics,

de la fonction publique

et de la réforme de l'Etat,

Eric Woerth

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

http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf. (78) COM (2008) 400/2 ;

http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400fr.pdf. (79) Voir à ce sujet le guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » , mis en ligne sur le site du ministère de l'économie (<http://www.minefe.gouv.fr>). (80) Voir le rapport sur la

diversité et l'égalité des chances remis le 7 mai 2009 remis par Yazid Sabeg, Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances, au Président de la République. (81) Voir le guide de l'Observatoire économique de l'achat public, « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » , mis en ligne sur le

site du ministère de l'économie (<http://www.minefe.gouv.fr>). (82) Dans sa rédaction issue du décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (JO n° 0276 du 28 nov. 2009 p. 20566), prise en application de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.). (83) Article L. 551-15 du code de justice administrative. (84) Article L. 551-15 du code de justice administrative. (85) Ces délais sont, comme tous les délais mentionnés dans le code des marchés publics, des

délais calendaires. Le délai calendaire est un délai qui inclut les jours fériés. Les jours calendaires correspondent donc au calendrier, soit sept jours par semaine et non pas les cinq jours ouvrés par semaine.