

ASSOCIATION DES MAIRES ET ADJOINTS DE LA SARTHE

FORMATION DU 17 MARS 2015

L'ESSENTIEL DES MARCHES PUBLICS



1. PROGRAMME DE LA FORMATION

2

- 1ère Partie : Le champ d'application du CMP
- I/ Qui doit appliquer le CMP ?
- II/ Le contrat envisagé est-il un marché public ?
- III/ Le contrat envisagé est-il exclu du champ d'application du CMP ?

- 2ème Partie : La préparation de la procédure
- I/ La nécessité de déterminer précisément les besoins
- II/ Le rôle de la Commission d'Appel d'Offres (CAO)
- III/ Le groupement de commandes
- IV/ Le recours à une centrale d'achat
- V/ Quelle forme de marché adopter ?
- VI/ Comment savoir si l'on dépasse un seuil ?

- 3ème Partie : La mise en œuvre de la procédure
- I/ Rappel des seuils et des procédures
- II/ Les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure
- III/ Les marchés d'un montant égal ou supérieur au seuil de dispense de procédure
- IV/ La répartition des compétences assemblée délibérante / exécutif

- V/ L'examen des candidatures
- VI/ La négociation
- **3ème Partie : L'achèvement de la procédure**
- I/ La vérification de la régularité de la situation de l'attributaire
- II/ L'information des candidats
- III/ La notification
- IV/ L'avis d'attribution
- V/ Le recensement des marchés publics conclus l'année précédente
- **4ème partie : L'exécution des marches**
- I/ La sous-traitance
- II/ Le régime des paiements
- III/ Les avenants
- **5ème partie : Le contentieux des marchés publics**
- **6ème partie : Les nouveautés issues du décret du 26 septembre 2014**
- **7ème partie : Panorama de jurisprudence**
-

1^{ère} Partie : Le champ d'application du CMP

I/ Qui doit appliquer le CMP ?

A/ La plupart des personnes publiques :

- L'Etat et ses établissements publics administratifs
 - Les établissements publics de santé (EPA de l'Etat)
 - Les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux (EPA et EPIC)
- Nota : les OPH appliquent l'ordonnance du 6 juin 2005

B/ Certaines personnes privées

- Lorsqu'elles agissent comme mandataire d'une personne publique soumise au CMP
- Lorsqu'elles participent à un groupement de commandes avec des personnes publiques soumises au CMP
- Les organismes de sécurité sociale
- Les associations dites « transparentes »

II/ Le contrat envisagé est-il un marché public ?

Définition : Un MP est un contrat qui doit répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur en matière de fournitures, services et travaux

→ **Un MP est conclu à titre onéreux :**

- Les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix
- Si la rémunération du cocontractant est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage, le contrat ne peut être qualifié de MP

● Le « prix » peut prendre la forme d'un abandon de recettes

Ex : marché de mobilier urbain, dans lequel l'entreprise se rémunère par les recettes publicitaires permises par l'occupation du domaine public (*CE, 4/12/2005, n° 247298, soc. Jean-Claude Decaux*)

Ex : autorisation donnée au cocontractant de vendre les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a effectué le curage (*CE, 22/02/1980, n°11939, SA des Sablières Modernes d'Aressy*)

- Ne sont pas des MP les contrats qui engendrent le versement d'une redevance ou d'un prix par le cocontractant au profit de la personne publique.

→ **Un MP est conclu avec un opérateur économique public ou privé :**

- Le cocontractant de l'administration doit être un « opérateur économique »
- Une personne publique peut se porter candidate à l'attribution d'un MP mais ses modalités d'intervention ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exercent la concurrence,

III/ Le contrat envisagé est-il exclu du champ d'application du CMP ?

A/ Les contrats de « quasi-régie » ou de « prestations intégrée » (*in house*)

- Les 2 cocontractants sont des personnes distinctes mais l'un peut être vu comme le prolongement administratif de l'autre dans la mesure où :
 - le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant doit être analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Cela suppose une influence déterminante sur ses objectifs stratégiques et ses décisions importantes (une simple relation de tutelle ne suffit pas) ;
 - le cocontractant doit effectuer l'essentiel de son activité pour la personne publique qui le contrôle. La part des activités effectuées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

Nota : La participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur, exclut que ce dernier puisse « exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services » → **les SEML sont exclues du « in house »** alors que les SPL en bénéficient

B/ L'octroi d'un droit exclusif (uniquement pour les marchés de services)

« Droit exclusif » = situation dans laquelle est confiée à une personne, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général, ce qui a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause.

C/ Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement (uniquement pour les marchés de services)

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

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

- si le pouvoir adjudicateur ne finance que partiellement le programme ;

ou

- s'il n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats du programme.

D/ 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

E/ Les autres exclusions :

- les contrats d'acquisition ou de location de biens immobiliers, notamment de bâtiments existants, ou de droits réels sur ces biens. Nota : les contrats passés avec des tiers mandataires, tels que des agences immobilières, sont en revanche des contrats de services soumis au CMP ;

- 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 ;

E/ Les autres exclusions (suite) :

- les contrats passés en application d'un accord international relatif au stationnement de troupes ou conclus entre un État membre de l'Union européenne et un État tiers en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;
- l'achat d'œuvres ou d'objets d'art existants ;
- les contrats de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;
- les contrats de travail.

Nota : les contrats conclus avec des agences d'intérim sont soumis au CMP ;

- les marchés conclus et exécutés entièrement à l'étranger.

2ème Partie : La préparation de la procédure

I/ La nécessité de déterminer précisément les besoins

A/ La définition précise du besoin

- Le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations attendues.

L'imprécision de la définition du besoin (par ex : « prestations informatiques », sans autre précision) et la sous-estimation du besoin sont régulièrement censurées par le juge administratif.

- En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins, l'acheteur doit recourir à un accord-cadre ou à un marché à bons de commande, éventuellement conclus sans minimum ni maximum.
- En cas d'incapacité à définir précisément les moyens propres à satisfaire les besoins, l'acheteur public peut recourir au dialogue compétitif. Il n'est alors pas contraint de rédiger un cahier des charges complet.

A/ La définition précise du besoin (suite)

- Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques permettant de décrire les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service.

Deux possibilités (pouvant être mixées)

- ✓ *Se référer à des normes ou à d'autres documents préétablis approuvés par des organismes ou des instances professionnelles*
- ✓ *Exprimer les spécifications techniques en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles*

→ Les spécifications techniques ne doivent pas porter atteinte à l'égalité des candidats : L'acheteur ne peut en principe exiger un mode de fabrication particulier ou une origine déterminée.

- Les spécifications techniques ne peuvent mentionner une marque, un brevet ou un type ayant pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits.

