

Les marchés publics

Ann-Charlotte Bérard-Walsh

*Département Conseil Juridique
Association des Maires de France*

Plan de la présentation



- 1- Identification d'un marché public
- 2- La préparation des marchés publics
- 3- Le choix des mesures de publicité et de mise en concurrence
- 4- L'analyse des candidatures et des offres
- 5- L'achèvement de la procédure
- 6- L'exécution des marchés publics
- 7- Les contentieux

I. Identification des marchés publics

Sources

- Droit international : accords OMC
- Droit européen : directives sur la passation des marchés publics
- Droit interne :
 - code des marchés publics
 - Loi « MOP » du 12 juillet 1985
 - jurisprudence administrative

Focus sur la réforme des MP



- Adoption le 26 février 2014 de nouvelles directives secteurs classiques et spéciaux, sur la passation des marchés publics

⇒ Échéance : 1^{er} avril 2016

- Transposition en cours en France :
 - Ordonnance qui devrait être publiée cet été
 - Décrets (consultation cet été)

⇒ Des changements à prévoir mais peu de visibilité

Poids économique de l'achat public



- Recensement de l'OEAP en 2013 : plus de 120 000 contrats > 90.000 €HT, pour un montant total de 78,7 Mds euros HT (Etat et CT). Pas de chiffres récents disponibles sur les MP locaux, mais le poids des contrats des CT est majoritaire.
- Une baisse par rapport à 2012, du nombre de contrat et des montants
- **Les marchés publics sont un important levier de croissance.**
Ex : plusieurs modifications ont récemment eu pour objet de faciliter l'accès des TPE et PME, par la simplification notamment des dossiers de candidature.

Finalité du droit des marchés publics

- La réglementation des MP est tout d'abord d'origine française et ancienne: initialement, un droit de la mise en concurrence, destiné à assurer la bonne utilisation des deniers publics et la transparence, la neutralité des personnes publiques dans l'acte d'achat; les historiens de droit datent l'obligation d'adjudication à l'époque de l'Ancien-régime.
- Puis évolution sous l'influence du droit européen dans l'objectif de réaliser le marché intérieur avec le principe de non discrimination.
- Changement de perspective ces dernières années : les marchés publics sont aussi utilisés comme un instrument au soutien de l'application d'autres politiques publiques : l'insertion sociale, la protection de l'environnement, l'innovation. Une nouvelle orientation qui doit se concilier avec leur objectif concurrentiel (cf. nouvelles Directives).

Définition des marchés publics

- Article 1^{er} du code des marchés publics :

Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les personnes concernées



Un contrat (\neq acte unilatéral; il faut un accord de volonté) conclu entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique public ou privé :

- Pouvoir adjudicateur : une notion issue du droit communautaire; vise les collectivités territoriales et les établissements publics locaux (art. 2 CMP).
- Opérateur économique public ou privé : doit être largement entendu
= entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services qui exerce une activité économique et agit sur marché concurrentiel (ne pas oublier que le droit des MP est avant tout une réglementation économique);
= un opérateur privé : entreprises, artisans, auto-entrepreneurs
Attention : une association peut aussi se situer dans le champ marchand et concurrentiel, et être regardée comme un opérateur économique;
= un opérateur public : en l'état actuel du droit, une personne publique peut être candidate à un marché public (établissement public, voire une autre CT).

L'objet du contrat : répondre à des besoins en matière de fournitures, services et travaux



- ⇒ Notion essentielle de BESOINS car l'achat public est une commande qui suppose une définition préalable et précise des besoins de la collectivité. Ce besoin peut être lié à son fonctionnement propre (achat de fourniture de bureaux, de véhicules pour les agents, l'assurance de ses bâtiments) ou son activité d'intérêt général (ex: restauration scolaire, travaux de voirie...).
- Fournitures : fournitures de bureaux, location photocopieur, véhicule, fourniture d'énergie (gaz et électricité), repas, logiciel informatique, ...
 - Services : assurance, services juridiques, maîtrise d'œuvre (architecte)...
 - Travaux : infrastructure (routes, réseaux..) ou bâtiment (construction neuve, réhabilitation, réparation, entretien...).
- ⇒ Parfois, un marché peut porter simultanément sur des fournitures/ services/travaux : il faut alors regarder l'objet principal du contrat.
- ⇒ Une classification importante car elle déterminera les seuils des procédures de passation applicables.

Focus sur la loi MOP



Lorsqu'une collectivité lance un marché public de travaux, elle endosse la qualité de « maître d'ouvrage », et une série de responsabilités fixée par la loi « MOP » du 12 juillet 1985. Le maître d'ouvrage a l'obligation d'assurer la direction de l'opération : études d'opportunité, faisabilité, programmation, localisation, financement.

Champ d'application : réalisation d'un ouvrage de bâtiment (neuf ou réhabilitation) ou d'infrastructures (ex : voirie).

Cette loi encadre les rapports entre le MOP et la maîtrise d'oeuvre privée en listant les catégories de missions qui doivent lui être confiées (notion de « mission de base » pour les ouvrages de bâtiments neufs).

Attention, il faut distinguer plusieurs contrats :

- Le marché de maîtrise d'œuvre : un marché de services
- Le marché de travaux

Mais exception pour les marchés globaux (dérogatoires)

La contrepartie du contrat

Un marché public est un contrat conclu à titre onéreux : pour qu'un contrat soit qualifié de marché public, il doit donner lieu au versement d'un prix par l'acheteur :

- Le plus souvent, le prix se traduit par le versement d'une somme d'argent
=> Attention : une subvention à une association peut être requalifiée en prix s'il s'avère qu'elle est versée en contrepartie d'une prestation qui répond à un besoin de la commune, comme l'organisation d'une fête municipale par exemple.
- Mais la jurisprudence prend aussi en compte les prix indirects, comme les abandons de recettes.
- La jsp a aussi validé des paiements en nature, par l'autorisation d'utiliser et revendre du sable ou des graviers récupérés lors des travaux commandés.

