

**DOCUMENT D'ACCOMPAGNEMENT
Des Marchés à Procédure Adaptée
(M.A.P.A)**

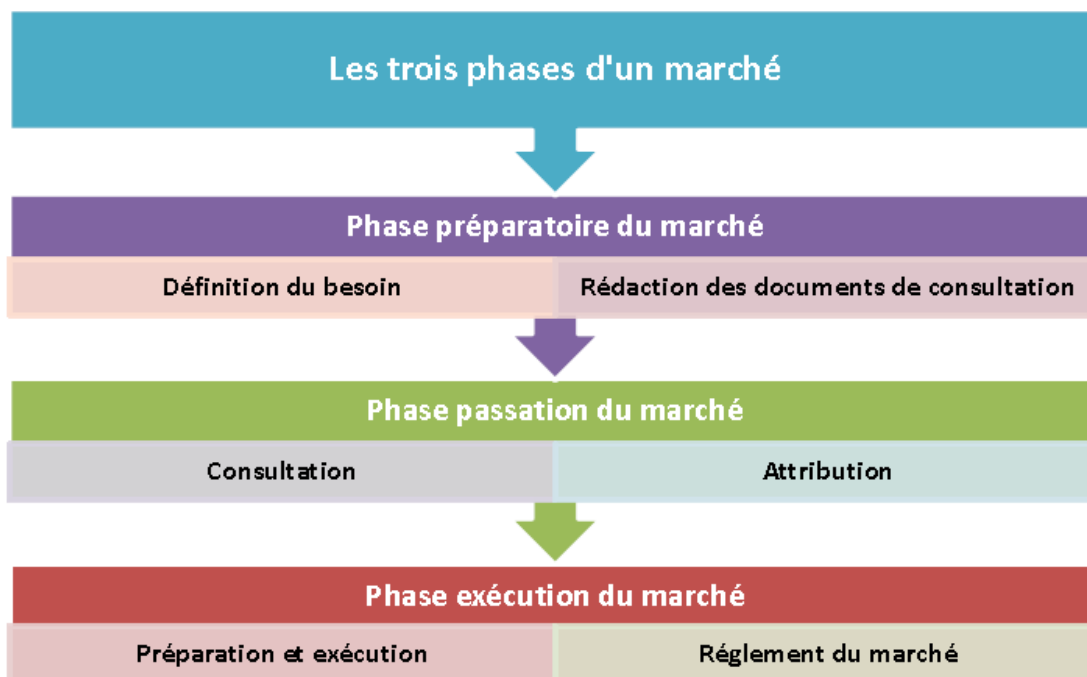
Le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics

Au journal officiel du 31 décembre 2009 a été publié un guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics qui prend la forme d'une circulaire du 29 décembre 2009. Ce guide est destiné à expliciter les dispositions du code des marchés publics. Il intègre toutes les modifications intervenues depuis la précédente circulaire qui datait de 2006.

La lecture de ce guide est indispensable car si cette nouvelle circulaire n'a aucune portée réglementaire, elle constitue un guide indispensable de bonnes pratiques à l'usage des acheteurs publics. L'acheteur public se doit de maîtriser l'achat public ; à tout moment de la procédure, il devra justifier des choix opérés. Le strict respect des règles juridiques est indispensable. Il est, le cas échéant, sévèrement sanctionné par le juge, juge du référé précontractuel, juge du référé contractuel, juge des comptes, voire, s'il y a lieu, par le juge pénal.