L'acheteur ne peut y recourir qu'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 cette référence soit accompagnée de la mention « ou équivalent » (CE, 11 sept, 2006, commune de Saran, n° 257545).

B/ La possibilité de demander des prestations supplémentaires éventuelles

- Le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de proposer dans leur offre des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat. Ces prestations doivent être en rapport direct avec l'objet du marché, et le cahier des charges doit définir leurs spécifications techniques avec précision.
- Lorsque le pouvoir adjudicateur impose aux candidats de fournir ces prestations en complément de l'offre de base, elles sont prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres. Le pouvoir adjudicateur doit alors évaluer et classer les offres, en tenant compte de l'offre de base et des prestations supplémentaires réunies.
- A l'inverse, lorsque le pouvoir adjudicateur n'impose pas aux candidats de fournir ces prestations, il ne peut prendre en compte que l'offre de base dans son évaluation comparative, à l'exclusion des prestations supplémentaires. L'acheteur public ne pourra commander que les prestations supplémentaires associées à l'offre de base retenue.

C/ Les variantes (art 50 CMP)

Définition : Les variantes constituent « *des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* » (définition jurisprudentielle)

- Dans les domaines techniques ou à évolution rapide, l'acheteur a intérêt à autoriser les variantes.
- Toutefois, l'acheteur doit veiller à ce que les variantes proposées ne portent pas sur des éléments du cahier des charges identifiés par lui comme ne pouvant pas faire l'objet d'une variante, et ne remettent pas en cause le projet de base

(Par exemple, proposer la construction d'un catamaran alors que la mise en concurrence portait sur celle d'un monocoque : *CE, 28 juillet 1999, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et Société Océa, n° 186051 et 186219*).

Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les limites imposées doit donc être rejetée.

- Dans les procédures formalisées, les variantes doivent être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. A défaut, elles sont interdites.
- Pour les marchés à procédure adaptée, les variantes sont, en principe, autorisées, sauf si le pouvoir adjudicateur les a expressément interdites.
- Il est désormais possible de présenter une offre variante sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base. Cette mesure permet aux acheteurs de favoriser l'accès des PME innovantes.
- Toutefois, l'acheteur a toujours la possibilité d'exiger, dans l'AAPC ou dans le DCE, qu'une offre de base accompagne la ou les variantes.

- Toute proposition de variante, lorsqu'elle n'est pas autorisée (procédures formalisées) ou lorsqu'elle est expressément interdite (procédures adaptées), doit être rejetée, sans examen.

Si la variante est déposée avec une offre de base, celle-ci pourra, en revanche, être acceptée, à condition qu'elle soit complète, individualisée, distincte de la variante et conforme au cahier des charges.

- Si le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de variantes autorisées, le dépôt d'un nombre supérieur rend toutes les variantes irrégulières et doit conduire à leur rejet en bloc, sans qu'il soit procédé à leur examen.

III/ Le rôle de la Commission d'Appel d'Offres (CAO)

- La constitution de la CAO est obligatoire en procédure formalisée
- La CAO peut être consultée en procédure adaptée : elle donnera son avis mais ne pourra pas attribuer le marché
- Les marchés d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée sont attribués par l'assemblée délibérante, mais celle-ci peut déléguer le pouvoir d'attribution de ces marchés à l'exécutif local.
- Les marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée (hors procédure du concours) sont attribués par la CAO.
- Les marchés passés selon la procédure du concours sont attribués par l'assemblée délibérante (art. 70 VIII). Le jury de concours formule un avis motivé sur les candidatures et sur les prestations proposées. Cet avis est consultatif : il ne lie pas l'assemblée délibérante, seule compétente pour attribuer le marché.
- Les marchés de services relevant de l'article 30 du CMP, dont le montant est égal ou supérieur à 207 000 euros HT, sont attribués par la CAO.

III/ Le groupement de commandes

- Les groupements de commandes, dépourvus de personnalité morale, permettent aux acheteurs publics de coordonner et de regrouper leurs achats pour réaliser des économies d'échelle.
- Des groupements de commandes peuvent être créés de manière temporaire ou permanente.
- Lorsque le groupement n'a vocation à passer qu'un marché à procédure adaptée, la constitution d'une CAO du groupement n'est pas obligatoire. Toutefois, la convention constitutive peut le prévoir.
- 3 possibilités à l'issue de la procédure de consultation :
 - Chaque membre du groupement signe son marché
 - Le coordonnateur du groupement signe, notifie le marché et l'exécute au nom de l'ensemble des membres du groupement
 - Le coordonnateur du groupement se contente de signer et de notifier le marché, laissant aux membres du groupement le soin de l'exécuter, chacun pour ce qui le concerne

IV / Le recours à une centrale d'achat

- L'acheteur peut recourir à une centrale d'achat, au lieu de lancer lui-même une procédure de passation.

Le recours direct à une centrale d'achat est autorisé par l'article 9 du CMP, à la condition que la centrale d'achat respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le CMP ou par l'ordonnance du 6 juin 2005.

V / Quelle forme de marché adopter ?

A / L'obligation d'allotissement en présence de prestations distinctes

- Exceptions au principe de l'allotissement : si l'objet du marché ne le permet pas, ou que la dévolution par lots séparés serait de nature à :
 - ↳ restreindre la concurrence
 - ↳ rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations
 - ↳ si l'acheteur public n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

- Si le marché reste globalisé avec un champ d'intervention trop large pour le candidat spécialisé, ce dernier dispose néanmoins de deux outils :

1 /la cotraitance

2 /la sous-traitance.

- Le pouvoir adjudicateur doit être à même de prouver que les conditions du recours au marché global sont remplies.

Ex : a été admis le recours à un marché global dans le cas suivant :

Prestations de sécurisation des espaces publics comprenant la rénovation des espaces publics, la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore et l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance, eu égard aux difficultés techniques d'une dévolution séparée de ces prestations et aux conséquences probables de l'allotissement sur leur coût financier.

B/ Les « petits lots »

● Alors même que le montant total du marché atteint le seuil de procédure formalisée, il est possible de recourir à la procédure adaptée pour les « petits lots », c'est-à-dire ceux dont le montant est inférieur à 80 000 euros HT dans le cadre des marchés de fournitures et services et à 1 000 000 euros HT dans le cadre des marchés de travaux (art. 27 III CMP).

Cette mesure permet d'associer les PME à des opérations complexes.

- Nota : Le recours à la procédure adaptée n'est possible qu'à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché.
- Les autres lots du même marché, dont la valeur cumulée représentera, par conséquent, au moins 80 % du marché total, sont passés selon une procédure formalisée.

C/ Les contrats globaux particuliers

► Les marchés de conception-réalisation (art. 37 CMP)

Définition : marché de travaux dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques (ou, pour les ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur).

