

# MANUEL D'APPLICATION DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

## PROJET

### PLAN

#### **PREMIERE PARTIE : LE CONTRAT ENVISAGE EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC SOUMIS AU CODE DES MARCHES PUBLICS ?**

##### **1. QUI DOIT APPLIQUER LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?**

##### **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 ou « in house »

3.2. L'octroi d'un droit exclusif

3.3. Les contrats relatifs à des programmes de recherche-développement

3.4. Les intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat

## **DEUXIEME PARTIE : SI LE CONTRAT ENVISAGÉ EST UN MARCHÉ PUBLIC SOUMIS AU CODE, PAR QUELLES ÉTAPES UN ACHETEUR DOIT-IL PASSER POUR RÉALISER SON MARCHÉ ?**

### **4. COMMENT L'ACHETEUR DOIT-IL DÉTERMINER SES BESOINS ?**

4.1. Pourquoi faut-il bien identifier les besoins ?

4.2. Qui définit les besoins ?

4.2.1. *La personne publique « acheteuse »*

4.2.2. *La (ou les) personne(s) responsable(s) du marché*

### **5. COMMENT ACHETER ?**

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

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

### **6. QUELLE FORME DE MARCHÉ ADOPTER ?**

6.1. L'allotissement ou le marché unique

6.2. Les marchés fractionnés

6.2.1. *Les marchés à bons de commande*

6.2.2. *Les marchés à tranches conditionnelles*

6.3. Le cas des achats d'énergie

### **7. COMMENT CALCULER LE MONTANT DU MARCHÉ ?**

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 : les notions de besoins réguliers et de besoins imprévisibles

7.2.1. *Les besoins réguliers*

7.2.2. *Les besoins qui ne présentent pas de caractère de régularité*

7.2.3 *Les besoins imprévisibles*

7.2.4. *Les « petits lots »*

## **8. COMMENT FAIRE CONNAÎTRE SES BESOINS AUX CANDIDATS POTENTIELS ?**

**8.1.** Pourquoi faut-il faire de la publicité ?

**8.2.** Un principe fondamental

**8.3.** Quels moyens utiliser pour faire la publicité ?

*8.3.1. En dessous du seuil de 90 000 € HT : publicité adaptée à l'objet et au montant du marché*

*8.3.2. Au-dessus du seuil de 90 000 € HT : l'application des dispositions de l'article 40 :*

*8.3.2.1. L'obligation de procéder à une publicité nationale : BOAMP ou JAL*

*8.3.2.2 L'obligation de procéder à une publicité nationale et européenne : BOAMP et JOUE*

*8.3.3. La publicité additionnelle*

**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 : cas où le code n'impose pas de mise en concurrence (articles 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. On peut négocier en dessous des seuils des marchés formalisés*

*11.1.2. On peut négocier au-dessus des seuils des marchés formalisés dans les cas prévus à l'article 35 du code*

*11.1.3. On peut négocier dans d'autres hypothèses prévues par le code*

11.1.3.1. La procédure négociée spécifique pour les marchés de maîtrise d'œuvre

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

*11.1.4. La procédure de dialogue compétitif offre aussi la possibilité de négocier le contrat*

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

**11.3.** Quels sont les avantages de la négociation ?

**11.4.** 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 ?**

## **14. POURQUOI DES OBLIGATIONS DE PUBLICITÉ À POSTÉRIORI ?**

## **15. COMMENT FACILITER L'EXÉCUTION DU MARCHÉ ?**

## **PREMIERE PARTIE**

### **LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC SOU MIS 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 ?**

L'article 2 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.

Cependant, 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 et certains groupements d'intérêt public (GIP).

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 loi du 3 janvier 1991 et à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 11 décembre 1992 précitées. Sont ainsi concernés :

- les groupements de droit privé formés entre les collectivités publiques ; *[point à préciser]*
- 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.

## **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 1<sup>er</sup> 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 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 dont l'acheteur public a acheté l'installation sur son domaine 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 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 n'interdit, en raison de sa nature, à une entité publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, dans ce cas, l'acheteur public devra vérifier que les conditions d'intervention de cette personne publique ne portent pas atteinte au principe de libre concurrence<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf : avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000, société Jean-Louis Bernard consultants.

