

Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics

NOR: ECOZ0300024C

Paris, le 7 janvier 2004.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire à Mesdames et Messieurs les ministres et secrétaires d'Etat

Avertissement

Le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics est publié au Journal officiel de ce jour.

Des mesures transitoires ont été prévues pour permettre d'éviter les conséquences d'un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation. Il ressort des dispositions de l'article 4 du décret précité que :

1. Les marchés notifiés avant le 10 janvier 2004 restent soumis pour leur passation comme pour leur exécution aux seules dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 janvier 2004 tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau code des marchés publics.
2. Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé à compter du 10 janvier 2004 seront soumis aux seules dispositions du nouveau code des marchés publics tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc plus concernés par les dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 janvier 2004.
3. Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé avant le 10 janvier 2004, le marché étant notifié après cette date, seront soumis, pour leur seule passation aux dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 janvier 2004 et pour leur seule exécution, aux dispositions du nouveau code des marchés publics. Les difficultés et litiges concernant leur passation et notamment les règles de publicité, la production des attestations fiscales et sociales, le choix des candidats et des offres ne seront concernés que par les dispositions du code en vigueur jusqu'au 9 janvier 2004 alors que les difficultés et litiges concernant l'exécution et notamment les avenants, les conditions de résiliation, de paiement ne seront concernés que par les dispositions du nouveau code.
4. Pour ce qui concerne plus particulièrement la computation des seuils, dès le 10 janvier

2004, le seuil des marchés à procédure adaptée est fixé à 150 000 EUR HT pour les fournitures et les services de l'Etat et à 230 000 EUR HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales ainsi que pour les travaux. C'est-à-dire que les personnes responsables des marchés doivent, à compter de cette date, prendre en compte ces nouveaux seuils pour déterminer les procédures à mettre en oeuvre pour la passation de leurs marchés.

*

* *

L'instruction du 28 août 2001 prise pour l'application du code des marchés publics est abrogée.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

Le champ d'application

LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC

SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

1. Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

1.1. Les personnes publiques soumises au code des marchés publics.

1.2. Les organismes non soumis au code des marchés publics mais assujettis aux directives communautaires.

1.3. Les personnes privées soumises au code.

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

- 2.1. Un marché public est un contrat.
- 2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux.
- 2.3. Un marché public peut être passé avec des personnes publiques ou privées.
- 2.4. Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux.
 - 2.4.1. Les marchés publics se distinguent des subventions.
 - 2.4.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public.
- 2.5. Le cas particulier des contrats de mandat.

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

- 3.1. Les prestations intégrées dites « in house » (art. 3-1°).
- 3.2. L'octroi d'un droit exclusif (art. 3-2°).
- 3.3. Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement (art. 3-6°).
- 3.4. Les contrats qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige (art. 3-7°).

DEUXIÈME PARTIE

La préparation de la procédure

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

- 4.1. Pourquoi faut-il bien identifier les besoins ?

4.2. De l'intérêt des variantes.

4.3. Qui définit les besoins ?

4.3.1. La personne publique « acheteuse ».

4.3.2. La (ou les) personne(s) responsable(s) du marché.

5. Acheter seul ou groupé ?

5.1. Dans le cadre d'un groupement de commandes ?

5.2. En ayant recours à une centrale d'achat ?

5.3. La coordination de commandes au sein d'une même personne publique ?

6. Quelle forme de marché adopter ?

6.1. L'allotissement ou le marché unique.

6.1.1. L'allotissement.

6.1.2. Les « petits lots ».

6.1.3. Le marché unique.

6.2. Les marchés fractionnés.

6.2.1. Les marchés à bons de commande (art. 71).

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

6.3. Le cas des achats d'énergie.

7. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

7.1. Pour les marchés de travaux : les notions d'ouvrage et d'opération.

7.1.1. La notion d'opération de travaux.

7.1.2. La notion d'ouvrage.

7.2. Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène.

TROISIÈME PARTIE

La mise en oeuvre de la procédure

8. Comment faire connaître ses besoins aux candidats potentiels ?

8.1. Pourquoi faut-il faire de la publicité ?

8.2. Comment faire de la publicité ?

8.2.1. En dessous du seuil de 90 000 EUR HT : une publicité adaptée.

8.2.2. Entre le seuil de 90 000 EUR HT et les seuils communautaires : l'obligation de procéder à une publicité déterminée par le code.

8.2.3. Au-dessus des seuils communautaires : l'obligation de procéder à une publicité nationale et européenne (BOAMP et JOUE).

8.3. La publicité complémentaire quel que soit le montant estimé du marché.

8.4. Quelques exceptions très limitées : articles 30 et 35 II et III.

9. Comment procéder à la mise en concurrence ?

9.1. Pourquoi faut-il faire une mise en concurrence ?

9.2. Un principe fondamental.

9.3. Comment réaliser une mise en concurrence effective ?

9.3.1. En dessous des seuils de procédure.

9.3.2. Au-dessus des seuils de procédure.

9.3.2.1. Les marchés de fournitures et de services.

9.3.2.2. Les marchés de travaux.

9.4. Quelques exceptions très limitées : les cas où le code n'impose pas de mise en concurrence (art. 30 et 35 III).

10. Comment vérifier la capacité des candidats ?

10.1. Que doit contenir un dossier de candidature ?

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

11. Quand peut-on négocier ?

11.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

11.1.1. En dessous des seuils des marchés formalisés.

11.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés.

11.1.2.1. Les catégories de marchés négociés.

11.1.2.2. Quel est le rôle de la commission d'appel d'offres dans la procédure négociée ?

11.1.3. La procédure de dialogue compétitif.

11.1.4. La possibilité donnée aux opérateurs de réseaux d'utiliser la procédure négociée.

11.2. Quels sont les avantages de la négociation ?

11.3. Quelles sont les contraintes de la négociation ?

12. Comment choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ?

12.1. Quels sont les critères sur lesquels va se baser l'acheteur public pour choisir l'offre

économiquement la plus avantageuse ?

12.2. Peut-on utiliser le critère environnemental ?

13. Comment informer les candidats du rejet
de leur candidature ou de leur offre ?

QUATRIÈME PARTIE

L'exécution des marchés

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

14.1. La sous-traitance.

14.2. Le versement des avances.

14.3. Le versement des acomptes.

14.4. Quelles sont les modalités de mise en oeuvre du délai global de paiement ?

14.5. Avenants et marchés complémentaires.

14.6. Dans quel cas utiliser une décision de poursuivre ?

15. Pourquoi des obligations de publicité a posteriori ?

15.1. L'avis d'attribution.

15.2. Les dispositions de l'article 138.

A N N E X E S

Annexe I. - Table de correspondance entre les catégories de services visées à l'article 29 du code et les nomenclatures « CPC provisoire » et « CPV ».

Annexe II. - Les textes à connaître.

Annexe III. - Les coordonnées des services de conseil et les sites d'information sur les marchés publics.

PREMIÈRE PARTIE

Le champ d'application

LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC

SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

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

Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

Le contrat envisagé est-il un marché public ?

Quelles sont les exceptions prévues par le code ?

1. Qui doit appliquer le code des marchés publics ?

1.1. Les personnes publiques soumises au code des marchés publics.

L'article 2 du code indique précisément quelles sont les personnes soumises au code : l'Etat et ses établissements publics autres que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) ainsi que les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

1.2. Les organismes non soumis au code des marchés publics mais assujettis aux directives communautaires.

Il est important de prendre en compte la situation de certains organismes qui, bien que non assujettis au code des marchés publics, peuvent être soumis à des obligations de mise en concurrence imposées par les directives communautaires. Sont concernés notamment certains EPIC de l'Etat, certains groupements d'intérêt public (GIP) ou groupements d'intérêt économique (GIE) et certaines associations dans la mesure où ces organismes répondent à la définition de « pouvoir adjudicateur » au sens du droit communautaire.