Ce contrat permet d'associer les entrepreneurs à la conception de l'ouvrage.

Le marché de conception-réalisation constitue une exception à l'organisation tripartite entre le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et les entreprises.

Le recours à cette procédure est par conséquent strictement encadré. Il n'est possible que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

► **Les contrats globaux sur performance (art. 73 CMP)**

● Suite à la Loi « Grenelle I » du 3 août 2009, l'article 73 du CMP a créé deux nouvelles formes de contrats globaux :

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

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

● La rémunération de l'opérateur économique sur la partie « services » est modulée en cas de sous-performance ou de surperformance.

D/ Les marchés fractionnés

1- Les marchés à bons de commande (art. 77 CMP)

Définition : Le marché à bons de commande est un marché « *conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande* »

- Le marché peut être conclu sans maximum ni minimum.
- Un marché pour lequel il n'est pas prévu de maximum est présumé dépasser les seuils de procédure formalisée. Il est, en conséquence, toujours passé selon une telle procédure.
- Si l'acheteur public n'atteint pas le minimum prévu au contrat, il devra indemniser son cocontractant du préjudice subi.
- Si l'acheteur public dépasse le maximum, il ne peut contraindre son cocontractant à assumer la part des prestations correspondante sans conclure un avenant au marché.

- Les bons de commande sont ensuite émis sans négociation, ni remise en concurrence des titulaires, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques.

Les bons de commande sont répartis entre les titulaires, selon les modalités fixées par le marché, qui doivent être objectives, transparentes et non-discriminatoires.

Ils peuvent, par exemple, être attribués à tour de rôle, ou selon la méthode dite «en cascade », qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les mieux-disant : l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première et, si celui-ci n'a pas la capacité de répondre dans les délais exigés, l'acheteur s'adresse au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite, etc.

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

- Les marchés à bons de commande sont passés, sauf cas exceptionnels justifiés, pour une **durée maximale de quatre ans**.

2 - L'accord-cadre (art. 76 CMP)

Définition : Un accord-cadre est un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et 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 a pour caractéristique essentielle de séparer la procédure de choix du ou des titulaires de l'attribution des marchés. Il permet de sélectionner plusieurs prestataires, qui seront remis en concurrence lors de la survenance du besoin.
- L'avis de publicité doit contenir des informations, à titre indicatif et prévisionnel, permettant aux candidats potentiels d'apprécier l'étendue du marché, même lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de montant minimum ou maximum.
- Les critères d'attribution des marchés subséquents ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion de l'accord-cadre, même s'il peut y avoir une certaine complémentarité entre eux.

Ainsi, il est possible de fonder l'attribution de l'accord-cadre exclusivement sur la base de critères « qualitatifs » et de fonder la conclusion des marchés subséquents sur le critère unique du prix, à condition que ces modalités aient été précisées dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

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

- Ces achats peuvent donner lieu à la passation d'un marché ou d'un accord-cadre.

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

4 - Les marchés à tranches conditionnelles (art. 72 CMP)

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

5 - Le système d'acquisition dynamique (art. 78 CMP)

Définition : Le système d'acquisition dynamique (SAD) est une procédure d'acquisition entièrement électronique destinée à l'achat de fournitures et de services courants

- Le SAD est limité dans le temps, mais constitue un dispositif ouvert, à la différence de l'accord-cadre.

Pendant toute la durée de son existence, tous les opérateurs économiques peuvent le rejoindre, pour autant qu'ils satisfont aux critères de sélection et présentent des offres indicatives conformes aux documents de la consultation.

○ 6 - Les marchés reconductibles (art. 16 CMP)

- Lorsqu'un acheteur ne veut pas s'engager d'emblée sur une durée trop longue, il peut recourir aux marchés reconductibles. Cette modalité lui permet d'apprécier la qualité des prestations, avant de poursuivre avec le même titulaire.
- Le marché reconductible suppose, sauf clause de variation des prix, une reconduction à l'identique du marché.
- Dans tous les cas, la procédure de passation doit être déterminée en tenant compte de la durée totale du marché, périodes de reconduction incluses.
- La reconduction d'un marché reconductible est tacite, sauf stipulation contraire prévue expressément dans le marché.

En cas de silence gardé par l'acheteur public, le marché reconductible est donc automatiquement reconduit dans la limite du nombre de reconductions fixé à l'origine dans le marché.

E/ Le dialogue compétitif pour les marchés complexes (art. 36 CMP)

- La procédure du dialogue compétitif peut être utilisée :
 - lorsque le pouvoir adjudicateur ne peut définir seul et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins, ou encore pour lesquels il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier ;
 - pour la passation d'un marché de conception-réalisation, dans le cas d'opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments ;
 - pour la passation d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.
- Dans une procédure de dialogue compétitif, les candidats élaborent leurs offres sur la base d'un programme fonctionnel. Dans ce document l'acheteur décrit, en termes pratiques, ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre.

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

- En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits dans le programme fonctionnel.

Les offres reçues ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Elles vont pouvoir être améliorées et complétées, grâce au dialogue que l'acheteur mènera avec chaque candidat.

- A l'issue de chaque phase de dialogue, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qu'il estime inadaptées à son besoin. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.
- Lorsque l'acheteur public estime que la discussion est arrivée à son terme, il informe les candidats de la fin du dialogue et leur demande de présenter une offre finale.
- Lorsque les offres ont été déposées, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie selon les critères de sélection annoncés en début de procédure.

F/ Les marchés de maîtrise d'oeuvre

Nota : l'évaluation du montant du marché est faite par rapport à la rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'oeuvre, et non par rapport au coût de l'ouvrage.

-1- La procédure adaptée

- Lorsque le marché de maîtrise d'oeuvre est estimé d'un montant inférieur à 207 000 € HT, le maître d'ouvrage public a le choix entre la procédure adaptée (art. 28) et toutes les autres procédures de droit commun, dont l'appel d'offres.
- En dessous de 90 000 € HT, la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des services en cause.
- Au-delà de 90 000 € HT, la personne est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence conforme au modèle de l'arrêté arrêté du 27 août 2011, soit dans le BOAMP, soit dans un JAL.
- Dans le cas de marchés de maîtrise d'oeuvre passés en procédure adaptée, toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime.

-2- Le concours restreint

- Au-delà de 207 000 € HT, le maître d'ouvrage doit recourir à une procédure de concours de maîtrise d'œuvre, sauf dans certains cas. Le concours est impérativement restreint.
- Les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime, dont le montant est indiqué dans L'AAPC.

Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'AAPC et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

La rémunération du marché de maîtrise d'oeuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire.