## **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 d'un marché si l'initiative vient de l'administration. 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 des modalités de paiement employées. 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 de l'exploitation du service.

## **2.5. Le cas particulier des contrats de mandat :**

Un contrat de mandat ne constitue pas une catégorie particulière de marchés.<sup>2</sup>

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 service voire d'un marché de travaux afin de connaître les obligations à respecter lors de sa passation. Les contrats de mandat qui entrent dans la catégorie des marchés de services, peuvent être dans certains cas susceptibles de bénéficier d'un régime allégé de mise en concurrence.

---

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat, dans son arrêt « *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* » a annulé le 7° de l'article 3 du code de 2001 relatif aux contrats de mandat, au motif que cette disposition de nature trop générale était incompatible avec les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables imposées par le droit communautaire, et avait donc pour effet d'exclure l'ensemble des contrats de mandat du champ d'application du code des marchés publics. Pour les contrats de mandat passés avant le 6 mars 2003, une disposition permettant de considérer que leur passation n'a pas méconnu les obligations de publicité et de concurrence prévues par ce code a été insérée dans la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 « *urbanisme et habitat* ».

### **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 européennes 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 ou « in-house » (article 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 « in house » :

- 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 de « in house » 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 (article 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 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 (article 3-6°)**

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

### **3.4. Les intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat (article 3-7°)**

L'article 3 contient une dérogation concernant les intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat. 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.

*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 œuvre une aide humanitaire urgente.

**DEUXIEME PARTIE**  
**SI LE CONTRAT ENVISAGÉ EST UN MARCHÉ PUBLIC SOUMIS**  
**AU CODE, PAR QUELLES ÉTAPES UN ACHETEUR DOIT-IL**  
**PASSER POUR RÉALISER SON MARCHÉ ?**

## **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 œuvre se détermine en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi, il est indispensable de procéder et 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 parfaite évaluation des besoins n'est donc pas seulement une exigence juridique mais également une condition essentielle pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques.

Par besoins de la personne publique, on entend bien évidemment non seulement les besoins liés à son fonctionnement propre (exemple : 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 (transports scolaires par exemple).

La réflexion des acheteurs devra donc les conduire à établir des documents préparatoires précis et non discriminatoires, afin de leur permettre de réaliser leurs achats dans les meilleures conditions économiques et juridiques. Les entreprises intéressées pourront ainsi précisément connaître les caractéristiques des besoins des acheteurs publics et formuler leur meilleure offre.

### **4.2. 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 :

#### ***4.2.1. La personne publique « acheteuse »***

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.

Le niveau adéquat de prise en compte peut varier d'un besoin à l'autre mais le code des marchés publics proscribit expressément tout découpage qui aurait pour seul objet de soustraire les marchés aux règles de mise en concurrence. 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.

En conséquence, il appartient à la personne publique d'évaluer ses besoins et d'établir une cartographie précise du niveau auquel les besoins doivent être pris en compte pour le calcul du montant du marché à passer. Cette cartographie sert à indiquer expressément à quel niveau les besoins doivent être pris en compte et additionnés par exemple, à un niveau centralisé ou à un niveau déconcentré.

La carte des besoins ainsi établie sera l'occasion d'une réflexion collective des personnes publiques sur la pertinence des politiques d'achat et permettra de rationaliser la pratique des délégations de signature ou de compétence. Une telle réflexion n'a pas à être menée pour chaque marché. Les personnes publiques peuvent

traduire les conclusions de cette réflexion sous la forme d'une grille de niveau de prise en compte des besoins à laquelle il conviendra de se reporter lors de la passation des marchés.

Une fois ce travail préliminaire accompli, la personne publique désigne des personnes responsables des marchés chargées de mettre en œuvre les procédures de marchés correspondant aux besoins ainsi définis. La désignation se fait conformément aux règles relatives à l'organisation administrative de la personne publique.

#### **4.2.2. La (ou les) personne(s) responsable(s) du marché**

C'est un agent désigné par la personne publique pour conduire les procédures d'achat et d'exécution du marché qui relèvent de son domaine de compétence en se calant sur les choix des niveaux de prise en compte des besoins réalisés en amont par la personne publique. La désignation de ces personnes est donc totalement indépendante de la détermination par la personne publique des niveaux pertinents de prise en compte des besoins. L'acte de désignation des personnes responsables du marché indique en outre les fournitures, services ou travaux concernés.