Conséquences de la qualification d'un contrat en marché public



- Application de la réglementation définie par le code des marchés publics
- **Application des principes fondamentaux de la commande publique, dès le 1^{er} euro :**
 - Principe de liberté d'accès à la commande publique
 - Principe d'égalité de traitement des candidats
 - Principe de transparence des procédures
- Objectif : efficacité de la commande publique et bonne utilisation des deniers publics
- Responsabilisation et professionnalisation des acheteurs

Les obligations pratiques découlant de ces principes

- Liberté d'accès à la commande publique
 - Une publicité suffisante et proportionnelle au montant et à l'objet du marché
 - Délais suffisants pour préparer et remettre leur dossier de candidature et leur offre
 - Renseignements exigés par l'acheteur nécessaires à l'objet du marché, et à la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer « *leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières* » (article 45-I CMP)
- Égalité de traitement des candidats
 - Pas de procédé discriminatoire
 - Même degré d'information à tous les candidats
 - Mêmes règles de procédure et mêmes critères de sélection pour tous
 - Ne pas privilégier les entreprises locales, ni une entreprise avec laquelle l'acheteur a déjà travaillé, quand bien même elle aurait donné entière satisfaction.
- Transparence des procédures
 - Information des entreprises candidates du déroulement de la procédure de passation du marché et des critères d'attribution
 - Objet du marché et critères d'attribution clairement définis et connus

II. La préparation du marché public



La définition préalable des besoins

la détermination de la **nature** et de **l'étendue** des besoins à satisfaire intervient avant tout appel public à la concurrence (art. 5 CMP)

⇒ La définition du besoin est **une obligation juridique**. Et, c'est à ce stade qu'il prend en compte des objectifs de développement durable, liés à la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

⇒ La définition du besoin est une condition d'un achat public efficace, qui permet aux candidats de proposer une offre adaptée et d'anticiper la bonne exécution du marché.

⇒ Si nécessaire, s'entourer des compétences techniques, financières, juridiques (AMO) pour aider à la formalisation du besoin.

⇒ Pratique du « sourcing » encouragée

⇒ Un changement dans la définition du besoin en cours de procédure de passation exige que la consultation soit reprise

La définition du besoin

Les prestations commandées en vue de satisfaire le besoin doivent être précisément formulées dans les documents de la consultation. Pour cela, il peut les définir par des spécifications techniques, c'est-à-dire les caractéristiques requises d'un produit, d'un matériau ou d'un service, **et ce de façon non discriminatoire** :

- Par principe, une spécification ne peut être définie par référence par une marque déterminée, sauf si l'objet du marché ne peut être décrit autrement, Dans ce cas, l'avis de marché doit porter la mention « ou équivalent ».

▲ Une spécification ne peut faire mention d'une provenance ou origine déterminée.

⇒ Les exigences techniques ne doivent pas porter atteinte à l'égalité entre les candidats et constituer un obstacle injustifié à la commande publique.

Incertitude sur les besoins

En cas d'incertitude sur le besoin à satisfaire, plusieurs outils existent.

- Si incertitude sur la régularité ou l'étendue du besoin :
 - Le marché à bon de commandes (art. 77 CMP): Utile lorsque les besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement déterminés à l'avance. Il s'agit d'un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'exécution de bons de commande (achat répétitif). Il a une durée maximale de 4 ans.
 - ou les accords-cadres : l'acheteur conclut avec un ou plusieurs opérateurs économiques un « accord-cadre » qui dissocie une phase de sélection d'opérateurs et une phase de passation de commandes. L'accord définit les termes régissant les marchés à passer au cours d'une année donnée, notamment en ce qui concerne le prix. Les candidats ainsi pré-recrutés sont alors remis en concurrence au moment où l'acheteur souhaite passer commande (on parle alors de marché subséquent).

Incertitude sur les besoins

- Si incertitude sur les solutions techniques disponibles : l'utilisation des **variantes**. Ce sont des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation.

= un facteur d'innovation

= Dans les procédures formalisées, elles doivent être expressément autorisées par l'acheteur dans les documents de la consultation. En MAPA, elles sont en principe autorisées, sauf si elles sont expressément interdites.

= Depuis 2011, il est permis à l'acheteur d'autoriser des variantes, sans que le candidat propose une offre de base.

= L'acheteur doit préciser les exigences minimales que les variantes devront respecter et les modalités de leur présentation, en définissant les éléments intangibles du cahier des charges.

Modalités d'achat : acheter seul ou groupé

- Acheter seul : schéma classique - la détermination des besoins se fait au niveau de la collectivité qui lance son marché et conduit sa propre procédure;
- Centrale d'achat: l'acheteur peut recourir à une centrale d'achat au lieu de lancer lui-même une procédure de passation (art. 9 CMP). La centrale est soumise au respect du CMP.

Ex : l'UGAP, une centrale généraliste (un EPIC créé en 1985) proposant divers produits et services (consommables, matériel informatique, mobilier, véhicules, équipements comme mobilier urbain; services d'énergie, nettoyage, sécurité, etc.).

Il en existe d'autres, plus sectorielles (par ex en matière de transport).

Modalité d'achat : Le groupement de commandes

Plusieurs acheteurs ayant un **besoin commun** peuvent se réunir pour former un « groupement de commandes » (art. 8 CMP) et choisir le ou les mêmes prestataires. Une convention constitutive de groupement définit les modalités de la coopération et désigne parmi ses membres un coordinateur chargé de mener la procédure de passation du marché. IL faut une délibération du CM pour adhérer à un groupement de commandes.