-3- Les exceptions au concours

- Pour les marchés de maîtrise d'oeuvre ≥ 207.000 € HT, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de recourir au concours de maîtrise d'oeuvre dans les cas suivants :
 - 1° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ;
 - 2° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
 - 3° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;
 - 4° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures.

-3- Les exceptions au concours (suite)

- Si le pouvoir adjudicateur ne retient pas la procédure du concours, la procédure applicable est :

a) Soit la procédure négociée si les conditions de l'article 35 sont remplies.

Le pouvoir adjudicateur, après avis du jury tel que défini au I de l'article 24, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant. Le pouvoir adjudicateur engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué ;

b) Soit la procédure de l'appel d'offres si les conditions de l'article 35 ne sont pas remplies. Dans ce cas, un jury composé dans les conditions définies au I de l'article 24 émet un avis motivé sur les candidatures et sur les offres.

c) Lorsque les conditions de recours au dialogue compétitif sont réunies, cette procédure peut être mise en œuvre pour l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

-4- L'attribution du marché

- Si le marché de maîtrise d'œuvre est passé selon la procédure du concours, c'est l'assemblée délibérante qui l'attribue.

Le jury de concours formule un avis motivé sur les candidatures et sur les prestations proposées. Cet avis est consultatif.

- Si le marché est passé en procédure négociée, appel d'offres ou dialogue compétitif, c'est la CAO qui l'attribue, après avis du jury.
- Si le marché est passé selon une procédure adaptée, c'est l'assemblée délibérante qui est, en principe, compétente mais peut déléguer le pouvoir d'attribution des marchés à l'exécutif local.

VI/ Comment savoir si l'on dépasse un seuil ?

A/ Pour les marchés de travaux : la notion d'ouvrage et d'opération (art. 27 II-1° CMP)

- 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, à laquelle on ajoute la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à la disposition des opérateurs.

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

Ex : constitue une seule et même opération les travaux suivants :

- des marchés conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet (*CE, 26/07/1991, n°117717, Commune de Sainte-Marie*)
- des marchés conclus simultanément pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune (*CE, 26/09/1994, n°122759, Préfet d'Eure-et-Loir*)
- des travaux d'étanchéité de peinture effectués par le même syndicat pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées (*CE, 08/02/1999, n°156333, Syndicat Intercommunal des Eaux de la Gatine*)

B/ Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène (art. 27 II-2° CMP)

- Afin de l'estimer de manière sincère et raisonnable, la valeur totale des fournitures ou des services prise en compte est celle des fournitures ou des services homogènes :
 - en raison de leurs caractéristiques propres ;
ou
 - parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.
- Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale à prendre en compte pour la détermination du besoin est celle qui correspond aux besoins d'une année (art. 27 CMP).

3ème Partie : La mise en œuvre de la procédure

- Les mesures de publicité et de mise en concurrence assurent le respect des principes rappelés à l'article 1^{er} du CMP :
 - liberté d'accès à la commande publique,
 - égalité de traitement des candidats,
 - transparence des procédures.
- Les modalités de publicité et de mise en concurrence à mettre en œuvre sont déterminées en fonction du montant estimé du besoin à satisfaire, évalué conformément aux dispositions de l'article 27 du CMP.
- Lorsqu'il s'agit d'une modalité de publicité obligatoire, le contenu de l'AAPC publié dans différents supports doit être identique et comporter les mêmes renseignements.

I/ RAPPEL DES SEUILS ET DES PROCÉDURES

Pour les marchés et accords-cadres de travaux

Montant du marché	Publicité	Procédures de passation
- de 15 000 € HT *	Dispense de publicité	Procédure adaptée
- de 90 000 € HT	Publicité « adaptée » (<i>presse écrite ou Internet</i>)	
entre 90 000 et 5 186 000 € HT	Avis d'appel public à la concurrence publié dans un JAL ou au BOAMP	
À partir de 5 186 000 € HT	Avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP et au JOUE	Appel d'offres <i>Sauf si les conditions de recours au marché négocié, au dialogue compétitif, au marché de conception-réalisation, ou au concours sont réunies</i>

// RAPPEL DES SEUILS ET DES PROCÉDURES

Pour les marchés et accords-cadres de fournitures

Montant du marché	Publicité	Procédures de passation
- de 15 000 € HT *	Dispense de publicité	Procédure adaptée
- de 90 000 € HT	Publicité « adaptée » (<i>presse écrite ou Internet</i>)	
entre 90 000 et 207 000 € HT *	Avis d'appel public à la concurrence publié dans un JAL ou au BOAMP	
À partir de 207 000 € HT *	Avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP et au JOUE	<p>Appel d'offres <i>Sauf si les conditions de recours au marché négocié, au dialogue compétitif, au marché de conception-réalisation, ou au concours sont réunies</i></p>

□ **Dématérialisation**

Depuis le 1er janvier 2010, pour tout marché $\geq 90\ 000$ € HT, la collectivité doit publier sur son profil d'acheteur l'AAPC et le DCE.

Par ailleurs, la collectivité peut désormais imposer aux candidats la transmission électronique de leurs candidatures et offres (en utilisant Internet ou en produisant un support physique électronique sur CD-ROM, DVD-ROM ou clé USB) et refuser les documents papier (art. 56-II).

De plus, depuis le 1er janvier 2012, la collectivité doit accepter de recevoir les candidatures et les offres qui lui sont transmises par voie électronique pour les marchés de 90 000 € HT et plus (art. 56)

Enfin, depuis le 1er janvier 2010, pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques de plus de 90 000 € HT, les documents requis des candidats sont transmis obligatoirement par voie électronique à la collectivité (art. 56-II du CMP).

- Les avis publiés au BOAMP et au JOUE sont établis conformément aux formulaires obligatoires établis par le règlement d'exécution (UE) n°842/2011 de la Commission du 19 août 2011.
- Système de transmission automatique au JOUE avec le formulaire unique.
- Les rubriques du modèle d'AAPC doivent être renseignées avec attention, faute de quoi les candidats évincés peuvent disposer de moyens d'annulation de la procédure.
- **La publication facultative d'un avis de préinformation** (art 39 CMP) : les marchés de fournitures ou de services d'un montant supérieur à 750 000 euros HT et les marchés de travaux supérieurs au seuil de procédure formalisée peuvent donner lieu à la publication, soit au JOUE, soit sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur, d'un avis de préinformation (qui doit être conforme au modèle fixé par le règlement (UE) n° 842/2011 du 19 août 2011).

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

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

- Les délais de procédure prescrits sont toujours des délais *minima*, que l'acheteur a la faculté d'augmenter.

Comme tous les délais mentionnés dans le CMP, il s'agit de délais calendaires incluant les jours chômés et fériés.

Le délai de réception des plis est un délai non franc : il expire le dernier jour du délai.