En effet, les directives communautaires de coordination des procédures de passation des marchés publics ont un champ d'application plus large que celui du code et peuvent concerner des personnes publiques non soumises au code des marchés publics ou des personnes privées. Les dispositions des directives sont transposées, pour les personnes non soumises au code des marchés publics, par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF, et par la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports.

Le champ d'application de ces dispositions législatives est défini respectivement à l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 et à l'article 1er de la loi du 11 décembre 1992 précitées. Sont ainsi concernés :

- les groupements de droit privé formés entre les collectivités publiques (ex. : certains GIE ou associations) ;
- la Banque de France ;
- les organismes de droit privé, les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat, les groupements d'intérêt public, satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et répondant à l'une des conditions suivantes :
 - avoir leur activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ou encore des organismes de droit privé, des établissements publics à caractère industriel ou commercial de l'Etat ou des groupements d'intérêt public, satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial ;
 - être soumis à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes mentionnés ci-dessus ;
 - comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par les organismes mentionnés ci-dessus.

Les organismes qui satisfont à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et qui remplissent au moins l'une des conditions énumérées ci-dessus sont donc tenus, au-dessus des seuils communautaires, de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par les directives communautaires telles que transposées dans la loi du 3 janvier 1991 ou, pour les secteurs spéciaux, dans la loi du 11 décembre 1992.

1.3. Les personnes privées soumises au code.

En principe, les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application du code des marchés publics. Toutefois, si une personne privée est mandataire d'une personne publique soumise au code, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les

dispositions du code des marchés.

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

Lorsque l'acheteur constate qu'il est soumis au code, il doit vérifier que le contrat qu'il souhaite conclure est bien un marché public.

L'article 1er du code donne une définition précise du marché public.

2.1. Un marché public est un contrat.

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale.

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux.

Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur. Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent. Néanmoins, en l'absence d'un tel versement, le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché.

Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter les panneaux publicitaires installés sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires y afférents ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage.

En revanche, les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent jamais être qualifiées de marchés publics.

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. Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une entité publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique. La personne publique qui soumissionne devra être en mesure de justifier, le cas échéant, que son prix proposé a été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public (cf. note 1) .

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

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

2.4.1. Les marchés publics se distinguent des subventions.

Les contrats que l'administration signe fréquemment avec différents partenaires, notamment des associations, ne sont pas obligatoirement des marchés publics. C'est le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration qui permet de différencier les marchés publics des conventions qui accompagnent, par exemple, certaines décisions d'octroi de subventions.

Le marché public se différencie de la subvention qui constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition.

2.4.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi « MURCEF » introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi « Sapin » une définition de la délégation de service public : « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu. Pour un marché public, le paiement est intégral et immédiat et effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.

2.5. Le cas particulier des contrats de mandat.

Les contrats de mandat conclus à titre gratuit ne sont pas, par définition, des marchés publics.

Un contrat de mandat rémunéré ne constitue pas une catégorie particulière de marchés (cf. note 2) . Lorsqu'elles souhaitent conclure un contrat de mandat avec une tierce personne, les personnes publiques sont donc désormais tenues de se conformer aux obligations de publicité et de mise en concurrence posées par le code des marchés publics. Elles doivent, au cas par cas, vérifier si le contrat de mandat porte sur une prestation soumise au code des marchés publics et analyser s'il s'agit d'une prestation de services voire d'un marché de travaux afin de connaître les obligations à respecter lors de sa passation.

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

Un contrat qui remplit les conditions de définition d'un marché public peut toutefois entrer dans l'une des catégories d'exclusions prévues par l'article 3.

L'article 3 énumère un certain nombre d'hypothèses où le code ne s'applique pas.

Ces exclusions sont prévues par les directives et la jurisprudence européenne et la plupart se trouvent justifiées en raison de la spécificité des situations concernées.

Certaines d'entre elles méritent un commentaire.

3.1. Les prestations intégrées dites « in-house » (art. 3-1°).

Cette exclusion qui concerne les contrats de fournitures, de travaux ou de services conclus entre deux personnes morales distinctes mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre, est issue de la jurisprudence communautaire qui pose deux conditions pour reconnaître l'existence d'une prestation intégrée :

- le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant est de même nature que celui qu'elle exerce sur ses services propres ; une simple relation de tutelle ne suffit pas ;
- le cocontractant travaille essentiellement pour la personne publique demanderesse ; la part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

Le cocontractant qui se trouve dans cette situation doit alors appliquer l'ensemble des règles du code des marchés publics pour répondre à ses propres besoins.

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

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services.

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 ailleurs, s'il crée une position dominante sur le marché de services en cause au sens de l'article 82 du traité CE et de l'article L. 420-2 du code de commerce, il ne doit pas amener le bénéficiaire à en abuser. Enfin, le contenu, la durée et les limites de la prestation doivent être précisément définis.

Ainsi, le droit exclusif est octroyé dans les seuls cas suivants :

- il doit être conféré par un acte unilatéral antérieur au marché et distinct de ce dernier : pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une personne préalablement à toute relation contractuelle. En effet, l'existence de droits exclusifs ne peut découler du contrat lui-même, des actes administratifs détachables de ce contrat ou d'une simple délibération ;
- l'organisme bénéficiaire doit lui-même être soumis au code des marchés ou répondre aux critères mentionnés par les lois n° 91-3 du 3 janvier 1991 et n° 92-1282 du 11 décembre 1992, tels que précisés au point 1.2 du présent manuel ;
- il doit être légalement pris, c'est-à-dire qu'il ne heurte aucune disposition nationale ou communautaire, et notamment les règles du droit de la concurrence.

En pratique, avant de conclure un contrat avec un cocontractant détenteur d'un droit exclusif, l'acheteur doit vérifier l'existence de la disposition législative ou réglementaire qui le fonde.

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

Cette exclusion ne concerne que les marchés de services, et non les marchés de fournitures et de travaux.

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

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'article 3 contient une dérogation concernant 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. Cette disposition permet de passer sans publicité ni mise en concurrence des marchés qui sont déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité. Tel est notamment le cas de certaines prestations acquises en vue de prévenir des actions terroristes ou bioterroristes, 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, ces contrats peuvent notamment concerner, sur justifications précises :

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

DEUXIÈME PARTIE

La préparation de la procédure

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

4.1. Pourquoi faut-il bien identifier les besoins ?

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

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

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

Pour être efficace, l'expression des besoins fait appel à quatre considérations principales :

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

Il peut arriver que l'acheteur ait des difficultés à déterminer son besoin. Lorsque l'incertitude porte à la fois sur les objectifs à atteindre et sur les moyens d'y parvenir, l'acheteur peut recourir soit à la procédure des marchés de définition, soit à la procédure de dialogue compétitif.

Lorsque l'incertitude porte sur l'étendue des besoins à satisfaire, l'acheteur peut faire usage soit du marché à bons de commande, soit du marché à tranches. Le code organise même la multi-attribution dans les cas où l'achat porterait sur des biens dont les caractéristiques techniques et le prix sont susceptibles de connaître de fortes variations, ou encore des achats qui dans l'intérêt de la personne publique ne devraient pas être confiés à un seul fournisseur.

4.2. De l'intérêt des variantes.

Une bonne définition des besoins n'exclut pas de laisser une part d'initiative aux candidats. A

cette fin, si l'acheteur souhaite que les candidats proposent des variantes, il convient de ne pas les interdire dans les avis d'appel public à la concurrence. Le règlement de la consultation doit toutefois dans ce cas définir les limites en indiquant les spécifications du cahier des charges qui sont intangibles.

4.3. Qui définit les besoins ?

En matière de définition et d'exécution des besoins, il est important de différencier la personne publique et la personne responsable du marché.