⇒ Une formule souple, adapté aux fournitures, services ou petites prestations de travaux.

⇒ Avantage : des économies d'échelle

Ex : la Ville de Nantes et la Communauté urbaine de Nantes métropole se sont regroupées pour l'achat de diverses fournitures et prestations : prestations de service juridique, déménagement, démolition de bâtiment, gardiennage, prestations d'audit ou de conseil en recrutement;

Ex : Des syndicats intercommunaux de gaz et d'électricité se sont constitués en groupement de commandes pour l'achat d'énergie.

La rédaction du marché : la formalisation du besoin

- Principe : **obligation d'un contrat écrit** (art. 11 CMP) pour les marchés supérieurs à 15 000 € HT. Mais pas de formalisme particulier pour les MAPA.
- Marché inférieur à 15 000 € : pas d'obligation d'un écrit, mais vivement conseillé.
- Quel que soit le montant : les marchés de maîtrise d'œuvre (loi MOP) et les marchés d'assurance doivent donner lieu à la conclusion d'un contrat écrit.

Les principales clauses

- L'objet du marché, qui doit traduire avec précision le besoin à satisfaire.
 - La durée : le CMP ne fixe pas de durée maximale, sauf pour certains types de contrats comme les marchés à bons de commande (4 ans). Toutefois, une durée excessive serait incompatible avec la nécessaire remise en concurrence régulière des prestataires.
- ⇒ Attention à la tacite reconduction : elle n'est autorisée que si elle a été prévue au stade de la passation du marché (= le montant du marché reconduit doit avoir été pris en compte dans le calcul du montant estimatif du marché et du seuil de passation).

Les principales clauses

- Le prix :
 - Le prix est unitaire (dépend des quantités livrées ou exécutées) ou forfaitaire (un prix global déconnecté des quantités)
 - ⇒ En cas de prix unitaires, le candidat doit remettre dans son offre un bordereau de prix unitaire (BDU); en pratique un tableau à 2 colonnes présentant les prestations demandées et les prix proposés.
 - Le prix est par principe définitif, c'est-à-dire qu'il n'est pas susceptible de modification. Exceptionnellement, il peut être provisoire (art. 19). Cas limitativement énumérés : c'est le cas des marchés de maîtrise d'œuvre.
 - Le prix définitif est soit ferme (invariable pendant la durée du marché en l'absence d'aléas) et actualisable (si délai de 3 mois entre offre et début d'exécution), soit révisable (pour tenir compte des variations économiques-application d'une formule mathématique contractualisée).

La rédaction du marché : les documents constitutifs du marché

- **En procédure formalisée :**
 - L'acte d'engagement : la pièce signée par un candidat dans laquelle il présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges => pièce maîtresse du processus de contractualisation
 - Le cahier des charges : le document qui détermine les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Il sert à définir le besoin de l'acheteur.
 - Documents généraux : possibilité de faire référence à un CCAG (FCS, PI, TIC, Travaux).
 - Documents particuliers : CCAP, fixant les dispositions administratives propres à chaque marché/ CCTP

- **En MAPA : plus de souplesse**
 - Pas d'obligation juridique d'acte d'engagement, mais cela est toutefois vivement conseillé car il matérialise l'engagement contractuel des parties (identité des parties, durée, prix). Formellement, l'AE peut être intégré dans un document unique contenant le cahier des clauses, où figurent les mentions importantes.
 - Pas d'obligation de cahier des charges, mais très utile.

Le choix du mode de dévolution du marché : l'allotissement



- ⇒ Article 10 CMP : érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence des entreprises et leur permettre d'accéder à la commande publique.
- Une obligation juridique sanctionnée par le juge : tous les marchés doivent être passés en lots séparés lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.
- Une mesure favorable aux PME
- Le recours au marché global doit rester exceptionnel et être dûment justifié par des motifs techniques, économiques ou financiers.

III. La passation des marchés publics : la détermination des mesures de publicité et de mise en concurrence



La détermination du seuil de passation

- Méthode de calcul de la valeur estimée du marché
 - Évaluation sincère et raisonnable (pas de découpage artificiel)
 - Article 27 du CMP – définition des modalités de calcul de la valeur estimée du marché
 - Marchés de travaux : valeur globale des travaux se rapportant à une même opération + valeur des fournitures nécessaires
 - Marchés de fournitures et de services : valeur totale des fournitures ou des services « homogènes »

Les documents de la consultation

Article 41 CMP les définit comme « *l'ensemble des documents et informations préparées par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché* »

- Ces documents vont permettre aux candidats d'élaborer leurs offres :
 - Ils ne doivent pas être contradictoires ou ambigus,
 - Ils doivent expliciter les éléments essentiels du marché,
 - Ils doivent comporter des informations exactes.
- Ils comprennent :
 - L'avis d'appel public à concurrence (AAPC)
 - Le règlement de la consultation (RC) : un document central, en principe intangible pendant le délai de remise des offres (sauf rectification matérielle). Si modification substantielle : AAPC rectificatif.

NB : en MAPA, le RC est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'AAPC. Il peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

Les MAPA en fonction du montant du contrat

- MAPA = marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils des procédures formalisées.
- Trois sous-catégories :
 - Marché d'un montant estimé inférieur à 15 000 € HT
 - Marché d'un montant estimé entre 15 000 € HT et 90 000€ HT
 - Marché d'un montant estimé entre 90 000€ HT et les seuils des procédures formalisées (207 000€ pour F&S et 5 186 000€ pour les travaux)

NB : la transposition des Directives MP pourrait impacter le seuil de 90.000€ HT (un seuil français).