II/ Les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure

- Lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur « *peut décider que le marché sera passé sans publicité, ni mise en concurrence préalables* » (art. 28 III CMP).
- Toutefois, l'article 28 du CMP impose des garanties destinées à respecter les principes de la commande publique. L'acheteur doit veiller :
 - à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin ;
 - à faire une bonne utilisation des deniers publics
 - à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire, lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

III/ Les marchés d'un montant égal ou supérieur au seuil de dispense de procédure

A/ Les cas de dispense de procédure au-dessus de 15.000 € HT

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

-a- Lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles au regard de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. Ces circonstances s'apprécient au cas par cas.

Par exemple, lorsque le marché concerne l'achat d'un produit ou d'un service très spécifique pour lequel il n'existe aucune concurrence, ou bien dans le cas d'un achat à faire dans l'urgence pour un montant peu supérieur à 15 000 euros et qu'un seul fournisseur est en mesure de satisfaire dans les délais nécessaires.

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

B/ Entre 15.000 € et 90.000 € 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 »* (CE, 07/10/2005, n°278732, Région Nord-Pas-de-Calais).

- Quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi, doivent toujours être mentionnés :

- l'identité et les coordonnées de l'acheteur,
- l'objet des prestations envisagées,
- les critères d'attribution du marché et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères.

C/ Entre 90.000 € HT et les seuils de procédure formalisée

- Les AAPC sont obligatoirement publiés soit dans le BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL), ainsi que sur le profil d'acheteur. Ces avis sont établis selon le modèle fixé par l'arrêté du 27 août 2011.

D/ Le cas particulier des marchés de services de l'article 30 du CMP

- L'article 30 concerne les catégories de **services dits « non-prioritaires »**, que les directives de l'Union européenne soumettent à des procédures simplifiées : services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelles, les services récréatifs, culturels et sportifs, les services sociaux et sanitaires ou encore les services juridiques.
- En raison de la spécificité de ces marchés, **les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire.**

Jusqu'au seuil des procédures formalisées, aucun support de publicité n'est imposé.

Lorsque leur montant est égal ou supérieur à 207 000 euros HT, ces marchés doivent :

- obligatoirement, pour leur passation, fixer préalablement des spécifications techniques et faire l'objet d'un avis d'attribution
- être attribués par la CAO

IV/ LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ASSEMBLÉE DÉLIBÉRANTE / EXÉCUTIF

En principe, le conseil municipal est seul compétent pour délibérer en matière de marchés publics (art. L 2122-21, 6° du CGCT). Le maire applique les décisions du conseil municipal et exécute les marchés sous son contrôle. Toutefois, le conseil municipal peut donner délégation au maire.

A/ -Compétences du conseil municipal

Pour les marchés pour lesquels le maire ne dispose pas de délégation, le conseil municipal dispose de 2 possibilités :

1^{ère} possibilité : prendre une délibération chargeant le maire de souscrire un marché déterminé avant le début de la procédure de passation dudit marché.

La délibération comporte alors obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché (art. L. 2122-21-1 du CGCT), ce qui fournit une indication aux candidats sur les sommes provisionnées par la collectivité pour satisfaire le besoin qu'elle a identifié.

2^{ème} possibilité : prendre une délibération habilitant le maire à signer le contrat à la fin de la procédure, une fois connus le montant des prestations et le nom du ou des candidats retenus. En amont, le maire prend néanmoins en charge la « préparation » du marché, et en premier lieu l'élaboration du DCE.

B/ Compétences du maire en cas de délégation

-1- Etendue de la délégation qui peut être accordée au maire

Le maire peut, par délégation du CM , être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat, de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget (art. L 2122-22, 4° du CGCT).

↳ le CM peut déléguer au maire le suivi de la procédure d'un marché public quel que soit le montant de ce marché, à condition que les crédits soient inscrits au budget (nota : avant 2009, la délégation qui pouvait être accordée au maire par le conseil municipal était limitée aux seuils des marchés formalisés).

Le CM peut toujours limiter la délégation du maire (ex : marchés et/ou avenants dont le montant est inférieur à 10 000 € HT, 15 000 € HT, voire 90 000 € HT).

La délégation accordée au maire doit être formalisée dans une délibération.

-2- La « subdélégation » aux adjoints et aux fonctionnaires

Les adjoints peuvent signer les marchés à la place du maire dès lors que la délibération prévoyant la délégation ne s'y oppose pas et que le maire leur a délégué les fonctions correspondantes dans les conditions fixées à l'article L. 2122-18 du CGCT.

Toutefois :

« Sauf disposition contraire dans la délibération, les décisions relatives aux matières ayant fait l'objet de la délégation sont prises, en cas d'empêchement du maire, par le conseil municipal » (art. L. 2122-23 CGCT).

Toutefois, le CM peut prévoir expressément, dans sa délibération, que les adjoints seront compétents en cas d'empêchement du maire dans la matière déléguée.

- La délégation de signature donnée par le Maire à toute personne autre que celles nommées à l'article L. 2122-23 du CGCT (adjoint au maire, membre du conseil municipal) doit avoir été prévue dans la délibération du CM donnant délégation au Maire (*CAA Nancy, 7 août 2003, commune de Strasbourg, n° 98NC01059 ; JO Sénat, 02.09.2010, question n° 10021, p. 2274*).
- Le Directeur Général des Services ou les responsables de services communaux font partie des personnes susceptibles de recevoir délégation de signature du Maire (art, L, 2122-19 CGCT).
- La délégation de signature doit être matérialisée dans un arrêté publié et transmis au préfet et au comptable public. La délégation peut préciser, le cas échéant, le montant des marchés concernés.

V/ L'examen des candidatures

A/ En cas de dossier incomplet

- Avant l'examen des candidatures, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, les acheteurs peuvent demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée afférente à leur candidature (capacités techniques, professionnelles et financières) et à leur capacité juridique.
- S'il utilise cette faculté, le principe d'égalité de traitement des candidats commande que l'acheteur permette à tous les candidats dont le dossier est incomplet de compléter leur dossier. Tous les candidats doivent être avisés de ce qu'une demande de régularisation a été faite.
- Le délai octroyé par le pouvoir adjudicateur pour compléter le dossier de candidature ne peut être supérieur à 10 jours.
- Ce délai ne peut être mis à profit par les candidats pour compléter ou régulariser leur offre (par exemple, en complétant l'offre par la production d'un mémoire technique manquant).