La circulaire relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics reprend les trois phases du déroulement d'un marché :

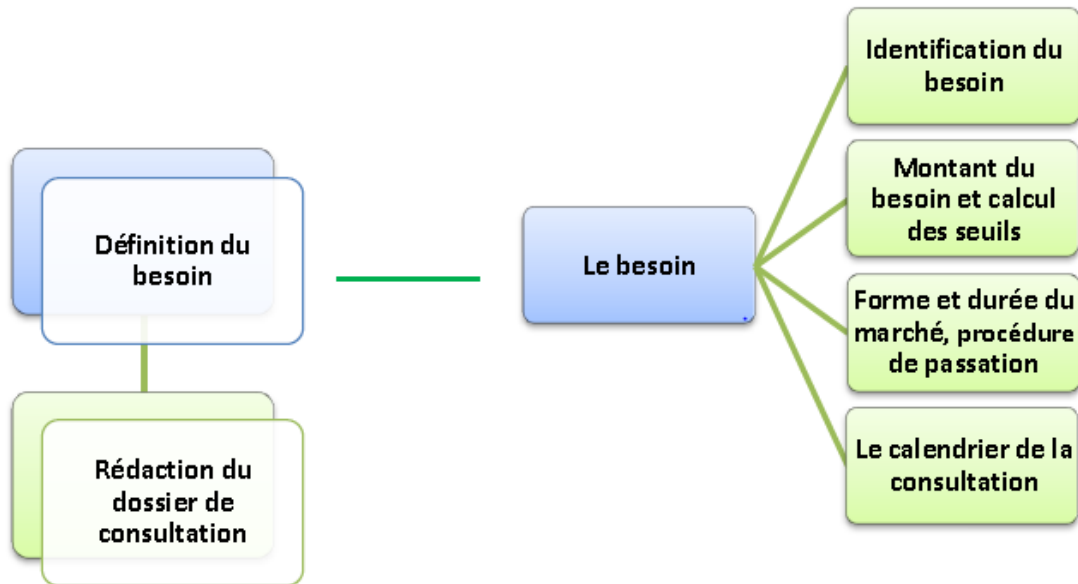
- La phase préparation du marché
- La phase passation du marché
- La phase exécution du marché



Les phases d'un marché

- ❶ Définition du besoin par la personne publique
- ❷ L'estimation financière des prestations à réaliser
- ❸ Définition des modalités de la mise en concurrence
- ❹ La publicité
- ❺ Le choix de l'attributaire du marché
- ❻ L'achèvement de la procédure

La définition des besoins



Une bonne évaluation des besoins correspond également une exigence juridique. Le conseil d'Etat sanctionne l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins ; il a considéré entre autres que constituaient des manquements à la définition des besoins :

- La sous-estimation des quantités du marché, Conseil d'Etat, 29.07.1998 Commune de Léognan,
- Le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur, Conseil d'Etat, 08.08.2008 Région Bourgogne,
- La possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis, Conseil d'Etat, 15.12.2008, Communauté urbaine de Dunkerque.

Que faut-il entendre par besoin ?

Par besoins les travaux de voirie de l'établissement public, on entend tous les besoins liés à son activité et à son fonctionnement propre que ce soit en travaux, en fournitures ou en services (exemple : des achats de fournitures de bureaux, de papeterie, de produits d'entretien, d'ordinateurs, de prestations d'assurance pour les élèves, de maintenance, etc..).

Pourquoi identifier ses besoins ?

L'acheteur public devra faire une analyse approfondie des achats et des conditions dans lesquelles ceux-ci sont effectués. La gestion quotidienne d'un établissement s'inscrit beaucoup trop souvent dans l'urgence.

CMP.

Dans ce sens, l'article 5-I du CMP précise que, « avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence », « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées » :

⇒ « avec précision » ;

⇒ « en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

Sachant que : « le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins » (article 5-I du CMP).

☛ **Article 5-I du CMP** – La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

En outre, il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer « le niveau auquel les besoins sont évalués ». Dans ce sens, ce pouvoir adjudicateur pourrait choisir de ne satisfaire qu'une partie seulement du besoin. Dans ce cas, l'article 5-II du CMP

Mars 2012

précise que « *ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code* ».

☞ **Article 5-II du CMP** – Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.

Cette mention est capitale : il ne faut pas tricher pour, par exemple, se retrouver en dessous d'un certain seuil moins contraignant en matière de publicité et de mise en concurrence.

En ce qui concerne les marchés de maîtrise d'œuvre, la définition des besoins participe du contenu du programme défini à l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*.

☞ « *Le maître de l'ouvrage définit dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage* » (l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*).