Les MAPA en fonction de l'objet du contrat

- Articles 29 et 30 CMP : distinction services prioritaires / services non prioritaires
- Services considérés comme prioritaires par le droit européen, c'est-à-dire comme ayant un intérêt transfrontalier. Ils doivent être passés selon une procédure formalisée au dessus du seuil de 207.000€HT (une liste limitative).

Ex : services d'entretien et de réparation, de communication électronique, comptables, de publicité, de nettoyage de bâtiments, d'enlèvement des ordures, etc.

- **Services non prioritaires : ils peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée.**

Ex : marchés de service juridique

=> Une distinction vouée à disparaître avec la nouvelle Direction MP.

Modalités de publicité et de mise en concurrence des MAPA

⇒ Quatre articles de référence dans le CMP :

- Article 1^{er} : la liberté accordée aux acheteurs en MAPA pour organiser la publicité et la mise en concurrence doit s'exercer dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique (égalité de traitement, liberté d'accès, transparence).
- Article 26-II : fixe les seuils des procédures formalisées
- Article 28 : encadre la procédure adaptée
- Article 40 : fixe les seuils intermédiaires de procédure adaptée

MAPA < 15 000 euros

⇒ Article 28.III du code des marchés publics : un marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son estimation sincère est inférieure à 15.000HT.

- La dispense de publicité et mise en concurrence est une faculté
- La dispense de procédure est assortie de 3 conditions :
 - l'offre choisie doit répondre de manière pertinente au besoin,
 - Bonne utilisation des deniers publics,
 - Ne pas contracter systématiquement avec le même prestataire.
- Il convient d'assurer la traçabilité de la procédure de passation.
 - Demande de devis auprès des opérateurs potentiellement intéressés
 - Appel à référencement de fournisseurs, publié sur son site internet ou sur son profil d'acheteur

NB : La demande de devis doit comporter a minima les informations suivantes : nom du pouvoir adjudicateur, objet du marché, critères d'attribution, documents à fournir, date limite de réception des offres.

MAPA entre 15 000 et 90 000 euros HT :
obligation d'une publicité adaptée



- ⇒ Article 28.I CMP : les modalités sont librement fixées en fonction :
- de la nature et les caractéristiques des besoins à satisfaire,
 - du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre,
 - ainsi que des circonstances de l'achat.

MAPA entre 15 000 et 90 000 euros HT : obligation d'une publicité adaptée

Différents types de supports peuvent être utilisés, définition au cas par cas : **plus le secteur est concurrentiel et le montant important, plus la publicité devra être diffusée largement.**

⇒ **Consultation directe** : pour les marchés d'un faible montant, une demande de devis envoyée à plusieurs entreprises peut être suffisante (courriel, fax, courrier) ;

Une réponse ministérielle a même admis qu'une consultation par SMS était possible. Toutefois : cela rend plus difficile la preuve de la consultation de plusieurs opérateurs. Le courriel avec AR est plus sécurisant.

Jurisprudence :

- la consultation directe de 3 organismes d'aide à la recherche de médecins ne permet pas d'assurer une publicité suffisante au regard du montant du marché de 46.000 euros et de sa nature (CAA Lyon 11 oct. 2012, n°11LY01969).
- Il ne faut pas se contenter d'indiquer les caractéristiques de l'objet du marché, mais aussi mentionner les critères d'attribution du marché et leurs modalités de mise en œuvre (principe de transparence).

MAPA entre 15 000 et 90 000 euros HT : obligation d'une publicité adaptée

⇒ **Une publication** : par voie de presse au BOAMP (sécurisant), un journal d'annonces légales (l'Est Républicain), un journal régional, une revue spécialisée dans le domaine du marché (Le Moniteur...)

Lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse apparaît un coût disproportionné au montant et aux circonstances de l'achat, d'autres moyens de publication existent : le site internet de la collectivité ou son profil acheteur (pas suffisant en soi), le bulletin municipal, l'affichage en mairie.

Attention : ces moyens ne sont suffisants que s'ils sont proportionnés aux enjeux et montant du marché

Jsp : la publication d'un AAPC dans un journal local et sur le site internet de la collectivité est insuffisante compte tenu de l'objet très spécifique du marché (prestations d'architecte programmiste spécialisé dans les grands projets muséographiques) : peu de chance que les professionnels concernés consultent ces deux médias.

MAPA > 90 000 euros HT

⇒ Article 40 du CMP fixe les modalités de publicité de ces MAPA

- Publication d'un AAPC soit au BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL).
- Publication obligatoire d'un dossier de consultation sur le profil acheteur de la collectivité.

+ au besoin, pour garantir un degré de publicité adéquat, compléter par une publication dans un organe de presse spécialisé.

Dématérialisation de la procédure de passation des MAPA

⇒ Article 56 du CMP : procédures de passation par voie électronique

- MAPA < 90 000 euros HT : dématérialisation facultative

Mais, le pouvoir adjudicateur peut, en tout état de cause, imposer « *la transmission des candidatures et des offres par voie électronique* ».

- MAPA > 90 000 euros HT :
 - Publication de l'AAPC sur le profil acheteur
 - L'acheteur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique.

Attention : la dématérialisation est obligatoire pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques.

Focus : le profil acheteur

Définition : le profil d'acheteur est le site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats. Le recours à un profil d'acheteur est obligatoire pour les marchés publics d'un montant supérieur à 90.000 euros HT.

Il est à noter que la DAJ a mis en ligne une fiche pratique en février 2010.

Le profil d'acheteur doit permettre d'assurer au minimum les fonctions suivantes :

- mise en ligne des avis de publicité ;
- mise en ligne des DCE ;
- réception des candidatures et des offres électroniques de manière sécurisée et confidentielle ;
- gestion des échanges d'information entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques pendant la procédure de passation de marché.