4.3.1. La personne publique « acheteuse ».

Le code des marchés publics impose un certain nombre de procédures de mise en concurrence dont le déclenchement est conditionné par l'appréciation du besoin et le fait que le montant de l'achat destiné à la satisfaction de ce besoin excède un certain nombre de seuils précisément définis.

Il proscriit expressément un découpage excessif des besoins qui aurait pour effet de se soustraire aux obligations de mise en concurrence prescrites par ces textes. Les choix de la personne publique doivent être guidés par la nécessité d'une gestion efficace des services et une bonne utilisation des deniers publics.

La question qui se pose alors est de savoir à quel niveau et par qui doit s'apprécier le besoin.

Le code des marchés publics prévoit qu'il appartient à la personne publique (cette notion correspond à celle de « pouvoir adjudicateur » en droit communautaire qui comprend l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes de droit public au sens du droit communautaire) de déterminer le niveau auquel les besoins doivent être pris en compte et appréciés au regard des seuils fixés pour la passation des marchés publics.

Le niveau de prise en compte des besoins se situe normalement au niveau de la personne publique elle-même. Le choix de tout niveau inférieur d'agrégation doit être justifié par des éléments objectifs.

En conséquence, la personne publique a la possibilité de désigner des personnes responsables du marché chargées de mettre en oeuvre les procédures de marchés correspondant aux besoins ainsi définis.

4.3.2. La (ou les) personne(s) responsable(s) du marché.

La notion de personne responsable du marché ne doit pas être confondue avec la notion précédemment décrite de personne publique acheteuse, qui correspond au pouvoir adjudicateur au sens des directives communautaires.

La qualité de personne responsable du marché est exclusivement administrative et fonctionnelle. Le rôle de la personne responsable du marché est de choisir, dans le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat appropriée et de la mener à bien sous sa responsabilité.

La forme de sa désignation, si elle n'est pas expressément fixée par un texte, sera laissée au libre choix de la personne publique.

Ainsi, pour les services centraux de l'Etat, il appartiendra au ministre, après avoir précisément défini le niveau auquel les besoins de son ministère doivent être pris en compte, de désigner les personnes responsables du marché chargées d'organiser les procédures de mise en concurrence pour son administration centrale.

Pour les collectivités territoriales, il convient de se référer aux règles du code général des collectivités territoriales pour procéder à la désignation des personnes responsables du marché.

Pour les services déconcentrés, deux cas sont possibles : s'ils dépendent du préfet, c'est ce dernier qui, après avoir défini le niveau auquel chacun des besoins devra être pris en compte, désigne les personnes responsables du marché ; si les services déconcentrés ne relèvent pas du préfet, c'est le ministre. Cela ne fait pas obstacle à ce que le ministre définisse des politiques d'achat pour l'ensemble de ses services.

Pour les établissements publics, qui ont des statuts très diversifiés, les personnes responsables du marché sont désignées par l'autorité compétente pour la conclusion des marchés ; il convient de se référer aux textes statutaires propres qui régissent chacun de ces établissements.

L'acte de désignation des personnes responsables du marché indique les fournitures, services ou travaux concernés.

Cependant, si les personnes responsables du marché, déjà désignées à la date d'entrée en vigueur du code des marchés publics, l'ont été sur la base d'une telle appréciation de ses besoins par l'acheteur public, il ne sera pas forcément nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des besoins ainsi qu'à une nouvelle désignation de personnes responsables du marché.

5. Acheter seul ou groupé ?

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

5.1. Dans le cadre d'un groupement de commandes ?

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

Le code prévoit plusieurs degrés, plus ou moins larges, de participation des membres à un groupement de commandes.

Outre le cas où chaque membre du groupement signe son marché, le coordonnateur du groupement peut, au terme des opérations de sélection du cocontractant, signer, notifier le

marché et l'exécuter au nom de l'ensemble des membres du groupement.

Mais il peut également uniquement signer et notifier le marché, et laisser les membres du groupement exécuter le marché, chacun pour ce qui les concerne. Cette dernière disposition 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 certain nombre d'engagements, et notamment un volume minimal d'achat.

5.2. En ayant recours à une centrale d'achat ?

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

Celle-ci pourra se voir confier plusieurs types de missions qui vont de la mise à disposition de fournitures et de services, jusqu'à la passation de marchés pour le compte des acheteurs.

5.3. La coordination de commandes au sein d'une même personne publique ?

Le mécanisme de coordination de commandes permet à une personne publique de coordonner les achats de ses services. Il implique la désignation par les membres qui ont décidé de coordonner leurs achats d'un service centralisateur.

Deux procédures d'achat coordonnées sont alors envisageables :

- soit la passation d'un seul marché : dans ce cas, chaque service coordonné émet des bons de commande au sein du marché unique passé par le service centralisateur ;
- soit la passation de plusieurs marchés distincts : dans ce cas, le service centralisateur conclut au terme de la procédure avec le titulaire retenu une convention de prix et un marché type ; chaque service coordonné conclut ensuite un marché correspondant à ses besoins propres sur la base de cette convention de prix et de ce marché type. La passation de chaque marché coordonné est alors une simple application des conditions générales définies dans le marché type et dans la convention de prix.

6. Quelle forme de marché adopter ?

6.1. L'allotissement ou le marché unique.

C'est la personne responsable du marché qui décide de passer un marché unique ou séparé en lots. Pour ce faire, elle procède à une analyse des avantages économiques, financiers ou techniques que chacune de ces formes de marchés procure.

6.1.1. L'allotissement.

L'allotissement est utile 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. Il en est de même dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires qui grèvent d'autant le coût de la prestation, ou encore pour assurer la sécurité des approvisionnements.

L'allotissement est un procédé qui permet également d'étendre le champ de la concurrence à des entreprises compétitives qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité du marché. L'enjeu d'un allotissement efficace est d'en définir le niveau adéquat pour ouvrir la concurrence tout en bénéficiant d'économies d'échelle.

De surcroît, le recours à l'allotissement est facilité grâce à l'introduction à l'article 10 d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire.

L'allotissement n'exclut pas la possibilité pour un groupement de se porter candidat à ce marché.

6.1.2. Les « petits lots ».

Une souplesse supplémentaire est offerte par le III de l'article 27 qui permet de passer des marchés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 EUR HT, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché. Pour les marchés de travaux supérieurs au seuil de 5 900 000 EUR HT, la valeur de ces « petits lots » est portée à 1 000 000 EUR HT avec le maintien de la condition de ne pas excéder 20 % du total du marché.

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

6.1.3. Le marché unique.

Lorsque l'acheteur public n'a pas la capacité technique de coordonner les actions des titulaires des différents lots, ou lorsque des économies d'échelle le justifient, il sera préférable de conclure un marché unique.

Si 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.

6.2. Les marchés fractionnés.

Si l'acheteur public n'est pas en mesure de connaître précisément les quantités à commander ou s'il a des raisons de douter de la possibilité de réaliser en une seule fois l'ensemble d'un programme, il peut recourir à la solution du marché fractionné.

Il existe deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande et les marchés à tranches conditionnelles.

6.2.1. Les marchés à bons de commande (art. 71).

Le marché à bons de commande s'impose lorsque l'incertitude porte sur la quantité et sur le rythme du besoin global à satisfaire.

Le marché à bons de commande, dont la durée ne peut excéder quatre ans, est en principe conclu avec un maximum et un minimum. La détermination des obligations de publicité et de mise en concurrence se fait alors sur la base du maximum. L'acheteur public est tenu de passer commande à son cocontractant à hauteur du minimum et de s'adresser exclusivement à lui, sauf le cas des besoins occasionnels visé à l'article 71-I du code, pour les prestations entrant dans l'objet du marché, tant que la date d'expiration de celui-ci et le maximum prévu au contrat ne sont pas atteints.