B/ L'admission des candidatures

- Tant en procédure adaptée qu'en procédure formalisée, l'acheteur public doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats. Cette vérification s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans l'AAPC et/ou le RC.
- Si le pouvoir adjudicateur a fixé des niveaux minimaux de capacités (liés et proportionnés à l'objet du marché) il doit éliminer les candidats qui n'atteignent pas ces niveaux minimaux.
- S'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacités, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché.
- S'il souhaite favoriser la participation à la procédure des sociétés nouvellement créées, l'acheteur doit indiquer dans le DCE que les autres moyens de preuve des capacités techniques et financières sont admis. A défaut, il ne pourra pas tenir compte de ces autres moyens de preuve (*CE, 10/05/2006, n° 281976, Sté Bronzo*).

B/ L'admission des candidatures (suite)

- L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.
- Le pouvoir adjudicateur peut écarter la candidature d'une entreprise qui n'aurait pas exécuté correctement des marchés antérieurement conclus.

Toutefois, il ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celles-ci de justifier de garanties techniques et financières suffisantes (*CE, 10/06/2009, n° 324153, Région Lorraine*).

Concrètement, il peut écarter une entreprise si celle-ci ne présente comme référence unique que les marchés dont l'exécution avait été incorrecte

- Dans le cadre de la sélection des candidatures en procédure restreinte, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui ont les niveaux de capacités requis.

-1-Les capacités techniques et professionnelles

- Les capacités techniques sont les moyens matériels (notamment l'outillage) et humains (effectifs), dont dispose le candidat.

Elles sont appréciées quantitativement et qualitativement.

Il est possible, par exemple, de demander aux candidats :

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

● Les capacités professionnelles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises, c'est-à-dire « *la preuve d'un certain niveau de compétences professionnelles* ».

La preuve de la capacité professionnelle peut être apportée par tout moyen, notamment par des références, des justifications professionnelles ou les attestations de qualification professionnelle de certains agents qualifiés.

Les justificatifs ne doivent pas présenter 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.

- Les capacités financières doivent permettre au candidat de mener à bien le marché.

Pour établir sa crédibilité financière, outre le chiffre d'affaires, le candidat peut se voir réclamer une attestation bancaire ou la preuve d'une assurance pour les risques professionnels, ainsi que des bilans ou extraits de bilans.

- Les exigences de l'acheteur doivent être justifiées par l'objet du marché.
- Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature des liens existant entre ces opérateurs et lui (sous-traitant, société appartenant au même groupe)

VI/ La négociation

A/ Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

-1- En dessous des seuils des marchés formalisés et pour les marchés de services de l'article 30

- Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'AAPC ou le DCE. L'acheteur ne peut pas « *se réserver le droit de recourir à la négociation* ».
- Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier.
- La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le DCE précise que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats.

Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre (pas de nombre minimum en procédure adaptée).

L'acheteur peut choisir de négocier même avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées (si elles sont ensuite régularisées).

-2- Au-dessus des seuils des marchés formalisés

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

- Marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres « irrégulières » ou « inacceptables ».

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

Une offre « inacceptable » est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, mais qui ne respecte pas la législation ou la réglementation en vigueur.

Il peut s'agir, par exemple, de règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement, au droit du travail ou au déroulement de la procédure de passation.

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.

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

- Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il fait participer à la négociation l'ensemble des candidats ayant déposé une offre respectant les exigences relatives aux délais et modalités de présentation formelles des offres.
- Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées durant la négociation.

**-b- Les marchés négociés passés sans publicité ni mise en concurrence
(art. 35 II CMP)**

- **Le cas de l'urgence impérieuse** : circonstances imprévisibles d'une particulière gravité (suite à une tempête, en cas de mise en danger des personnes,...)
- **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 une absence d'offres.

Le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence est possible, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées.

Le recours à cette procédure suppose que l'acheteur public ait organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite.

-b- Les marchés négociés passés sans publicité ni mise en concurrence (art. 35 II CMP) (suite)

●Le cas des marchés complémentaires

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

●Le cas des marchés similaires

Les prestations similaires (art. 35, II-6°) doivent être entendues comme réalisables, à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial.

Le marché initial doit en avoir fait mention et la mise en concurrence initiale doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui de prestations similaires à commander ultérieurement.

**-b- Les marchés négociés passés sans publicité ni mise en concurrence
(art. 35 II CMP) (suite)**

- **Le cas de l'opérateur exclusif**

L'acheteur public peut être contraint de faire appel à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou parce qu'il est titulaire de droits d'exclusivité.

Les raisons techniques justifiant le recours à cette procédure doivent être démontrées par le pouvoir adjudicateur.

3ème Partie : L'achèvement de la procédure

I/ La vérification de la régularité de la situation de l'attributaire

- Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public doit prouver la régularité de sa situation au regard des obligations qui lui incombent en matière fiscale, sociale, de travail illégal et, lorsque le marché a pour objet la construction d'un ouvrage, d'assurance décennale.

A cet effet, il doit produire, dans le délai fixé par le pouvoir adjudicateur, les pièces délivrées par les administrations et organismes compétents.

- Le défaut de présentation de ces documents par le candidat retenu, dans le délai imparti, entraîne le rejet de son offre.

Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est alors sollicité pour produire à son tour les pièces nécessaires. Le cas échéant, cette procédure est renouvelée jusqu'à épuisement des offres classées.

II/ L'INFORMATION DES CANDIDATS

a/ Pour les procédures formalisées

1er niveau d'information : tous les candidats évincés doivent être informés du rejet de leur candidature ou de leur offre sans avoir à en faire la demande (art. 80 du CMP).

Cette information comprend:

- Les motifs détaillés de ce rejet,
- Le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre,
- La durée du délai minimal que va respecter l'acheteur entre la date d'envoi de cette notification et la conclusion du marché (délai minimum de 16 jours, ou 11 jours si transmission électronique).

2ème niveau d'information :

L'acheteur doit communiquer, dans les 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande, les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre (art. 83 CMP)

+ nom de l'attributaire et caractéristiques de son offre si cette information n'avait pas déjà été donnée.

b/ Pour les procédures adaptées :

2ème niveau d'information uniquement :

L'acheteur doit communiquer, dans les 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande, les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre

→ **contenu du droit à l'information** : (au titre de la Loi du 17/07/1978 et non du CMP)

- offre de prix détaillée de l'entreprise retenue (sauf pour les marchés dits « répétitifs »)
- offre de prix globale des entreprises non retenues
- acte d'engagement de la société attributaire, à l'exception des éléments suivants :
 - RIB
 - montant des prestations sous-traitées.

↳ La collectivité dispose d'un délai d'un mois pour transmettre ces documents au candidat évincé. Son silence vaut rejet.

↳ Nécessité de saisir la CADA avant le juge administratif pour obtenir la communication des documents.