La définition des prestations à réaliser.

L'article 6 du code pose comme principe que les prestations sont définies par rapport à des spécifications techniques qui sont formulées dans les documents de la consultation. Il s'agit, généralement, de faire référence à des normes ou documents équivalents connus des candidats, comme des agréments techniques ou des référentiels techniques élaborés par divers organismes spécialisés. On peut également expliciter sa prestation en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles à respecter. Ces deux approches pouvant d'ailleurs être combinées pour obtenir le meilleur résultat possible.

Mais très peu de gestionnaires ont connaissance des documents de référence en matière de spécifications techniques ; et heureusement le code prévoit que, dans le cadre d'une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte.

A noter que le code invite désormais les acheteurs publics à inclure des considérations touchant au respect de l'environnement et au développement durable dans la passation de leurs marchés.

Il est donc précisé à l'article 6-I du CMP que « pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte ».

☞ **Article 6-I du CMP** – Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées :

1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise la nature et le contenu des spécifications techniques.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte.

A noter que pour les prestations qui relèvent de l'article 30 du CMP (cela concerne certains marchés de service) « lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 193 000 € HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 » (article 30-II 2° du CMP).

L'allotissement.

L'article 10 du CMP prévoit que :

☞ 1°- « *afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27* » ;

☞ 2°- « *à cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions...* ».

☞ « Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots » (article 10 du CMP).

☞ « *Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* » (article 10 du CMP).

☞ **Le choix du mode de dévolution du marché** – « *L'article 10 du code fixe comme principe que tous les marchés seront passés en lots séparés, s'ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, sauf si l'allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier.*

Les pouvoirs adjudicateurs sont donc fortement incités à recourir à l'allotissement pour l'ensemble de leurs marchés. La dévolution sous forme de marché global devient désormais l'exception.

Mars 2012

La philosophie qui sous-tend cette mesure vise à permettre au plus grand nombre d'entreprises, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique » (point 6.1. de la Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics).

Le code pose donc comme principe, dans le but de susciter une réelle concurrence entre les entreprises, quelle que soit leur taille, que les marchés doivent être passés en lots séparés sauf si l'allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier. Le choix de ce mode (marché unique ou alloti, marché fractionné ou non, à tranches conditionnelles ou pas...) se situe au stade de l'expression des besoins, à un moment où la procédure n'est pas encore engagée.

L'allotissement est désormais la règle, le marché unique ou global l'exception. Le défaut d'allotissement non justifié porte atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique et constitue un manque aux obligations de mise en concurrence incombant au pouvoir adjudicateur ; et la jurisprudence est très pointilleuse sur ce point.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut passer un marché unique si :

- ☞ La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence (parce que le découpage est trop fin et qu'aucun opérateur ne descend à ce niveau) ;
- ☞ Lorsque l'exécution technique du marché risque d'être plus difficile ;
- ☞ Si l'exécution financière est plus coûteuse ;
- ☞ Si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer lui-même la coordination des lots.

L'estimation financière du marché à passer

Dans tous les cas l'estimation financière des prestations à commander pour satisfaire les besoins doit précéder le choix de la procédure, adaptée ou non.

Pour apprécier le montant du marché à passer, la personne publique doit se conformer aux dispositions de l'article 27 du CMP, sauf, le cas échéant, contradictions avec les dispositions des directives européennes.

☞ **Article 27-I du CMP** – Le pouvoir adjudicateur ne peut pas se soustraire à l'application du présent code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés ou accords-cadres autres que celles prévues par le présent article.

*« Considérant que la légalité d'un marché doit s'apprécier au regard de l'ensemble de l'opération dans laquelle il s'inscrit lorsque, comme en l'espèce, il porte sur des travaux et des ouvrages identiques devant être réalisés par tranches successives ; qu'en ce cas, **chaque marché doit respecter la procédure de passation afférente au seuil calculé sur le montant global de l'opération** ; que la circonstance alléguée que la deuxième tranche de travaux soit différée pour des raisons techniques, n'est pas de nature à remettre en cause le caractère unique de l'opération qui a d'ailleurs fait l'objet d'un financement calculé sur le montant global des travaux » (CAA de Nancy, 4 août 2006, Préfet du Doubs, n° 04NC00370).*

Les dispositions du CMP qui doivent permettre à la personne publique de déterminer le montant estimatif d'un marché sont les suivantes (article 27 du CMP) :

En ce qui concerne les fournitures et les services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

☞ **Article 28 du CMP** – Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre notamment le prix

La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.