Contenu des mesures de publicité en MAPA

Les informations suivantes doivent être portées à la connaissance des candidats potentiels :

- L'identité et les coordonnées de l'acheteur,
- L'objet des prestations envisagées,
- Les critères d'attribution du marché, et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères (au minimum hiérarchisation ou pondération)
- Les modalités de mise en concurrence :
 - Délai de remise des candidatures et des offres
 - Le recours à la négociation et ses modalités.

Délai de remise des offres en MAPA

- En procédure adaptée, pas de délai imposé. L'acheteur fixe librement ce délai, qui doit toutefois être « raisonnable ».
- Le caractère suffisant du délai est apprécié en fonction notamment:
 - Du montant du marché ;
 - De l'urgence à conclure ;
 - De la nature des prestations ;
 - De la facilité d'accès aux documents de la consultation ;
 - De la nécessité éventuelle d'une visite des lieux ;
 - De l'importance des pièces exigées des candidats.

NB : le point de départ du délai de remise des offres est la date de publication de l'avis.

Ex : un délai de remise des offres de 16 jours est insuffisant pour un marché s'élevant à 60 000 euros HT et pour lequel une visite des lieux s'imposait.

Une offre remise hors délai doit être éliminée.

Critères de sélection des offres

Obligation d'information des candidats sur les critères de sélection des offres ainsi que leurs conditions de mise en œuvre, selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné (hiérarchisation/pondération)

⇒ Article 53 CMP dresse une liste indicative des critères susceptibles d'être retenus pour **choisir l'offre économiquement la plus avantageuse**. Ils doivent être non discriminatoires et liés à l'objet du marché, par ex :

- Le prix
- La valeur technique
- La qualité
- Les délais de livraison ou d'exécution
- Le caractère innovant
- Les performances en matière environnementale (ex : pour l'achat de bus, légalité d'un critère portant sur les émissions polluantes).

⇒ Attention : les critères doivent être décrits avec une précision suffisante

Critères de sélection des offres

En MAPA, pour apprécier les offres des candidats, l'acheteur peut demander tout document complémentaire en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution à la condition que l'AAPC et le RC le prévoient.

Ex : notes de synthèse et explicatives pour expliciter la proposition de rémunération, présentation de l'équipe affectée au projet.

Focus : l'interdiction de la préférence locale



La préférence locale, comme la préférence nationale restent contraires aux principes de libre concurrence et de non-discrimination qui régissent la commande publique.

Critère géographique

- Pas possible de retenir de clause et de critère directement lié à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats;
- Sauf justifications liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution (hypothèse très limitée)

L'achat durable

- **Critère du « coût du cycle de vie du produit »** consacré par la nouvelle Directive : une « écologisation » des MP.
- Une notion et application complexes : coûts directs (prix) + indirects (usage, fin d'utilisation).
- Nécessite une méthodologie fiable d'évaluation pour garantir l'égalité de traitement.

Focus : valorisation des circuits courts



- ⇒ Article 53 CMP : possibilité de retenir un critère lié aux « performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture »
- Vise les marchés de denrées alimentaires et la valorisation du mode de commercialisation des produits agricoles : vente directe du producteur au consommateur ou vente indirecte avec un seul intermédiaire.
 - Le circuit court n'est pas un critère géographique : approche en terme d'intermédiaire et non de distance

La négociation des offres en MAPA

- **Principe : il faut informer les candidats dès le début de la procédure (AAPC ou documents de la consultation) du recours à la négociation pour qu'ils aient une vision claire du déroulement de la procédure.**
- **Position du la DAJ : l'acheteur doit se positionner clairement. Soit il décide de recourir à la négociation, soit il y renonce mais il ne peut se réserver le droit de négocier.**
- **Jurisprudence divergente : l'acheteur peut valablement se réserver le droit de négocier avec les 3 premiers candidats au classement (CAA Paris 18 mars 2014).**
- **La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment le prix.**

Les procédures formalisées



⇒ Les procédures formalisées sont les suivantes :

- Appel d'offres ouvert ou restreint
 - = procédures de droit commun
- Procédures négociées
 - = exceptionnelles, très encadrées
- Dialogue compétitif
 - = critère de complexité du marché (sur les solutions techniques ou le montage financier et juridique)
- Concours
 - = marchés de maîtrise d'œuvre
- Système d'acquisition dynamique
 - = une procédure entièrement électronique pour des fournitures et services courants
- Le partenariat d'innovation
 - = une nouveauté introduite dans CMP en octobre 2014; R&D

IV – L'analyse des candidatures et des offres

Analyse des candidatures et des offres en MAPA

Pour les MAPA uniquement, pas d'obligation de distinguer les phases d'examen des candidatures et des offres.

La jsp a reconnu la possibilité d'examiner au cours d'une phase unique la recevabilité des candidatures et la valeur des offres (CE 6 mars 2009, Commune d'Aix en Provence).

Conséquence :

L'expérience professionnelle des candidats peut, dans certains cas, être retenue comme un critère de sélection des offres

Sélection des candidatures

Interdictions de soumissionner (art. 43 CMP):

-Condamnations pour différentes infractions définies par le code pénal (blanchiment, escroquerie, corruption...) ou par le code du travail (travail dissimulé, travail illégal) ou le CGI (fraude fiscale).

-Personnes en liquidation judiciaire + redressement judiciaire si la période d'observation s'étend au-delà de la durée d'exécution du marché.

NB : Personnes définitivement condamnées depuis moins de 5 ans pour délit de discrimination (égalité homme/femme, origine, état de santé, handicap..)