## **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.

### **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 peuvent concerner tous les types de marchés mais sont particulièrement adaptés au domaine des fournitures courantes.

Les modalités de constitution des groupements définies à l'article 8 du code ont fait l'objet de simplifications. De surcroît, le code prévoit une disposition spécialement adaptée aux groupements comprenant un très grand nombre d'adhérents.

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

L'acheteur peut aussi décider, pour satisfaire ses besoins, de ne pas procéder lui-même aux procédures de passation des marchés mais de recourir à une centrale d'achats. Le recours direct à une centrale d'achat, pour acquérir des fournitures et des services, 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.

## **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.

L'allotissement, qui permet d'associer plusieurs entreprises à la réalisation du marché, doit être recommandé chaque fois qu'il permet de mieux adapter le besoin à la réalité du marché.

La division des prestations en lots est avantageusement pratiquée 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.

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 titulaire.

Toutefois, il faudra que l'acheteur public ait la capacité technique de coordonner les actions des titulaires des différents lots. A défaut, il sera préférable de recourir à un marché unique.

En cas de marché unique ayant pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, leurs coûts doivent apparaître de manière séparée, étant rappelé que l'article 94 du code prohibe toute clause de paiement différé.

## **6.2. Les marchés fractionnés (article 72)**

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 recourra 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***

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 visé à l'article 26-IV 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 satisfaites d'une manière maximale, l'absence de maximum laissant à l'acheteur public la faculté d'effectuer des achats au-dessus des seuils.

Le code aménage aussi la possibilité de conclure des marchés avec plusieurs titulaires ( article 72-I-3°) avec remise en compétition de ceux-ci dans quatre hypothèses (article 72-I-4°). 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.

### ***6.2.2. Les marchés à tranches conditionnelles***

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 1<sup>er</sup> 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 4.2), 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 1<sup>er</sup> 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 un même ouvrage ou à une même opération.

#### ***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 : les notions de besoins réguliers et de besoins imprévisibles**

Afin d'évaluer le montant d'un marché de fournitures ou de services, il convient de prendre en compte la nature des besoins en distinguant d'une part, les besoins qui présentent un caractère de régularité et d'autre part, les autres besoins.

### ***7.2.1. Les besoins réguliers***

Pour les besoins qui présentent un caractère de régularité, il convient de se référer à la durée du marché :

- si le marché a une durée égale ou supérieure à un an, il faut prendre en compte le montant total estimé sur toute la durée du marché;
- si le marché a une durée inférieure à un an, il faut prendre en compte une estimation de la valeur du marché correspondant aux besoins d'une année. La période de référence peut être soit l'année précédente (ou les douze mois précédents), soit une estimation sincère des besoins pour l'année à venir (ou les douze mois à venir).

### ***7.2.2. Les besoins qui ne présentent pas de caractère de régularité***

Pour les fournitures, est prise en considération la valeur totale des fournitures homogènes correspondant à un besoin déterminé. Le caractère homogène ne s'applique qu'aux fournitures. La nomenclature, annexée à l'arrêté du 13 décembre 2001, est supprimée comme référence obligatoire unique. Les acheteurs publics sont invités à apprécier eux-mêmes le caractère homogène des fournitures dont ils envisagent l'acquisition en se référant, en cohérence avec leur action, aux caractéristiques de leur activité.

Pour les services, est prise en considération la valeur d'un besoin déterminé. Il s'agit d'un besoin que l'acheteur public peut isoler en ce qu'il fait l'objet d'une action particulière justifiant la passation d'un marché distinct.

### ***7.2.3. Les besoins imprévisibles***

L'article 27 permet de répondre aux difficultés soulevées par la survenance de besoins imprévisibles ; ceux-ci peuvent faire l'objet d'un marché dont le montant est apprécié séparément. Mais l'imprévisibilité, c'est à dire le caractère nouveau du besoin, doit être réelle : il ne saurait autoriser un fractionnement factice du marché.