Lorsque le volume du besoin et sa survenance ne peuvent être appréciés, il est possible, en le justifiant dans le rapport de présentation, de conclure un marché sans maximum et minimum. Une estimation du montant du marché devra néanmoins être portée dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il en résulte que les obligations de publicité et de mise en concurrence devront être celles des procédures prévues au-dessus des seuils.

Le code aménage aussi la possibilité de conclure des marchés avec plusieurs titulaires, avec remise en compétition de ceux-ci dans quatre hypothèses. Cette dernière procédure se déroule en deux étapes :

- plusieurs titulaires sont d'abord sélectionnés dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ;
- lors de la survenance du besoin, les titulaires sont remis en compétition pour l'attribution du bon de commande qui est fonction du prix et, le cas échéant, du délai.

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

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

Dans un marché à tranches conditionnelles, l'acheteur public n'est engagé que sur la tranche ferme, et non pas sur les tranches conditionnelles. Mais l'évaluation doit être faite, pour l'appréciation des seuils de procédure et de publicité, en additionnant les montants estimés de l'ensemble des tranches.

6.3. Le cas des achats d'énergie.

Le code prévoit à l'article 81 un dispositif particulier pour la réalisation des achats d'énergie que la personne publique ne peut stocker, notamment pour les marchés d'électricité et de gaz pour lesquels une mise en concurrence est obligatoire à partir du 1er juillet 2004.

7. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

Lorsqu'au sein de chaque personne publique, l'autorité compétente a déterminé le niveau auquel ses besoins sont évalués (cf. point 4.3), elle vérifie si les seuils fixés à l'article 28 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.

Dans la mesure où cette autorité doit adopter, pour la satisfaction de ses besoins ainsi évalués, une procédure formalisée, elle a la faculté soit de passer un seul marché, soit, si elle le juge utile, de passer autant de marchés qu'elle 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 :

7.1. Pour les marchés de travaux : les notions d'ouvrage et d'opération.

Le marché de travaux, qui est défini à l'article 1er du code, se caractérise par le fait que la personne publique 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, il convient de prendre en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, opération qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages.

7.1.1. La notion d'opération de travaux.

L'opération de travaux, au sens du code, est un ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement ne peuvent être dissociés et que le maître d'ouvrage a décidé d'exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Une opération peut concerner plusieurs ouvrages, par exemple la réfection des toitures des écoles d'une même commune ou la réalisation de trottoirs dans différents quartiers de la ville.

Une opération peut aussi concerner certains travaux réalisés sur un même ouvrage de nature différente programmés au même moment, par exemple en matière de réhabilitation.

7.1.2. La notion d'ouvrage.

Le terme « ouvrage » est défini par les directives « travaux » comme le « résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

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 génie civil. C'est concrètement la construction, obtenue au terme des travaux réalisés, d'un immeuble ou d'une réalisation de génie civil telle qu'un collecteur des eaux pluviales ou un réseau d'électricité.

7.2. Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène.

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre, et qu'il lui appartient d'apprécier en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action. A titre d'exemple, une paire de ciseaux peut tout aussi bien s'apparenter pour une administration centrale à des fournitures de bureau, comme à du matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers.

Afin de comparer le montant de ses besoins aux seuils de procédure des marchés, chaque acheteur estime de manière sincère et raisonnable la valeur totale des fournitures ou des services qu'il considère comme homogènes et qu'il souhaite acquérir.

Pour ce faire, la nomenclature annexée à l'arrêté du 13 décembre 2001, dont l'inadaptation a été constatée dans bien des cas, n'est désormais plus la référence obligatoire. Aussi, les acheteurs sont invités à adopter une classification propre de leurs achats selon une typologie qui soit cohérente avec leur activité et qui tienne compte de leur connaissance de l'offre du marché étant entendu que le niveau le plus fin de cette typologie regroupe des produits ou services de même nature où le besoin homogène trouve tout son sens.

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

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

TROISIÈME PARTIE

La mise en oeuvre de la procédure

8. Comment faire connaître ses besoins aux candidats potentiels ?

8.1. Pourquoi faut-il faire de la publicité ?

La publicité est un principe fondamental de la commande publique. La publicité a une double utilité. Elle doit permettre le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés, elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence.

On doit considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes au regard de

l'exigence de transparence si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et ont abouti à une diversité d'offres suffisante pour garantir une vraie mise en concurrence.

Il appartient donc à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité les plus pertinentes au regard de l'objet et du montant du marché en cause. Toutefois, il est précisé que la publicité ne signifie pas systématiquement publication, notamment pour les plus petits marchés.

En la matière, le code laisse une grande marge de manoeuvre aux acheteurs ; c'est à ce stade que leur professionnalisme et leur responsabilisation prennent tout leur sens.

Toutefois, à partir d'un seuil fixé à 90 000 EUR HT, la publication d'un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire sous réserve des exceptions mentionnées au point 8.4. En outre, et s'agissant des supports de publicité, l'ensemble des moyens complémentaires listés au point 8.3 ci-après peut être utilisé.

8.2. Comment faire de la publicité ?

L'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché, les supports de publicité devront être choisis en conséquence. C'est pourquoi une attention toute particulière doit être portée au choix des supports utilisés.

Les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 ; il convient donc de s'y conformer strictement.

8.2.1. En dessous du seuil de 90 000 EUR HT : une publicité adaptée.

Le choix des modalités de publicité relève dans ce cas de la seule responsabilité de l'acheteur. Le code prévoit qu'en dessous de ce seuil, l'acheteur public mettra en oeuvre des mesures de publicité adaptées et suffisantes pour permettre une mise en concurrence effective et la transparence du processus d'achat.

L'exigence de transparence va se traduire notamment par le choix de supports de publicité pertinents assurant une véritable mise en concurrence. L'acheteur a le choix entre trois catégories de supports écrits : la presse écrite, l'affichage et l'internet.

Pour cette catégorie de marchés, il est loisible à la personne publique de prévoir l'insertion d'avis de publicité soit sur le site de l'acheteur ou tout autre portail ou site web adapté, susceptible d'élargir la publicité du marché, soit encore de le diffuser sur tout moyen audiovisuel, à la condition que l'information alors diffusée soit suffisamment complète et de nature à pouvoir atteindre les candidats potentiels au marché.

Le recours à de tels moyens ou à l'affichage qui concerne essentiellement les collectivités territoriales, est notamment envisageable dans deux hypothèses :

- soit en complément de l'annonce passée dans la presse ;
- soit lorsque le coût de la publicité par voie de presse constitue une charge financière significative au regard du montant du marché envisagé.

Pour les marchés de très faible montant, on doit considérer que la mise en concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité

suffisant. Il n'est en effet pas nécessaire de recourir dans tous les cas à une publication pour satisfaire à l'obligation de transparence.

8.2.2. Entre le seuil de 90 000 EUR HT et les seuils communautaires : l'obligation de procéder à une publicité déterminée par le code.

Pour les besoins de fournitures ou de services d'un montant compris entre 90 000 EUR HT et 150 000 EUR HT pour l'Etat ou 230 000 EUR HT pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux compris entre 90 000 EUR HT et 5 900 000 EUR HT, le code impose l'obligation de procéder à une publicité dans les conditions suivantes.

Les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL). Le code invite, en outre, l'acheteur à compléter, si nécessaire, sa publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée. C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, l'opportunité d'une telle publication complémentaire.

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

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

8.2.3. Au-dessus des seuils communautaires : l'obligation de procéder à une publicité nationale et européenne (BOAMP et JOUE).