Obligation de contrôle des capacités des candidats

Capacités techniques : moyens matériels et humains.

Capacités professionnelles : certificats de qualification, références.

Capacité financière : CA, documents comptables,

Sélection des candidatures

⇒ Modalités de vérification des capacités des candidats :

Arrêté du 28 août 2006 : liste limitative des renseignements et documents pouvant être demandés. **Aucun autre document ne peut être demandé sous peine d'annulation de la procédure.** Les renseignements et documents exigés doivent être rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Ex :

- CA réalisé au cours des 3 derniers exercices,
- déclaration appropriée de banques ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels,
- bilans ou extraits de bilans,
- déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat.

Attention : ne pas éliminer une candidature qui présente des résultats déficitaires si son expérience montre qu'elle est mesurée d'exécuter le marché.

- Des niveaux minimaux de capacité en rapport avec l'objet du marché peuvent être fixés.

Ex : CA, mais plafonné à 2 fois le montant estimé du marché (Décret 26 sept 2014)

⇒ NB : possibilité d'organiser un **MAPA restreint** en limitant le nombre de candidats admis à présenter une offre. Il faut alors fournir l'information appropriée sur les critères de sélection des candidatures.

Négociation des offres : Points de vigilance

- Liberté de choix des candidats avec lesquels l'acheteur souhaite négocier, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.
- Pas de modification de l'objet ou des conditions initiales d'exécution du marché.
- Pas d'abandon, en cours de procédure, d'un critère de sélection défini dans le RC.
- Garantir la confidentialité des offres pendant la négociation.
- Diffusion des mêmes informations aux candidats.
- Formaliser par écrit l'ensemble des échanges avec les candidats.
- Possibilité de sauver une offre irrégulière (ex. une offre incomplète), mais ce n'est pas obligatoire.

Focus : les offres anormalement basses

Article 55 du CMP : détection et traitement des OAB qui sont **de nature à compromettre la bonne exécution du marché** (risque de défaillance/ passation d'avenants).

Difficulté liée à l'absence de définition : mais il appartient à l'acheteur de faire la distinction entre l'offre hautement compétitive (optimisation des coûts, innovation) et l'offre abusivement basse (prix prédateur).

⇒ Etape 1 : reconnaître une OAB

- Recours à des indices de détection concordants :
 - L'écart avec la moyenne des offres des autres candidats,
 - l'écart avec le montant estimatif du marché par le PA,
 - L'écart avec un barème indicatif proposé par une mission interministérielle,
 - La méconnaissance des obligations sociales en matière de rémunération minimum des salariés
- Charte FFB / AMF

=> Etape 2 : demander à l'entreprise des justifications de son prix

- Pour rejeter une OAB, l'acheteur doit **obligatoirement** au préalable demander des **justifications écrites au candidat** (modes de fabrication, procédés de construction, sous-détails de prix...)
- Aucun délai n'est imposé par les textes. En fonction technicité questions posées : validation d'un délai de 3 ou 4 jours.
- Le candidat doit produire des arguments circonstanciés et justifier point par point les prix qu'il propose au regard de l'objet du marché et de sa situation personnelle.
- **Obligation de rejeter (et de ne pas classer) une telle offre (contrôle de l'EMA du juge) si l'entreprise ne démontre pas qu'elle a pris toutes les mesures pour assurer la bonne exécution du marché au prix proposé.**

Offres inappropriées, irrégulières et inacceptables

Elimination des offres inappropriées, irrégulières et inacceptables avant le classement des autres offres par ordre décroissant. L'offre la mieux classée doit être obligatoirement retenue.

- Offre inappropriée : offre présentant une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur qui équivaut à une absence d'offre
- Offre irrégulière : une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du PA, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation.
- Offre inacceptable : méconnaissance de la législation en vigueur ou lorsque les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au PA de la financer.

=> Attention : cela ne signifie pas que l'acheteur peut rejeter une offre au seul motif qu'elle excède l'estimation du montant du marché. Si les crédits budgétaires alloués au projet sont suffisants, l'offre ne peut être rejetée.

Traitement des offres

- Application des critères d'attribution publiés et hiérarchisés/
pondérés

=> Rédaction d'un tableau et rapport d'analyse des candidatures/
offres

- Elimination des OAB, offres inappropriées, irrégulières,
inacceptables
- Classement par ordre décroissant des offres.
- L'offre la mieux classée est retenue.

V – L’attribution du marché et l’achèvement de la procédure



Règles de compétence pour attribuer les marchés publics



- L'autorité compétente est l'organe délibérant, c'est-à-dire le conseil municipal (article L.2122-21.6° CGCT).
- **Le maire doit toujours être autorisé par son organe délibérant à signer un marché.**
- Cette autorisation résulte :
 - Soit d'une délibération ad hoc pour chaque marché
 - Soit d'une délégation générale de compétences
- Lorsque le maire n'a pas de délégation, le conseil municipal prend une délibération soit avant la procédure, soit à la fin de la procédure.
- Avant l'engagement de la procédure :
 - La délibération comporte obligatoirement la définition de l'étendue du besoin et le montant prévisionnel (article L.2122-21-1 CGCT).
- À la fin de la procédure :
 - La délibération intervient une fois que le montant des prestations et le nom du candidat retenu sont arrêtés.

Délégation dans le cadre des marchés

Délégations de pouvoir à l'exécutif en matière de marchés publics :

- Article L.2122-22. 4° CGCT
- En pratique, la délégation est accordée pour la durée du mandat du maire.
- En cas de délégation à l'exécutif, l'organe délibérant n'est plus en droit d'exercer les compétences qu'il a déléguées.
- La délégation doit être formalisée dans une délibération qui la délimite précisément dans son objet et son étendue (montant..)