### ***7.2.4. 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 €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 6 200 000 €HT, la valeur de ces « petits lots » est portée à 1 000 000 €HT avec le maintien de la condition de ne pas excéder 20 % du total du marché.

## **8. COMMENT FAIRE CONNAÎTRE SES BESOINS AUX CANDIDATS POTENTIELS ?**

### **8.1. Pourquoi faut-il faire de la publicité ?**

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

### **8.2. Un principe fondamental**

En dessous du seuil de 90000 €HT, l'acheteur public doit mettre en œuvre des mesures de publicité et de mise en concurrence adéquates. Il lui appartient de déterminer les modalités de la publicité les plus pertinentes au regard de l'objet et du montant du marché en cause, afin que soit garantie une véritable mise en concurrence. Il est précisé que la publicité ne signifie pas systématiquement publication, notamment pour les plus petits marchés.

Au-dessus de ce seuil, c'est le code qui fixe les modalités de publicité à mettre en œuvre.

### **8.3. Quels moyens utiliser pour faire la publicité ?**

Les articles 39 et 40 du code précisent la procédure et les supports utilisables. Il convient donc de s'y conformer strictement. Un tableau récapitulatif des seuils de publicité figure en annexe.

L'envoi d'un avis de pré-information permet, sous certaines conditions, à l'acheteur public de recourir à la faculté de réduire le délai de réception des offres.

#### ***8.3.1. En dessous du seuil de 90 000 €HT : publicité adaptée à l'objet et au montant du marché***

Le choix des modalités de publicité relève de la seule responsabilité de l'acheteur, mais l'efficacité de ce support constitue une composante essentielle de la régularité du marché.

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 existe actuellement trois catégories de supports écrits auxquels il est possible d'avoir recours : la presse écrite, l'affichage et l'internet.

On ne peut toutefois exclure le recours aux moyens audiovisuels si l'information diffusée par ce moyen est suffisamment complète et de nature à pouvoir toucher les candidats potentiels au marché. Pour cette catégorie de marchés, il est en effet loisible à la personne publique de prévoir l'insertion d'avis de publicité sur le site de l'acheteur ou leur diffusion, sur des canaux télévisés câblés, exploités par l'acheteur. Le recours à de tels moyens ou à l'affichage qui concerne essentiellement les collectivités locales, est en particulier 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 ne sera en effet pas nécessaire de recourir dans tous les cas à une publication pour satisfaire à l'obligation de transparence.

#### ***8.3.2 Au-dessus du seuil de 90 000 €HT : l'application des dispositions de l'article 40***

A partir d'un seuil fixé à 90 000 €HT, la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, est obligatoire sous réserve des exceptions mentionnées au point 8.4.

##### **8.3.2.1. L'obligation de procéder à une publicité nationale : BOAMP ou JAL**

Lorsque le montant estimé des besoins en fournitures ou en services est compris entre 90 000 €HT et 155 000 €HT pour l'Etat ou 240 000 €HT pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux entre 90 000 €HT et 240 000 €HT, 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 choix entre ces deux supports est laissé à l'appréciation de la personne responsable du marché, laquelle a la possibilité soit d'employer alternativement l'un ou l'autre de ces supports, soit d'avoir recours à la fois au BOAMP et aux JAL afin d'élargir le champ de la concurrence.

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

Les avis adressés au BOAMP sont obligatoirement transmis par téléprocédure et au moyen d'un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Les avis publiés dans les journaux d'annonces légales ne sont pas soumis à un modèle obligatoire mais doivent comporter un certain nombre de mentions minimales : l'identification de l'administration concernée, l'objet du marché et ses caractéristiques principales, les critères de choix de l'offre.

Pour les marchés de travaux dont le montant estimé des prestations a été évalué entre 240 000 €HT et 6 200 000 €HT, les modalités de publicité sont les mêmes que précédemment. La seule différence concerne les modalités de publicité dans les journaux d'annonces légales pour lesquelles l'acheteur devra obligatoirement se conformer à un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie, et non uniquement faire référence à des mentions minimales. Pour cette catégorie de marchés, les acheteurs devront donc utiliser les formulaires obligatoires pour la publication de leurs avis tant au BOAMP que dans un journal d'annonces légales.