Au-dessus des seuils de 150 000 EUR HT pour l'Etat ou 230 000 EUR HT pour les collectivités territoriales pour les marchés de fournitures ou services, et de 5 900 000 EUR HT pour les marchés de travaux, les avis d'appel public à la concurrence sont publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Les avis adressés au JOUE sont établis conformément aux formulaires obligatoires fixés par l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 4 décembre 2002 publié au Journal officiel de la République française du 30 janvier 2003 (cf. note 3) . Les avis adressés au BOAMP le sont conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et par téléprocédure.

L'acheteur devra, pendant une période transitoire, utiliser deux modèles de formulaires distincts selon qu'il s'agit de la publicité communautaire (JOUE) ou nationale (BOAMP). A l'issue de cette période, les deux formulaires devraient être fusionnés en un seul.

Il est rappelé que, lorsque la personne responsable du marché établit un avis d'appel public à la concurrence communautaire, elle est tenue 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 (cf. note 4) . 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.

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

8.3. La publicité complémentaire quel que soit le montant estimé du marché.

Dans tous les cas, pour satisfaire à l'obligation d'une publicité efficace, la personne responsable du marché peut utiliser, pour l'ensemble de ses marchés, des supports de publicité supplémentaires, tels qu'une publication dans la presse spécialisée, l'affichage ou l'internet.

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

Au-dessus du seuil de 90 000 EUR HT, le code prévoit que les publications dans la presse sont faites selon un modèle défini par arrêté du ministre chargé de l'économie.

En dessous de ce seuil, cette obligation n'existe pas. Dans ce cas, il pourra être utile à la personne responsable du marché, lorsqu'elle fait appel à plusieurs supports publicitaires, de veiller, pour ne pas porter atteinte à l'égalité d'information des candidats, à ce que le contenu des différentes publicités soit semblable, sans être nécessairement identique.

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, en complément des publicités obligatoires, un support très utile pour toucher un lectorat plus ciblé.

L'affichage

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

L'internet

Dans le même esprit, les informations publiées peuvent être reprises sur le site internet de l'acheteur public ou tout autre portail adapté. Ce type de support est appelé, compte tenu du développement des nouvelles technologies de l'information, à être de plus en plus consulté par les candidats à l'achat public.

8.4. Quelques exceptions très limitées : articles 30 et 35 (II et III).

Le titre Ier du code des marchés publics pose les principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures qui s'appliquent à tous les marchés. Ces principes trouvent leur application dans les obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par le code.

Dans certains cas expressément définis, le code ne prévoit pas d'obligation de publier un avis d'appel public à la concurrence ni de procéder à une mise en concurrence. C'est alors la nature du marché qui est prise en compte et non pas son seuil.

Dans un souci de préservation des deniers publics, il est toutefois recommandé aux acheteurs publics, lorsque l'environnement économique et concurrentiel le permet, de procéder à une publicité pour permettre une mise en concurrence efficace.

Pour déterminer les marchés de services qui peuvent bénéficier de la procédure allégée autorisée par l'article 30, il convient de vérifier que l'objet du marché n'est pas mentionné à l'article 29, qui liste les catégories de prestations de services soumises aux règles de passation du titre III et donc au respect des procédures de publicité et de mise en concurrence. Les services qui ne sont pas inclus dans la liste de l'article 29 relèvent de l'article 30. Ils sont soumis pour leur passation au respect des normes existantes et à l'envoi d'un avis d'attribution au-dessus du seuil de 230 000 EUR HT.

L'appartenance du marché à l'une ou l'autre des catégories mentionnées aux articles 29 et 30 se vérifie en outre par référence aux catégories de services énumérés en annexe de la directive européenne portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Cette annexe renvoie à la nomenclature CPC. Le règlement n° 2195/02/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 modifié (cf. note 5) relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics, dit « CPV » (Common Procurement Vocabular), prévoit un système de classification unique pour tous les marchés publics. Il convient donc de remplacer les références de la CPC par celles de la CPV. L'annexe I du présent manuel établit une table de concordance qui permet de définir le contenu des différentes catégories de services et, par voie de conséquence, le régime applicable au marché en cause.

9. Comment procéder à la mise en concurrence ?

9.1. Pourquoi faut-il faire une mise en concurrence ?

Le fait de procéder à une mise en concurrence est nécessaire en ce qu'il permet de respecter les principes fondamentaux définis à l'article 1er que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. De surcroît, faire jouer la concurrence dans l'acte d'achat public répond d'abord à un objectif d'efficacité économique. En effet, la mise en concurrence est nécessaire avant tout pour susciter une 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.

9.2. Un principe fondamental.

Au-dessus des seuils de procédures formalisées, l'acheteur public est tenu de mettre en oeuvre, outre les règles de publicité, le principe de mise en concurrence prévu par le code.

Ces seuils sont fixés à l'article 28 :

- pour les marchés de fournitures et de services, à 150 000 EUR HT pour l'Etat et 230 000 EUR HT pour les collectivités territoriales ;

- pour les marchés de travaux, à 230 000 EUR HT, que ce soit pour l'Etat ou pour les collectivités territoriales.

Le code désigne les marchés passés en dessous des seuils comme des marchés conclus selon une procédure adaptée. Ces marchés sont les marchés sans formalités préalables mentionnés aux articles 9, 10 et 11 de la loi MURCEF du 11 décembre 2001. Ils ne sont donc pas soumis à l'obligation de transmission au préfet pour contrôle de légalité, compte tenu de leur qualification de marchés passés sans formalités préalables.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les personnes publiques doivent définir elles-mêmes des règles de mise en concurrence proportionnées à l'objet et au montant du marché.

9.3. Comment réaliser une mise en concurrence effective ?

Le code impose de procéder à une mise en concurrence pour tous les marchés, sous réserve des exceptions exposées ci-après.

En dessous des seuils de procédure, elle relève de la responsabilité de l'acheteur et doit être adaptée en fonction du marché envisagé.

Au-dessus des seuils de procédure définis à l'article 28, cette mise en concurrence est formalisée et précisée par le code.

Il convient d'insister sur la nécessité de respecter l'ensemble des délais de procédure prescrits par le code. Pour tous les marchés, ces délais sont toujours des délais minimum que l'acheteur a la faculté d'augmenter, d'une part, pour une plus grande sécurité juridique et, d'autre part, pour permettre aux candidats potentiels de présenter une offre. Pour mémoire, les délais de réception des offres doivent être allongés en cas de visite sur les lieux d'exécution du marché ou de consultation sur place de documents complémentaires.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée pour lesquels le code n'impose rien, l'acheteur veillera à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer. Une publicité adaptée qui fixerait un délai de réception des offres trop court pourrait être

considérée comme insuffisante au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement.

Les acheteurs peuvent bénéficier d'une réduction des délais soit en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique, soit en cas de publication d'un avis de préinformation.

La méconnaissance de ces règles est susceptible d'entraîner la nullité du marché public.

9.3.1. En dessous des seuils de procédure.

Lorsque les seuils fixés à l'article 28 du code ne sont pas atteints, les marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée.

Le fait que certains marchés puissent être passés selon une procédure adaptée veut dire qu'ils ne sont soumis à aucune des procédures formalisées définies par le code mais ne signifie pas pour autant qu'ils sont passés de gré à gré. En effet, l'acheteur est tenu au respect des principes fixés à l'article 1er pour déterminer la procédure à mettre en oeuvre. Il lui appartient de fixer lui-même un contenu de procédure permettant de constater que l'achat a été réalisé dans des conditions satisfaisantes de transparence, compte tenu de son montant et de la nature des prestations en cause. De surcroît, cette facilité n'écarte pas la nécessité pour l'acheteur public de respecter d'autres réglementations qui viendraient s'ajouter aux règles fixées par le code des marchés publics. Ainsi, par exemple, les prestations de maîtrise d'oeuvre soumises à la loi « MOP » font obligatoirement, en vertu du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour l'application de cette loi, l'objet d'un contrat écrit.