Là aussi il convient de ne pas multiplier les marchés et de scinder une catégorie homogène afin de descendre en dessous de certains seuils moins exigeants en termes de contraintes.

Les crédits budgétaires alloués au marché.

A l'article 35-I 1° du CMP, concernant les cas de procédure négociée, l'introduction de la notion d'offre inacceptable impose que suite à l'évaluation du besoin à satisfaire les crédits nécessaires au paiement des prestations commandées doivent être inscrits au budget.

Cette précision a une importance au moment de l'examen des offres des candidats dans la mesure où il est précisé à l'article 53-III du CMP qu'entre autres les offres inacceptables sont éliminées.

☞ **Article 53-III du CMP** – Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.

Définition de la procédure adaptée

Vous avez donc déduit de votre estimation des besoins qu'il s'agissait d'un marché à procédure adaptée.

Au même titre que tous les marchés publics, les marchés passés « *selon la procédure adaptée* » sont des contrats administratifs (article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 - loi MURCEF) : « *conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » (article 1^{er}-I du Code des marchés publics-CMP).

Les procédures non formalisées (marchés sans formalités préalables dans la version 2001 de l'article 28 du CMP) devenues procédures adaptées (versions 2004 et 2006 du CMP) se distinguent des procédures formalisées par le fait que le code n'impose aucune *règles de procédure*, laissées au choix du pouvoir adjudicateur.

La procédure adaptée est définie à l'article 28 du CMP comme une procédure « dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur ».

1

L'article 28 du CMP distingue les procédures adaptées :

- 1°- avec publicité et mise en concurrence ;
- 2°- sans publicité et sans concurrence.

Deux sortes de procédures adaptées

Les procédures adaptées avec publicité et mise en concurrence.

A contrario des dispositions du dernier alinéa de l'article 28 du CMP, le pouvoir adjudicateur doit décider que le marché sera passé avec publicité et avec mise en concurrence :

⇒ si son montant estimé est égal ou supérieur à 15.000 € HT hors taxe ;

⇒ s'il ne correspond à aucune des situations décrites au II de l'article 35 ; cela vise notamment les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter.

Les procédures adaptées sans publicité et sans mise en concurrence.

Il est précisé au dernier alinéa de l'article 28 du CMP que : « *le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable* » :

⇒ « *si son montant estimé est inférieur à 15.000 € HT* » ;

⇒ « *dans les situations décrites au II de l'article 35* ».

ce cas vise principalement la notion d'urgence impérieuse.

☞ L'urgence impérieuse correspond à un cas renforcé d'urgence, et doit être distinguée de l'urgence « *simple* ». Le 1° du II de l'article 35, s'inspirant de la jurisprudence administrative sur la force majeure, définit l'urgence impérieuse comme résultant de « *circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait* ». L'urgence est clairement circonscrite aux phénomènes extérieurs, irrésistibles pour l'acheteur public. Pour pouvoir légitimement être invoqués, les cas d'urgence impérieuse doivent donc, ainsi que l'indiquent très clairement les directives « *marchés publics* », résulter « *d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question* » (voir article 31 1) c) de la directive 2004/18/CE).

L'urgence impérieuse doit rendre impossible le respect des délais normaux, y compris les délais réduits pour cause d'urgence simple. Par exemple, peut constituer un cas d'urgence impérieuse les interventions immédiates faisant suite à une tempête, la rupture d'une digue... changer un photocopieur ou acheter l'appareil pédagogique que réclame le prof pour son cours de la semaine prochaine ne sont pas une urgence impérieuse.