Ex : pour que le maire soit aussi compétent pour résilier unilatéralement un marché public, la délégation consentie doit porter sur l'exécution du marché.

Délégation dans le cadre des marchés

Délégation de l'exécutif :

- Délégation de fonction à un élu
 - Confier à un adjoint ou à un conseiller les compétences que le conseil municipal a déléguées au maire
 - Possibilité d'exclure la subdélégation
- Délégation de signature à un agent
 - Le DGS, le DGS adjoint, le directeur des services techniques, les responsables des services communaux.
 - La subdélégation doit avoir été prévue dans la délibération du conseil municipal portant délégation au maire.
 - La délégation de signature doit être précise (objet, étendue, délégataire désigné). Publicité régulière et suffisante. Transmission au contrôle de légalité pour devenir exécutoire.

Commission d'appel d'offres en MAPA

- En MAPA, l'intervention de la CAO n'est pas prévue par les textes.
- Conséquence : incompétence de principe de la CAO en MAPA pour attribuer les MAPA (exception : MP de services de l'article 30 > 200 000 euros HT).
- Toutefois, possibilité de mettre en place une commission ad hoc (intérêt lié à la collégialité).
- Avis qui ne lie pas : on la consulte, mais elle n'a pas le pouvoir d'attribuer

Achèvement de la procédure : avant la signature

- Production des attestations fiscales et sociales (art 46)
- Publication d'un avis d'intention de conclure le marché (facultatif –article L.551-15 CJA) : ferme la voie du référé contractuel (+ délai de standstill)
- Information des candidats évincés : envoi d'une lettre de rejet indiquant les motifs de l'éviction non obligatoire (divergence jurisprudentielle sur ce point, mais pour le CE : non)
- Délai entre la communication de la décision d'attribution et la signature (délai de standstill de 16 jours): non applicable aux MAPA (position du CE)
- Absence d'obligation de rédiger un rapport de présentation.
- **Mais demande d'informations par un candidat sur les motifs de rejet de sa candidature ou de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (art. 83 CMP – délai de 15j pour répondre) : il faut mentionner le nom de l'attributaire, le détail comparatif de la notation pour chaque critère (le montant de l'offre retenue n'est pas obligatoire).**
- Signature du marché.

Achèvement de la procédure : après la signature

- Transmission au contrôle de légalité
 - Dispense pour les marchés inférieurs à 207 000 euros (article L.2131-2-4° et D.2131-5-1 CGCT)
 - Ainsi, seuls les MAPA de Travaux d'un montant supérieur à 207 000 euros y sont soumis.
 - Liste des pièces à transmettre : l'article R.2131-5 CGCT
- Notification du MAPA
 - Article 81 CMP, pour les marchés > 15 000 €
 - Pas de formalisme
- Demande de communication de documents (loi du 17 juillet 1978)

VI. L'exécution du marché

Exécution d'un MAPA

- Point de départ de l'exécution : à compter de la notification
 - En marchés de travaux, un ordre de service est nécessaire pour démarrer les travaux
- Sous-traitance
 - Pas possible pour les marchés de fournitures
 - Elle ne peut pas être totale (article 112 et 113 CMP)
 - Soumise à deux conditions : le titulaire doit faire accepter le sous-traitant par le maître de l'ouvrage et il doit obtenir l'agrément des conditions de paiement du sous-traitant
 - Paiement direct
- Avenant
 - Article 20 CMP
 - Hypothèses des sujétions techniques imprévues
 - Sinon, double condition pour conclure un avenant : pas de changement de l'objet du marché ni de bouleversement de son économie.
- Décision de poursuivre
 - Acte unilatéral pris par l'administration au titre de son pouvoir de direction du marché
 - Doit être prévue au marché
 - Unique objet : augmentation des quantités prévues au marché afin d'assurer son entière réalisation

Exécution d'un MAPA : paiement

- Délai global de paiement
 - Délai de 30 jours pour payer
 - Point de départ du délai : date de réception de la demande de paiement
 - En marchés de travaux, c'est la date de réception du décompte général et définitif
 - Application automatique d'intérêts moratoires en cas de dépassement du DGP
- Versement d'une avance
 - Principe : paiement après service fait
 - Le système d'avance est un aménagement à ce principe.
 - Article 87 CMP

Résiliation d'un marché

Résiliation pour motif d'intérêt général

- Motifs d'intérêt général.
Ex : abandon du projet
 - Contrepartie à ce droit : entière indemnisation du titulaire
- ⇒ L'intégralité du dommage subi par le titulaire (dépenses engagées + gain manqué). La préjudice doit être justifié par le titulaire résilié.
- Décision de résiliation : motivée, mentionne le type de résiliation et sa date d'effet et est accompagnée d'un décompte de liquidation.
 - Notification au titulaire

Résiliation d'un marché

Résiliation pour faute

- Deux types : résiliation simple et résiliation aux frais et risques
- Il faut une **faute d'une gravité suffisante** pour justifier une mesure de résiliation aux torts exclusifs du titulaire
Ex : absence d'exécution des prestations dans les délais contractuellement prévus
- **Mise en demeure préalable** : notifiée au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception.
 - Motifs de la mise en demeure
 - Indication d'un délai raisonnable, permettant au titulaire de remédier à la situation (le cas échéant)
 - Sanction encourue en cas de manquement avéré
- Décision de résiliation
- Pas d'indemnisation (mais droit au paiement des prestations effectuées)
- Résiliation aux frais et risques : doit être expressément prévue par le contrat (notification marché de substitution)

Résumé – déroulement type d'une procédure adaptée



1. Définition des besoins
2. Estimation financières de ces besoins
3. Définition de la procédure de passation du MAPA (publicité et mise en concurrence)
4. Rédaction des documents de la publicité et de la consultation
5. Publication de l'annonce
6. Réception des candidatures et des offres
7. Analyse des candidatures et des offres
8. Négociation éventuelle selon les modalités définies dans le RC
9. Choix du titulaire
10. Information des candidats évincés
11. Signature du marché
12. Notification du marché
13. Information du préfet de la notification du marché
14. Exécution du marché

VII. Les contentieux

Le contentieux administratif

Avant la signature du MAPA

- Référé précontractuel : empêcher la signature du marché
 - Article L.551-1 du code de justice administrative
 - Sanction des manquements aux obligations de publicité et mise en concurrence
 - Auteurs de la saisine : candidats évincés lésés par le manquement
 - Suspension de la signature du contrat
- Pouvoirs du juge : injonction, suspension (recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé..)