#### 8.3.2.2 L'obligation de procéder à une publicité nationale et européenne : BOAMP et JOUE

Au-dessus des seuils de l'article 28, les avis d'appel public à la concurrence sont publiés dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). Ces avis sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie.

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.

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.

Les deux avis de publicité, nationale et européenne, doivent contenir les mêmes renseignements.

#### **8.3.3. La publicité complémentaire**

Quel que soit le montant ou l'objet du marché, la personne responsable du marché peut utiliser des supports de publicité supplémentaires pour favoriser la concurrence. Il peut s'agir d'une publication dans la presse spécialisée, de l'affichage ou de l'internet.

Lorsque la personne responsable du marché décide de recourir à plusieurs supports de publicité, il convient de veiller à ce que le contenu des différentes publicités soit semblable pour ne pas porter atteinte à l'égale information des candidats.

Si la publicité complémentaire ne reprend pas la totalité des informations qui figurent dans les publications obligatoires, elle doit faire référence à ces publications et indiquer les supports à consulter afin que les candidats à un marché public puissent disposer de tous les renseignements utiles.

### *La presse spécialisée*

Un certain nombre de secteurs économiques est couvert par des revues spécialisées qui sont lues par les entreprises du secteur. La publication d'une publicité dans cette presse peut constituer, en complément des publicités obligatoires, un support très utile pour toucher un lectorat plus ciblé. Dans la pratique, la publicité complémentaire permet à l'acheteur public de recevoir des candidatures ou des offres qu'il n'aurait pas forcément obtenues.

### *L'affichage*

En complément des publicités obligatoires, 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 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 potentiels à l'achat public.

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

Le titre 1<sup>er</sup> du code des marchés publics pose des 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 ou de procéder à une mise en concurrence. Ces cas prévus aux articles 30 et 35 II et III sont limités et ne sont pas liés à un seuil de marché.

Dans un souci de préservation des deniers publics, il est 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. En effet, l'article 29 énumère les catégories de prestations de services qui sont 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 200 000 €HT.

L'appartenance du marché à l'une ou l'autre des catégories mentionnées à l'article 29 se vérifie par référence à la nomenclature européenne des marchés de services.<sup>3</sup>

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 européenne correspondant au marché envisagé. Les nomenclatures sont au nombre de trois selon la catégorie de marchés concernés : fournitures, travaux ou services. L'utilisation des nomenclatures communautaires dans les avis d'appel public à la concurrence a donc pour double objectif de renforcer la transparence de l'information et de définir l'objet des marchés publics.

En ce qui concerne les marchés de services, la directive «services» renvoie à la nomenclature CPC<sup>4</sup>, première nomenclature internationale des produits adoptée par l'ONU qui sert à définir le contenu des

---

<sup>3</sup> Nomenclature disponible sur le site internet [minefi.gouv.fr](http://minefi.gouv.fr)

<sup>4</sup> Nomenclature disponible sur le site internet [simap.eu.int](http://simap.eu.int)

différentes catégories de services et, par voie de conséquence, le régime applicable à un marché de services déterminé.

## **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 1<sup>er</sup>, que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, et la transparence des procédures. La mise en œuvre de ces principes contribue à la diversité des offres, condition d'un achat public efficace et d'une économie des deniers publics.

### **9.2. Un principe fondamental**

Au-dessus des seuils de procédures formalisées, l'acheteur public est tenu de mettre en œuvre les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le code.

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.

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. Au-dessus des seuils de procédure définis à l'article 28, cette mise en concurrence est formalisée et précisée par le code. En dessous des seuils de procédure, elle relève de la responsabilité de l'acheteur et doit être adaptée en fonction du marché envisagé.

#### ***9.3.1. En dessous des seuils de procédure***

Lorsque les seuils fixés à l'article 28 du code sont atteints, les marchés sont les marchés passés selon une procédure adaptée. Ces seuils sont fixés :

- pour les marchés de fournitures et de services, à 155 000 €HT pour l'Etat et 240 000 €HT pour les collectivités territoriales ;
- pour les marchés de travaux, à 240 000 €HT, que ce soit pour l'Etat ou les collectivités territoriales.