La souplesse de cette procédure permet de favoriser la négociation en assurant la traçabilité de l'action engagée. Il est recommandé aux acheteurs publics de conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire.

Les acheteurs peuvent d'ores et déjà, dans un souci de rapidité et d'efficacité économique, favoriser le recours aux échanges d'informations par voie électronique, en permettant par exemple le dépôt des candidatures ou des offres par voie dématérialisée.

Par ailleurs, l'acheteur peut aussi fournir tous les documents relatifs aux procédures qu'il lance par voie électronique si le candidat en fait la demande.

9.3.2. Au-dessus des seuils de procédure.

Les marchés dont le montant atteint les seuils fixés à l'article 28 du code sont des marchés formalisés. L'acheteur public doit s'en tenir à l'application scrupuleuse des règles fixées par le code.

9.3.2.1. Les marchés de fournitures et de services.

Lorsque les seuils des marchés de fournitures et de services atteignent 150 000 EUR HT pour l'Etat et 230 000 EUR HT pour les collectivités territoriales, ces marchés sont en principe passés sur appel d'offres.

Cependant, si les conditions sont réunies, il est possible de recourir au marché négocié (art. 35), à la procédure allégée (art. 30) ou à la procédure de dialogue compétitif (art. 36). Le code prévoit en outre la possibilité de recourir à des procédures spécifiques telles que la procédure de conception-réalisation (art. 37), la procédure du concours (art. 38), la procédure des

marchés de définition (art. 73 et 74) ou encore les procédures particulières prévues aux articles 31, 68 et 74.

9.3.2.2. Les marchés de travaux.

Les marchés de travaux sont passés selon une procédure formalisée lorsqu'ils atteignent le seuil de 230 000 EUR HT, que ce soit pour l'Etat ou les collectivités territoriales.

Pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 EUR HT et 5 900 000 EUR HT, le libre choix est laissé à l'acheteur public entre les trois grandes catégories de procédures formalisées. Il pourra ainsi librement opter :

- soit pour un appel d'offres, avec des délais réduits de réception des candidatures et des offres (art. 57, 60 et 62) ;
- soit pour une procédure négociée, étant précisé que la commission d'appel d'offres intervient dans la procédure pour attribuer le marché lorsqu'il s'agit des collectivités territoriales et pour donner son avis avant l'attribution par la personne responsable du marché pour les marchés de l'Etat ;
- soit pour la procédure de dialogue compétitif (point 11.1.3).

En revanche, une fois la procédure choisie, l'acheteur devra mettre en oeuvre les règles fixées par le code pour les modalités de son déroulement.

Pour les marchés de travaux dont le montant est supérieur à 5 900 000 EUR HT, les marchés sont passés obligatoirement selon la procédure de l'appel d'offres, sauf à remplir les conditions de recours à la procédure négociée, du dialogue compétitif ou de la conception-réalisation.

9.4. Quelques exceptions très limitées : les cas où le code n'impose pas de mise en concurrence (art. 30 et 35 III).

Le code n'impose pas de mise en concurrence formalisée pour les marchés de services qui relèvent de la procédure allégée de l'article 30. Pour déterminer si cette procédure est applicable, il convient de se référer au point 8.4 et à l'annexe I du présent manuel.

Egalement, certains marchés peuvent, en raison de la passation après mise en concurrence du marché initial, être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence, conformément aux dispositions de l'article 35 III (cf. point 11.1.2).

10. Comment vérifier la capacité des candidats ?

10.1. Que doit contenir un dossier de candidature ?

Afin d'alléger la composition des dossiers de candidature, certaines attestations n'ont plus à être produites par tous les candidats lors du démarrage de la procédure, mais uniquement par le seul candidat dont l'offre est retenue, préalablement à la signature du marché. Il s'agit en particulier des attestations ou certificats prouvant que le candidat est en règle au regard de ses

obligations fiscales et sociales.

Par contre, le marché ne pourra être attribué que si le candidat retenu fournit les attestations et certificats exigés.

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

Au stade de la sélection des candidatures, les acheteurs peuvent demander aux candidats de régulariser le contenu de la première enveloppe en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée dans le dossier de candidature (extrait de K bis, pouvoir...) et ainsi rester dans la compétition dès lors que les pièces répondant aux critères d'examen des candidatures sont bien présentes. Le code n'impose pas à la personne responsable du marché de demander aux soumissionnaires les pièces manquantes, mais si elle procède à cette demande, c'est au bénéfice de tous les candidats.

11. Quand peut-on négocier ?

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

11.1. Dans quelles hypothèses peut-on négocier ?

11.1.1. En dessous des seuils des marchés formalisés.

Lorsque leur montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 28, les marchés peuvent être passés selon une procédure de mise en concurrence adaptée par la personne publique en fonction de la nature et de l'étendue des besoins. Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune condition ni de circonstance ni de montant du marché.

11.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés.

11.1.2.1. Les catégories de marchés négociés.

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

Il existe trois catégories de marchés négociés et des cas limités prévus à l'article 74 :

- les marchés négociés passés après publicité préalable et mise en concurrence (art. 35, I) ;
- les marchés négociés passés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence (art. 35, II) ;
- les marchés négociés passés sans publicité préalable et sans mise en concurrence (art. 35, III).

Lorsqu'un marché de maîtrise d'oeuvre remplit les conditions de recours à la procédure négociée, l'article 74 aménage une procédure négociée spécifique adaptée à la maîtrise d'oeuvre.

11.1.2.2. Quel est le rôle de la commission d'appel d'offres dans la procédure négociée ?

La commission d'appel d'offres n'intervient pas au stade du lancement de la procédure négociée.

En revanche, elle intervient obligatoirement en fin de procédure, sauf dispositions spécifiques de l'article 74 :

- pour les collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché au vu d'une proposition de classement des offres réalisé par la personne responsable du marché ;

- pour l'Etat et pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le marché est attribué par la personne responsable du marché, après avis de la commission d'appel d'offres.

11.1.3. La procédure de dialogue compétitif.

Il peut arriver que les personnes publiques se trouvent dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées ou la réalisation d'importants projets ou réseaux informatiques.

Le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion des marchés complexes. Il n'est pas un élément d'accélération des procédures mais d'amélioration de la définition des besoins. Pour de tels projets, l'emploi de la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint empêche l'acheteur de connaître toutes les offres potentielles susceptibles d'être proposées par les fournisseurs, puisque ceux-ci vont alors faire des offres en fonction seulement du cahier des charges défini unilatéralement par l'acheteur.

Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, le dialogue compétitif constitue une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des personnes publiques de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Elle offre aux acheteurs publics des possibilités bien plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites.

Cette procédure débute par un avis d'appel public à la concurrence. Dès la sélection des candidatures, le dialogue s'ouvre à partir d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini proposé par l'acheteur. Ce dialogue peut se dérouler en autant de phases successives nécessaires à l'acheteur pour définir son besoin.

A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.

Tout au long de la phase de dialogue, la personne responsable du marché ne peut élaborer le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats, sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier les propositions successives issues du dialogue.

Le cahier des charges est arrêté après la phase de dialogue. Les offres sont alors déposées et l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie selon les modalités classiques de la procédure d'appel d'offres.

Le dialogue compétitif pourra également être utilisé par les acheteurs publics pour des marchés de travaux dont le montant estimé est compris entre 230 000 EUR HT et 5 900 000 EUR HT. Dans cette hypothèse, l'acheteur public pourra utiliser librement cette procédure sans avoir à justifier qu'il n'est pas à même de maîtriser l'environnement financier ou juridique de son marché.