Après la signature du MAPA

- Référé contractuel
 - Article L.551-14 du CJA
 - Sanction des manquements aux obligations de publicité et mise en concurrence
 - Auteurs de la saisine : personnes lésées ayant eu intérêt à conclure le contrat + Préfet
 - Pouvoirs du juge : annulation, résiliation, pénalité financière
 - Pas de cumul avec le référé précontractuel
 - Délai 6 mois après conclusion

Le contentieux administratif

Déféré préfectoral

- Délai de deux mois pour saisir le juge :
 - Pour les actes non soumis à l'obligation de transmission, le délai court à compter de leur entrée en vigueur (soit le jour de leur notification, article 81 CMP)
 - Pour les actes soumis à l'obligation de transmission, le délai court à compter de la date de réception de l'acte par le préfet
- le juge du contrat saisi d'un déféré préfectoral en matière contractuelle dispose d'une large palette de pouvoirs, en fonction de la nature de l'illégalité.

Le contentieux administratif



Litige entre les parties :

- Les CCRA : comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics
- Article 127 CMP
- Article 50 CCAG Travaux
- Avis non obligatoire
- Eviter le contentieux devant le juge administratif
- Gain de temps

Le contentieux pénal des marchés publics

- Délit de favoritisme
 - Article L.432-14 du code pénal
- Délit de prise illégale d'intérêts
 - Article L.432-12 du code pénal
- Délit de corruption (active et passive)
 - Articles L.433-1 et L.432-11 du code pénal
- Délit de trafic d'influence
 - Article L.432-11 et L.433-1 du code pénal

Délit de favoritisme

- Définition : Article 432-14 du code pénal – octroi d’un avantage injustifié Interprétation large par le juge pénal
- Sanction : jusqu’à deux ans d’emprisonnement et 200 000 € d’amende
- Les auteurs
 - Le maire, le DGS, les membres des services techniques
 - Attention : en cas de délégation de signature, l’autorité délégante demeure responsable des actes accomplis par le bénéficiaire de la délégation

=> Concerne toute personne qui a le pouvoir d’intervenir dans le processus d’achat, même sans pouvoir de décision
- Élément matériel
 - Un avantage injustifié, même s’il n’a pas causé de préjudice à la collectivité
 - Infraction qui peut facilement être constituée car il suffit qu’il y ait une méconnaissance de la réglementation : violation des règles de mise en concurrence.

Ex : attribution du marché, délivrance d’une information privilégiée, la rédaction d’un cahier des charges sur mesure, tenter d’écarter une entreprise.
- Élément intentionnel
 - Élément caractérisé dès lors que la personne poursuivie savait que son acte était contraire aux dispositions en vigueur
 - La qualité d’élu fait présumer de sa connaissance de la loi, et par suite, de sa volonté d’en méconnaître les dispositions légales ou réglementaires

=> Autrement dit, il est indifférent que l’auteur ait eu ou non l’intention de conférer un avantage à autrui

La prise illégale d'intérêts

- Définition article 432-12 du code pénal : confusion intérêt privé et celui de la commune
 - Sanction : jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et une amende de 500 000 €
- ⇒ Le fait de prendre, recevoir ou conserver un intérêt quelconque dans une opération dont l'auteur est chargé de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement :
- Auteurs : élus, DGS, agents
 - La surveillance comprend des attributions telles que des missions de préparation, proposition, de présentation de rapports ou d'avis en vue de la prise de position par d'autres personnes. La participation à un organe collégial (CAO, CM, jury...) vaut surveillance ou administration.
- ⇒ **Conséquence : la personne concernée ne doit pas participer aux votes et aux débats, ni même être présent. La seule présence à l'organe délibérant qui examine une affaire dans laquelle l'élu a intérêt vaut surveillance ou administration.**
- Un « intérêt quelconque » : la notion est vaste = perception directe ou indirecte de bénéfices, d'avantages pécuniaires ou matériels. Mais l'intérêt peut aussi être d'ordre politique, moral ou affectif, même s'il n'est pas en contradiction avec l'intérêt communal.
 - Régime dérogatoire des communes de moins de 3500 habitants : possibilité pour les maires, adjoints ou conseillers municipaux de contracter avec la commune dans la limite d'un montant annuel de 16 000 euros. L'élu doit alors s'abstenir de participer à la délibération du CM relative à la conclusion du contrat.

Le délit de corruption

Corruption active

- Fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, afin :
 - Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat
 - Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable
- Sanction : 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende

Corruption passive

- Fait pour un élu, un fonctionnaire, un agent public de solliciter (corruption active) ou d'agréer (corruption passive), sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour lui-même ou pour autrui :
 - Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat
 - Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée, en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable
- Sanction : 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende

Annexe

Quelques sources et liens utiles

- Code des marchés publics
- Site de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie – nombreuses fiches techniques de conseil aux acheteurs publics
- Site de la DGCL
- Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (circulaire du 14 février 2012)