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 1<sup>er</sup> pour déterminer la procédure à mettre en œuvre. 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.

Cette souplesse permet de favoriser la négociation en assurant la traçabilité de la procédure engagée. On doit considérer qu'un marché est 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 est recommandé aux acheteurs publics de conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire.

### **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 155 000 €HT pour l'Etat et 240 000 € HT pour les collectivités territoriales, ces marchés sont obligatoirement passés sur appel d'offres sauf à remplir les conditions de recours au marché négocié, au dialogue compétitif ou au régime allégé (cf. point 9.4 ci-après).

#### **9.3.2.2. Les marchés de travaux**

Les marchés de travaux sont formalisés lorsqu'ils atteignent le seuil de 240 000 €HT, que ce soit pour l'Etat ou les collectivités territoriales.

Pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 240 000 €HT et 6 200 000 €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 (articles 57, 61 et 63) ;
- 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 (cf. point 11.6).

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

Pour les marchés de travaux dont le montant est supérieur à 6 200 000 €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 ou du dialogue compétitif (cf. point 9.4).

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

Le code n'impose pas de mise en concurrence obligatoire 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 à la nomenclature européenne (cf point 8-3).

Ces marchés ne sont soumis, en ce qui concerne leur passation, qu'aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution au-dessus du seuil de 200 000 €HT.

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

Cependant, dans un souci de préservation des deniers publics, il est recommandé aux acheteurs publics, lorsque l'environnement économique et concurrentiel le permet, de procéder à une mise en concurrence.

## **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.

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

Au stade de la sélection des candidatures, les candidats peuvent régulariser le contenu de la première enveloppe en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce administrative justificative (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. On peut négocier 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. On peut négocier au-dessus des seuils des marchés formalisés dans les cas prévus à l'article 35 du code.***

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 :

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

#### ***11.1.3. On peut négocier dans d'autres hypothèses prévues par le code***

Sont concernées plus particulièrement les procédures prévues par l'article 74 relatif aux marchés de maîtrise d'œuvre et l'article 84 qui permet aux opérateurs de réseaux, visés à l'article 82, de passer leurs marchés de travaux, de fournitures et de services sous la forme négociée, quel que soit leur montant.

##### **11.1.3.1. La procédure négociée spécifique pour les marchés de maîtrise d'œuvre**

L'article 74 apporte des aménagements spécifiques à la procédure négociée décrite à l'article 67.

Un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire mais la mise en compétition est limitée à l'examen des compétences, références et moyens des candidats. Un jury identique à celui des concours de maîtrise d'œuvre examine les candidatures suivant les modalités prévues dans l'avis d'appel public à la concurrence, donne un avis et propose une liste de candidats admis à négocier.

La liste est arrêtée par la personne responsable du marché qui engage les négociations avec, au moins, trois candidats (sauf si le nombre de candidatures recevables était insuffisant).

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

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 €HT, 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.

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, en utilisant la procédure négociée avec publicité préalable.

#### ***11.1.4. La procédure de dialogue compétitif offre elle aussi la possibilité de négocier le contrat.***

Cette procédure est réservée pour la conclusion des marchés relatifs à des équipements ou à des projets complexes. 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.

La procédure, dite de « dialogue compétitif », prévue aux articles 36 et 68 du nouveau code, offre la possibilité à l'acheteur public, dans ces cas précis de marchés, d'ouvrir un dialogue avec les différents prestataires afin de l'aider à définir ses besoins, avant de désigner celui dont l'offre affinée au fil du dialogue apparaîtra comme la plus adaptée.

En effet, lorsque les personnes publiques réalisent des projets exceptionnellement complexes, elles peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être 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 réseaux informatiques.

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.

Cette procédure, qui remplace l'ancien appel d'offres sur performances, offre aux acheteurs publics, à très court terme, des possibilités bien plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leurs sont faites.

La procédure de dialogue compétitif pourra également être utilisée par les acheteurs publics pour des marchés de travaux dont le montant estimé est compris entre 240 000 €HT et 6 200 000 €HT. Dans cette hypothèse, l'acheteur public pourra utiliser cette procédure sans avoir à remplir les conditions définies à l'article 36.