11.1.4. La possibilité donnée aux opérateurs de réseaux d'utiliser la procédure négociée.

L'article 84 autorise les personnes publiques soumises au code des marchés publics, lorsqu'elles agissent en tant qu'opérateurs de réseaux, à passer leurs marchés de travaux, de fournitures et de services directement liés à leur activité, quel que soit leur montant, en utilisant la procédure négociée avec publicité préalable.

S'agissant des marchés passés par les opérateurs de réseaux dans les domaines de l'eau, de l'énergie et des transports, le code prévoit que le seuil applicable à ces marchés est de 400 000 EUR HT (art. 28, III), que ce soit pour les marchés de fournitures, de services ou de travaux. Cette disposition permet de fixer un seuil unique applicable à l'ensemble des marchés des opérateurs de réseaux.

11.2. Quels sont les avantages de la négociation ?

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

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

Par conséquent, même si la personne publique ne peut modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, elle dispose avec le marché négocié d'une marge de manoeuvre importante.

Il est ainsi possible de négocier sur :

- le prix : comment payer moins cher une prestation en agissant par exemple sur le coût d'acquisition mais aussi sur le coût de stockage ou de transformation, comment agir sur le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de

l'assurance, du transport, etc. ;

- la quantité : vérification de la quantité nécessaire, fréquence des commandes, structure des remises accordées, etc. ;

- la qualité : vérification de la bonne estimation de la qualité, suffisante ou au contraire surestimée, au regard des besoins, incidence sur le prix si le niveau de qualité demandé est modifié en plus ou en moins ;

- le délai : incidence sur le prix des exigences en terme de délai, part du transport et des formalités diverses, etc. ;

- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...).

11.3. Quelles sont les contraintes de la négociation ?

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

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

12. Comment choisir l'offre

économiquement la plus avantageuse ?

Le code affirme comme principe, dès l'article 1er, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse comme garantie de l'efficacité de la commande publique.

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

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

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

La règle du choix du « mieux-disant » plutôt que du « moins-disant » est affirmée. Cette règle se traduit par l'indication du « critère prix » parmi les autres critères de choix possibles indiqués à l'article 53.

L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer exagérément l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. La personne responsable du marché 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.

Les acheteurs devront 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, 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.

12.1. Quels sont les critères sur lesquels va se baser l'acheteur public pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ?

Le code impose d'écarter les offres non conformes à l'objet du marché. Les offres doivent répondre aux besoins définis par la personne publique, dont le cahier des charges est la traduction formalisée. En effet, l'offre doit être l'exacte réponse aux besoins tels qu'ils sont exprimés dans le cahier des charges ou le règlement de la consultation. La notion de non-conformité d'une offre suppose un examen au cas par cas.

L'acheteur, pour choisir la meilleure offre, ne peut se fonder seulement sur la renommée de telle ou telle 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 dans un deuxième temps de choisir les offres.

La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est une obligation pour l'acheteur public fondée :

- soit sur une comparaison des offres au vu de critères de choix définis en fonction de l'objet du marché librement pondérés, ou à défaut hiérarchisés par l'acheteur. Ces critères doivent permettre de comparer les offres qui répondent au mieux aux exigences de l'acheteur ;
- soit sur une comparaison des prix demandés aux différents candidats pour retenir l'offre dont le montant est le moins élevé. Le code n'impose nullement que le prix tienne une place prépondérante par rapport aux autres critères ; toutefois, l'acheteur peut se fonder sur ce seul critère si l'objet de son marché le justifie, pour des achats de fournitures courantes par exemple.

L'attention de l'acheteur public est appelée sur l'obligation et l'intérêt de la pondération des critères ou, à défaut, de leur hiérarchisation, telle que publiée en amont dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation.

Il est rappelé que des critères autres que ceux énumérés à l'article 53 peuvent être pris en compte par la personne responsable du marché, s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires, c'est-à-dire qu'ils doivent être liés à l'objet du contrat pour éviter des contraintes inutiles.

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

Les acheteurs devront veiller à ce qu'un achat réalisé par souci d'économie ne se révèle pas à l'usage plus coûteux.

Une fois les critères portés à la connaissance des candidats potentiels à l'attribution du marché, il n'est plus possible d'en modifier la liste soit par addition, soit par soustraction, ou en changeant la pondération ou le classement. De la même façon, les précisions ou les explications qui, dans le cadre d'un appel d'offres, peuvent être demandées sur le contenu de l'offre ne peuvent modifier les critères ou en modifier l'ordre ou la pondération.

L'acheteur pourra également exiger dans le règlement de la consultation la fourniture d'échantillons, leur nombre devra être proportionné à l'objectif de procéder au meilleur choix et être compatible avec le niveau de spécification technique exigé du produit. Des modalités d'indemnisation pourront être prévues.

12.2. Peut-on utiliser le critère environnemental ?

Le code autorise la prise en compte des exigences environnementales dans l'achat public dans le respect des principes généraux de la commande publique. Cette prise en compte couvre l'ensemble du champ de l'achat public sans restriction de montant ou d'objet.

Les exigences environnementales sont prises en compte notamment par les dispositions des articles 14, 45 et 53.

Cet objectif est favorisé par l'insertion à l'article 45 relatif à la présentation des candidatures des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement et l'ajout des performances en matière de protection de l'environnement aux critères de choix des offres fixés à l'article 53.

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.

L'article 53 permet aux acheteurs publics de faire peser le critère environnemental par rapport à l'ensemble des autres critères de choix. Ce critère devra néanmoins être lié à l'objet du marché, expressément mentionné dans l'avis de marché ou le cahier des charges, 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.

En outre, pour l'exécution d'un marché public, les acheteurs peuvent, conformément aux dispositions de l'article 14, prévoir dans le cahier des charges du marché des conditions d'exécution environnementales. Ces conditions ne doivent pas, elles non plus, avoir d'effet

discriminatoire.

Ces outils permettent aux acheteurs publics de fixer eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale qu'ils souhaitent voir réaliser au travers de leurs marchés.

13. Comment informer les candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre ?

Lorsque le choix portant sur les candidatures ou sur les offres a été effectué, l'acheteur doit informer les candidats, conformément aux dispositions de l'article 76 :

- du rejet de leur candidature ou de leur offre. Pour cela, il devra toutefois attendre que le candidat retenu ait fourni les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 pour s'assurer de l'attribution définitive du marché. En effet, dans le cas où les décisions de rejet seraient notifiées avant cette vérification, les soumissionnaires seraient délivrés de leurs engagements et la personne responsable du marché ne pourrait faire appel, en cas de carence du candidat classé en tête, au suivant de la liste ;
- ou de sa décision de renoncer au marché.

L'obligation d'information des candidats résulte de principes législatifs et jurisprudentiels qui ouvrent le droit à un candidat évincé de pouvoir déposer, le cas échéant, un recours contre la décision d'attribution du marché. Le code prévoit une obligation automatique d'information des candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre, étant précisé, et cette mention est importante, qu'un délai de dix jours doit s'être écoulé entre le moment où les candidats ont été dûment informés et la date de signature du marché (art. 76).

Le code prévoit aussi le cas où un candidat écarté demande par écrit à la personne responsable du marché les motifs du rejet de sa candidature et la justification du choix opéré (art. 77). La personne publique est tenue de répondre dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande écrite.

Toutefois, il est recommandé, comme un élément de transparence qui peut éviter de nombreux contentieux, aux acheteurs d'organiser des rencontres afin d'expliquer oralement aux candidats les raisons qui ont conduit à leur éviction.

QUATRIÈME PARTIE

L'exécution des marchés

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

14.1. La sous-traitance.

Le recours par l'entrepreneur à d'autres entreprises pour exécuter des prestations qu'il n'a pas les moyens techniques et financiers d'assurer lui-même favorise la diffusion de la commande publique au sein des entreprises spécialisées et des PME.

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 détaillés aux articles 112 à 117 du code.