- **Informations non communicables** couvertes par le secret industriel et commercial :
- ↪ techniques de fabrication, description des matériels utilisés et du personnel employé
 - ↪ données relatives à la santé financière, et plus généralement les informations de nature à révéler le niveau d'activité
 - ↪ informations sur les prix et les pratiques commerciales, liste des fournisseurs
 - ↪ mémoire technique du candidat, du moins s'il contient des mentions relatives aux moyens humains et techniques, aux modes opératoires d'exécution, à l'assurance-qualité.

III/ La notification

- Un marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT doit être notifié au titulaire du marché, avant tout commencement d'exécution.
- Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification est faite par l'envoi d'une copie du contrat signé par l'autorité compétente.
- C'est à compter de la date de notification au titulaire que le contrat commence à produire ses effets juridiques.
- Le titulaire doit attendre d'avoir reçu la notification, avant de commencer à exécuter le contrat, faute de quoi les prestations exécutées n'auront aucune base juridique et leur paiement pourra être refusé.

IV/ L'avis d'attribution

- La publication d'un avis d'attribution est obligatoire pour les marchés et les accords-cadres donnant lieu à une procédure formalisée.
- Le pouvoir adjudicateur doit publier l'avis d'attribution dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché, dans les mêmes conditions et en utilisant les mêmes moyens publicitaires que ceux utilisés lors de l'AAPC.
- La publication de l'avis d'attribution au JOUE déclenche le délai de recours de 31 jours du référé contractuel.
En l'absence d'avis d'attribution, ce délai de recours est porté à six mois courant à compter de la signature du contrat.
- **La publication d'un avis d'attribution est facultative pour les marchés passés selon une procédure adaptée.**

L'intérêt de cette publication pour les acheteurs est de réduire le délai de recours du référé contractuel de 6 mois à 1 mois.

La publication d'un tel avis d'attribution permet également de faire courir le délai de 2 mois du recours en contestation de validité du contrat, à condition que l'avis mentionne à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation.

V/ Le recensement des marchés publics conclus l'année précédente

- Les acheteurs doivent publier, chaque année, une liste des marchés conclus l'année précédente.
- Les administrations ont le choix du support : publication sur le profil d'acheteur ou le site internet des collectivités, publication dans la presse, etc. ;
- Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 20 000 euros HT doivent être présentés en distinguant selon le type de prestations : travaux, fournitures et services.

Puis, au sein de chaque catégorie, les marchés doivent être regroupés, en fonction de leur montant.

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

4^{ÈME} PARTIE – L'EXECUTION DES MARCHES

I/ LA SOUS-TRAITANCE

Définition : « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie de marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* » (Loi n° 75-1334 du 31/12/1975, article 1^{er})

La sous-traitance est un droit pour les entreprises. L'acheteur public ne peut l'interdire.

Limites :

- La sous-traitance ne peut pas porter sur l'intégralité du marché
- Un marché de fournitures ne peut pas être sous-traité
- Absence de lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant : ce dernier ne peut engager sa responsabilité envers le maître d'ouvrage.

Présentation du sous-traitant

- Obligation de recevoir l'agrément du pouvoir adjudicateur
 - Le maître d'ouvrage ne peut accepter le sous-traitant et agréer ses conditions de paiement que si le titulaire lui en fait la demande :
 - ↳ au moment du dépôt de l'offre
 - ou ↳ après le dépôt de l'offre
 - ou ↳ postérieurement à la notification du marché
- ⇒ utilisation du formulaire DC4 ⊕ indication des capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

- L'acheteur public peut exiger la communication du sous-traité à tout moment.

- **Conséquences et sanctions de la sous-traitance non déclarée :**

- Pour l'entrepreneur principal :

- ⇒ Il est susceptible d'être le seul à voir sa responsabilité contractuelle engagée.

- ⇒ Il s'expose à certaines sanctions en fonction de la nature du marché :

- Pour les marchés de travaux, services et PI : mise en régie et résiliation simple ou aux frais et risques de l'entrepreneur

- Pour les marchés industriels : idem + pénalité 1/3 000 du montant HT à compter de l'expiration d'un délai de 15 jours suivant une mise en demeure.

❑ **Conséquences et sanctions de la sous-traitance non déclarée :**

Pour le sous-traitant :

↪ Le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct

↪ Le sous-traitant reste tenu de ses obligations contractuelles, et notamment celles de livrer l'ouvrage exempt de tout vice.

II/ LE RÉGIME DES PAIEMENTS

- Droit à une avance de 5 % minimum si le marché $\geq 50\ 000$ € HT et si durée d'exécution du marché > 2 mois
- Droit au versement d'acomptes après service fait, même dans le silence du marché
- Délai maximum de paiement : 30 jours (50 jours pour les établissements publics de santé).
- ↳ L'ordonnateur dispose de 20 jours, le comptable public de 10 jours.
- ↳ Le dépassement du délai ouvre de plein droit le bénéfice d'intérêts moratoires (taux d'intérêt appliqué par la BCE + 8 %) et d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement (40 €).
- Possibilité de cession et de nantissement de la créance détenue sur la personne publique

III/ LES AVENANTS

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

Nota : une augmentation par avenant de 15 % à 20 % du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

- ⇒ La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles.
- ⇒ Une délibération préalable est nécessaire si l'exécutif ne dispose pas de délégation, ou d'une délégation pour un montant inférieur à celui de l'avenant.
- ⇒ Avis nécessaire de la CAO (pour les procédures formalisées) si le projet d'avenant entraîne une augmentation du montant global du marché > 5 %

5^{ÈME} PARTIE – LE CONTENTIEUX DES MARCHES PUBLICS

-1- Le référé précontractuel

- ❑ Exemples de moyens invocables:
 - Défaut d'information sur des éléments connus du seul candidat sortant
 - Utilisation d'une mauvaise procédure ou inapplication des règles relatives à la procédure choisie
 - Définition insuffisante du besoin
 - Défaut d'allotissement
 - Défaut de précision des critères ou sous-critères
 - Sélection d'une offre anormalement basse
 - Méconnaissance des dispositions du DCE

❑ **Éléments de procédure :**

- Le juge du référé précontractuel doit être saisi avant la signature du contrat
- En procédure formalisée après l'envoi de la décision d'attribution du marché, l'acheteur doit respecter un délai minimal (16 jours ou 11 jours si envoi par voie électronique) avant de signer le marché, sauf lorsque le marché a été attribué au seul candidat déclaré.
- En procédure adaptée et en procédures négociées de l'article 35, pas d'obligation d'information des candidats évincés et pas d'obligation de respecter un délai de suspension de la signature.

Néanmoins, l'envoi spontané au JOUE d'un « avis d'intention de conclure » le contrat (avis qui remplace alors l'avis d'attribution) et le respect d'un délai de 11 jours entre la publication de cet avis et la signature du marché permet aux candidats d'intenter un référé précontractuel..... et leur interdit ensuite d'intenter un référé contractuel après la signature,

- L'exercice du référé précontractuel suspend automatiquement la procédure de passation : le contrat ne peut être signé depuis la saisine du juge jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.
- Le juge statue dans un délai de 20 jours à compter de sa saisine.
- Ordonnance susceptible de recours devant le Conseil d'Etat dans les 15 jours.