#### **11.2. 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 :

- 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, le marché est attribué par la personne responsable du marché, après avis de la commission d'appel d'offres.

### **11.3. Quels sont les avantages de la négociation ?**

La procédure négociée peut être définie comme une procédure dans laquelle le contenu du cahier des charges peut évoluer au fur et à mesure de la discussion engagée par l'acheteur public avec les candidats au marché.

Si cette procédure ne lui permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché tels, notamment, l'objet du marché, les critères de sélection des candidatures et des offres, elle laisse à l'acheteur public une marge de manœuvre importante pour la fixation du 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 manœuvre importante.

Il est ainsi possible de négocier sur les principales caractéristiques du marché à passer :

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

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. Un achat efficace se caractérise par une adéquation de l'offre du vendeur au besoin de l'acheteur.

### **11.4. 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 premier, le choix de *l'offre économiquement la plus avantageuse* comme garantie de l'efficacité de la commande publique.

Ainsi la règle du choix du « mieux-disant » plutôt que du « moins-disant » est affirmée. L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas toujours assimilable au prix le plus bas. Cette règle se traduit par l'indication du « critère prix » parmi les autres critères de choix possibles indiqués à l'article 53.

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

L'acheteur public doit clairement distinguer les critères de sélection des candidatures, qui rendront possibles l'évaluation des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, des critères d'attribution qui permettront de choisir les offres. Cela signifie qu'il ne peut, pour choisir la meilleure offre, appliquer les critères de sélection des candidatures en se fondant seulement sur la renommée de telle ou telle entreprise ou sur le souvenir d'une expérience passée pour tel marché exécuté antérieurement.

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 derniers 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.

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. Au nombre des critères qui doivent être spécifiés dans les documents du marché figurent les caractéristiques environnementales.

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.

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.

### **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 1<sup>er</sup>, 14, 45 et 53.

Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> du code affirme que les marchés peuvent contribuer au développement durable.

Cet objectif est favorisé par l'insertion à l'article 45 relatif à la présentation des candidatures des exigences environnementales et l'ajout des caractéristiques environnementales aux critères de choix des offres fixées à l'article 53.

L'article 45 autorise les acheteurs publics à examiner la prise en compte par les candidats des exigences environnementales dans leur organisation et leur fonctionnement 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 1<sup>er</sup> 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, la personne responsable du marché doit informer les candidats, conformément aux dispositions de l'article 76 :

- du rejet de leur candidature ou de leur offre. Pour cela, elle 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 (article 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. (article 77).

### **14. POURQUOI DES OBLIGATIONS DE PUBLICITÉ À POSTÉRIORI ?**

#### **15.1. L'avis d'attribution**

Tout candidat évincé doit pouvoir être informé, sans avoir à présenter de demande en ce sens, et toute autre personne physique ou morale dans les autres cas, de l'attribution d'un marché ayant tel objet et telles caractéristiques, selon telle procédure, à tel fournisseur, entrepreneur ou prestataire de services, pour tel prix.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise les mentions devant figurer dans l'avis d'attribution que la personne publique doit faire publier dans un délai de 30 jours à compter de la notification du marché, dans les mêmes conditions que 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**

Par ailleurs, pour tous les marchés, quel que soit leur montant, 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 de l'article 138 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.

## **15. COMMENT FACILITER L'EXÉCUTION DU MARCHÉ ?**

Le régime d'octroi des avances a été revu pour 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.

En effet, les règles d'octroi des avances prévues aux articles 87 et 88 ont été assouplies au bénéfice des candidats qui ne disposent pas d'une trésorerie suffisante pour présenter des offres et réaliser des prestations dont le paiement intervient en cours d'exécution du marché ou après son achèvement.

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

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 ramené de 90 000 €HT à 50 000 €HT.

S'agissant des règles régissant *l'avance facultative* prévue à l'article 88, le projet de décret porte le montant du maximum de l'avance facultative à 30% du marché, du bon de commande ou de la tranche (60% à titre exceptionnel), tout en supprimant les conditions restrictives auxquelles son octroi était soumis auparavant. Par ailleurs, quand une avance facultative est accordée au titulaire d'un marché, elle se substitue à l'avance forfaitaire.