Il importe de rappeler que :

- la sous-traitance ne peut être utilisée que dans les marchés de travaux et de services ;
- elle peut intervenir au moment de l'offre ou de la proposition ou après la conclusion du marché ;
- elle ne peut être totale ;
- 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 ;
- 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 ;
- le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct dès lors que les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites.

Il est également rappelé que, comme le titulaire du marché, le sous-traitant bénéficiant du paiement direct peut céder ou nantir sa créance résultant de sa participation à l'exécution du marché. Le titulaire du marché doit, pour cela, veiller à lui remettre la copie de l'original du marché et, le cas échéant, de l'acte spécial signé des deux parties constatant l'acceptation et l'agrément de la personne publique.

14.2. Le versement des avances.

Le régime d'octroi des avances vise à faciliter l'exécution des marchés et assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas.

Tel est le cas notamment des petites et moyennes entreprises et de la majorité des associations qui oeuvrent dans des secteurs économiques susceptibles de se voir appliquer les règles du code des marchés publics.

Le versement de l'avance (forfaitaire ou facultative) ne peut être consenti que si un document

contractuel en prévoit les modalités d'octroi et de remboursement.

S'agissant des dispositions régissant l'avance forfaitaire prévue à l'article 87, le montant à partir duquel cette avance est accordée au titulaire d'un marché est de 50 000 EUR HT.

S'agissant des règles régissant l'avance facultative prévue à l'article 88, le montant de l'avance facultative est fixé à 30 % du marché, du bon de commande ou de la tranche. Il peut être porté à 60 % dans la mesure où le candidat présente des garanties suffisantes. Par ailleurs, quand une avance facultative est accordée au titulaire d'un marché, elle se substitue à l'avance forfaitaire.

14.3. Le versement des acomptes.

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations réalisées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait.

La périodicité de versement des acomptes est de 3 mois maximum ; dans certains cas prévus à l'article 89, elle peut être ramenée à 1 mois. Quelles que soient les dispositions du marché, cette demande ne peut être refusée.

14.4. Quelles sont les modalités de mise en oeuvre du délai global de paiement ?

Les modalités de mise en oeuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics et de calcul des intérêts moratoires, prévues par le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 (JO du 22 février 2002), sont explicitées par la circulaire générale d'application du 13 mars 2002 (JO du 6 avril 2002).

14.5. Avenants et marchés complémentaires.

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. 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. Il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

Cette modification peut porter sur les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché. Elle peut également se borner à enregistrer le changement de statut d'une des parties, par exemple lorsqu'un district urbain devient une communauté urbaine ou lorsqu'une SARL se transforme en SA. Mais en aucun cas un avenant ne peut avoir pour objet de constater la cession du contrat et, donc, un changement du titulaire de celui-ci.

Il convient de rappeler que tout projet d'avenant à un marché de fournitures, de travaux ou de services entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres et que l'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis (art. 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995).

L'avenant doit être distingué des marchés complémentaires négociés sans publicité préalable et mise en concurrence (art. 35 [III] du code) qui sont des nouveaux marchés dont le montant cumulé ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial.

14.6. Dans quel cas utiliser une décision de poursuivre ?

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

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

Le recours à la décision de poursuivre, qui n'est prévu que pour les marchés de travaux, n'est possible que si elle est prévue dans le marché et qu'elle est autorisée par une décision de l'assemblée délibérante pour les collectivités territoriales.

15. Pourquoi des obligations de publicité

a posteriori ?

15.1. L'avis d'attribution.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie fixe les modèles d'avis d'attribution que la personne publique doit faire publier dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, dans les mêmes conditions et en utilisant les mêmes moyens publicitaires que ceux utilisés lors de l'avis d'appel public à la concurrence.

La publication de l'avis d'attribution permet dans ces conditions, à toute personne qui y a intérêt, d'exercer un recours individuel à l'encontre de la décision d'attribution du marché.

15.2. Les dispositions de l'article 138.

Le code des marchés publics prévoit que les acheteurs sont tenus de publier chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires. Cette disposition est un gage de transparence quant à l'emploi des deniers publics. Les modalités d'application de cet article sont définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Fait à Paris, le 7 janvier 2004.

Le ministre de l'économie,

des finances et de l'industrie,

Francis Mer
Le ministre délégué au budget
et à la réforme budgétaire,
Alain Lambert

A N N E X E I

(cf. points 8.2, 8.4 et 9.4 du manuel)

TABLE DE CORRESPONDANCE ENTRE LES CATÉGORIES DE SERVICES VISÉES À L'ARTICLE 29 DU CODE

ET LES NOMENCLATURES « CPC PROVISOIRE » ET « CPV » (*)

Vous pouvez consulter le tableau dans le JO

n° 6 du 08/01/2004 page 37031 à 37043

(*) Ces deux nomenclatures sont disponibles sur le site internet : www.simap.eu.int. La nomenclature CPC provisoire n'est applicable qu'en cas de divergence d'interprétation avec le CPV.

A N N E X E II

LES TEXTES À CONNAÎTRE

Les textes législatifs

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée.

Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique.

Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF).

Les décrets

Décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation.

Décret n° 2001-738 du 23 août 2001 pris en application de l'article 17 du code des marchés publics et relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations économiques.

Décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation (en application de l'article 31 du code des marchés publics).

Décret n° 2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics et décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques.

Décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en oeuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics (en application de l'article 96 du code des marchés publics).

Décret n° 2003-301 du 2 avril 2003 modifiant le code général des collectivités territoriales (fixant la liste des pièces justificatives exigées par les comptables avant de procéder au paiement d'une dépense).

Décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics (en application de l'article 131 du code des marchés publics).

L'ensemble des textes utiles est consultable sur le site : <http://www.minefi.gouv.fr>.

A N N E X E I I I

COORDONNÉES DES SERVICES DE CONSEIL ET SITES D'INFORMATION SUR LES MARCHÉS PUBLICS

Plusieurs services de renseignements sont mis à disposition des acheteurs pour toute question relative aux marchés publics :

La cellule d'information juridique aux acheteurs publics, installée à Lyon, qui dépend de la direction générale de la comptabilité publique, est à la disposition de l'ensemble des acheteurs locaux, qui peuvent la contacter soit :

- par téléphone : 04-72-56-10-10, du lundi au vendredi, de 8 h 30 à 12 h 30 ;
- par télécopie : 04-72-40-83-04 (ne pas oublier d'indiquer les coordonnées de la personne à rappeler) ;
- par messagerie, en remplissant le formulaire mis à votre disposition sur le site internet : [www.colloc.minefi.gouv.fr/rubrique Marchés publics/Cellule d'information juridique aux acheteurs publics](http://www.colloc.minefi.gouv.fr/rubrique%20Marchés%20publics/Cellule%20d'information%20juridique%20aux%20acheteurs%20publics).

Le bureau du conseil aux acheteurs publics de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie pour les administrations centrales de l'Etat et ses établissements publics :

- par téléphone : 01-44-97-03-20 ;
- par télécopie : 01-44-97-06-50 ;
- par messagerie à l'adresse :

daj-marches-publics@daj.finances.gouv.fr.

Les sites d'information sur les marchés publics :

Les textes ainsi que les principaux formulaires d'aide à la passation des marchés sont disponibles sur les sites du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie : <http://www.minefi.gouv.fr> et <http://www.colloc.minefi.gouv.fr>.

L'ensemble des modèles de formulaires est également disponible sur le site :

<http://djo.journal-officiel.gouv.fr/marchespublics>.

Les informations concernant les données communautaires peuvent être consultées sur le site « Système d'information pour les marchés publics » : <http://www.simap.eu.int>.

A toutes fins utiles, les acheteurs pourront également consulter le site : <http://www.legifrance.gouv.fr>.