-2- Le référé contractuel

Recours non ouvert aux personnes ayant préalablement introduit un référé précontractuel : si l'acheteur a respecté la suspension de signature que lui impose l'existence d'un référé précontractuel, ou s'est conformé à la décision du juge du référé précontractuel, aucun référé contractuel ne peut être exercé.

Eléments de procédure

➤ Délais de saisine:

- 31 jours à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au JOUE,

- 6 mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée

➤ Délai de jugement : 1 mois

-3- Le recours en contestation de validité du contrat (*CE, 16 juillet 2007, sté Tropic Travaux signalisation Guadeloupe, req. n° 291545*)

- ❑ Délai : 2 mois à compter de l'accomplissement des « mesures de publicité appropriées », à savoir la publication d'un avis d'attribution mentionnant la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation.

Effets:

- Passe le délai du recours contractuel de 6 mois à 1 mois,
 - Rend opposable le délai de 2 mois du recours Tropic.
-
- ❑ Le candidat évincé peut dissocier recours en annulation et recours indemnitaire (*CE, 11 mai 2011, Sté Rébillon Schmit*)
 - Prescription quadriennale des dépenses publiques
 - Demande préalable indemnitaire
 - Demande chiffrée et motivée

- ↳ si l'entreprise n'était pas « *dépourvue de toute chance d'emporter le marché* » elle peut prétendre au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre.

- ↳ si l'entreprise avait « *des chances sérieuses* » d'emporter le marché, elle peut prétendre à l'indemnisation de la marge nette attendue de l'exécution du marché.

Le juge apprécie sévèrement cette marge nette (*CAA Lyon, 5 mai 2011, n°10LY00134*)

**6^{ÈME} PARTIE – LES NOUVEAUTÉS ISSUES DU DÉCRET DU 26 SEPTEMBRE
2014 PORTANT MESURES DE SIMPLIFICATION AUX MARCHÉS PUBLICS**

-1- Le plafonnement du chiffre d'affaire minimal exigé des candidats

« Lorsque le pouvoir adjudicateur demande un chiffre d'affaires annule minimal donné, ce niveau minimal ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. S'il demande un niveau minimal supérieur à ce plafond, il doit le justifier dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation » (art CMP)

-2- L'impossibilité pour les acheteurs publics de réclamer aux entreprises candidates les documents accessibles gratuitement en ligne (« coffre-fort numérique »)

« les candidats ne sont (plus) tenus de fournir les documents et renseignements que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'information administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique » (art 45-VI)

-3- Mise en place optionnelle du système « dites-le-nous une fois »

- « *les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui lui ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables* » (art, 45-VI)
- La décision du pouvoir adjudicateur d'appliquer ce principe doit figurer dans l'AAPC ou le DCE
- Le principe sera d'application systématique et obligatoire le 18 octobre 2018

-4- La création du « partenariat d'innovation »

- Objet : favoriser la recherche et l'innovation dans le cadre de la commande publique
- Procédure négociée avec publicité et mise en concurrence
- Le partenariat d'innovation comporte au minimum deux phases (art 70-2 CMP) :
 - une phase pour suivre le déroulement du processus de recherche et de développement
 - une phase pour l'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat
- L'acheteur doit préciser la durée, la structure et la valeur des différentes phases

- Elimination des candidats au fur et à mesure des phases de R&D
- Lorsqu'il estime que les négociations sont arrivées à leur terme, l'acheteur en informe les candidats dont l'offre n'a pas été éliminée, et les invite à remettre une offre finale
- Possibilité d'un partenariat mono ou multi-attributaire
- Le contrat doit prévoir la répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de R&D

7^{ÈME} PARTIE – PANORAMA DE JURISPRUDENCE

○ *Conseil d'Etat, 20 février 2013, n° 363656, Société Laboratoire Biomnis*

↪ L'acheteur public peut limiter le nombre de lots qu'est susceptible d'obtenir un candidat, dans l'objectif d'assurer la satisfaction des besoins ou de favoriser la concurrence.

En l'espèce, le marché avait pour objet des prestations d'analyse de prélèvements biologiques effectués sur les individus pour l'enregistrement de leur profil génétique dans le fichier national des empreintes génétiques.

Le marché était divisé en 3 lots géographiques.

La limitation d'un lot par candidat tendait à susciter l'émergence d'une plus grande concurrence et à assurer la sécurité des approvisionnements du ministère de la Justice en permettant à plusieurs entreprises de disposer d'une compétence spécifique.

○ **QE de M. Jean-Louis MASSON, n° 03931, JO Sénat du 14/02/2013**

↳ Dans certaines circonstances, une obligation d'implantation géographique peut être une condition d'obtention d'un marché public, par exemple pour des raisons liées aux délais d'intervention du prestataire au regard du caractère urgent de la prestation à réaliser.

Un candidat qui s'engage à s'implanter localement en cas d'attribution du marché doit être considéré comme satisfaisant à cette obligation, au même titre qu'un candidat déjà implanté (*CE, 14 janv. 1998, soc. Martin-Fourquin, req. n°168688*).

En revanche, le souci de favoriser l'emploi local ne peut être pris en considération dans le choix de l'attributaire, cette considération étant sans rapport avec la réglementation des marchés publics (*CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, n° 131562*)

Conseil d'Etat, 11 avril 2014, n° 375245, Ministre de la Défense / société Legrand Bâisseurs

↪ Pour apprécier l'expérience et les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, l'acheteur public peut leur demander uniquement les renseignements et documents limitativement prévus par l'arrêté ministériel du 28 août 2006.

Conseil d'Etat, 15 février 2013, n° 364203, commune de Monéteau

↪ Le candidat ayant présenté une offre irrégulière n'est pas susceptible d'être lésé par le rejet de cette offre (rejet de sa requête en référé précontractuel)

Conseil d'Etat, 22 juin 2012, CCI de Montpellier, req. n°348676

↪ Un contrat administratif ne peut légalement prévoir une indemnité de résiliation ou de non-renouvellement qui serait manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant (en l'espèce, 5 fois le montant du marché).

MERCI DE VOTRE ATTENTION

CHRISTOPHE FORCINAL
AVOCAT
CABINET ARTHEMIS CONSEIL
10 RUE DU CIRQUE
72000 LE MANS

TÉL 02 53 35 65 10 MOB 07 84 00 65 35
CHRISTOPHE.FORCINAL@ARTHEMIS-CONSEIL.FR

92