Quant à l'urgence simple, elle permet principalement de raccourcir les délais normaux de consultation.

La durée du MAPA et les reconductions

☛ **Article 17 du CMP** – *Un marché est reconduit tacitement en application du décret n° 2011 – 1000, ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises.*

Un contrat marché public comprend obligatoirement une durée qui est celle de l'exécution des prestations commandées. Dans ce sens, l'article 16 du CMP précise que « *cette durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixées en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* » (article 16 du CMP).

Définition du prix d'un MAPA

☛ **Article 17 du CMP** – « *Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.*

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production ».

☛ **Article 18 du CMP** – « *Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché est conclu à prix définitif* ».

Nota : un prix définitif peut être ferme ou révisable.

☛ **Article 87-I du CMP** – Une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermie est supérieure à 50 000 EUR HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance n'est due au titulaire du marché que sur la part du marché qui ne fait pas l'objet de sous-traitance. Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

Caractéristiques des MAPA

Respect des principes généraux.

Le fait que le CMP ne prévoit pas de formalités de procédure pour la passation d'un marché selon la procédure adaptée ne signifie pas qu'elle ne doit pas respecter certains principes généraux qui sont énoncés au II de l'article 1^{er} du CMP :

☞ Article 1^{er}-II du CMP – Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code **respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures**. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code.

De la même, comme toute autre procédure de marché public la procédure adaptée aboutit au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 53 du CMP).

☞ **Définition de l'offre économiquement la plus avantageuse** - « Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix » (46^e considérant de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service).

Une obligation du respect des principes généraux énoncés à l'article 1^{er} du CMP rappelée dans une réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie : « les principes généraux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures inscrits à l'article 1er du code sont applicables à tous les marchés publics, y compris aux marchés passés sans formalités préalables, comme l'ont rappelé les jurisprudences européennes (Cour de Justice des Communautés européennes, affaire C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, 3 décembre 2001 et affaire C-324/98 Telaustria, 7 décembre 2000) et nationale (Conseil d'Etat, avis du 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisserie de Pantin) » (Réponse ministérielle, JOS, 24 juillet 2003, p. 2394, n° 07517).

Modalités librement fixées.

☞ **Article 28 du CMP** - Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.

Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code.

Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48.

Il est donc précisé dans cet article que le pouvoir adjudicateur fixe librement les modalités d'une procédure adaptée « en fonction » :

⇒ « de la nature du besoin à satisfaire » ;

⇒ « des caractéristiques du besoin à satisfaire » ;

⇒ « du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre » (concerne en particulier les modalités de publicité - CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, n° 278732) ;

⇒ « des circonstances de l'achat ».

En outre le même article précise que pour déterminer ces modalités de procédure il « peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures ».

☞ « L'acheteur public peut définir une procédure adaptée inspirée de l'appel d'offres mais dont il adaptera le contenu. Dans ce cas, les avis de publicité doivent indiquer clairement qu'il s'agit d'une procédure adaptée » (Réponse ministérielle, 11 janvier 2005, JOAN, n° 49993, p. 327).

Le règlement de la consultation.

Il est prévu à l'article 42 du CMP que « les marchés et accords-cadres passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation qui est un des documents de la consultation ».

Ainsi, dès lors que la procédure adaptée fait l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence, elle nécessite la rédaction d'un règlement de la consultation.

Cependant, il est précisé à l'article 42 du CMP que « pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter » à la mention de la description des phases de la procédure et à l'énoncé des critères de choix.

Les critères de choix.

Pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de se fonder « sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché » (article 53-I 1° du CMP).

Le critère du prix constitue souvent la première justification du choix. Cependant, il est recommandé d'utiliser d'autres critères. De nombreux autres critères peuvent effectivement paraître justifiés : le délai de livraison, la garantie, la qualité technique... Ne pas oublier que vous devez préciser dès le départ à vos fournisseurs potentiels vos critères de choix. Le ministre des Finances l'a d'ailleurs rappelé le 11/01/07 lors d'une question écrite d'un sénateur en ces termes : "Quel que soit le type de procédure utilisé et afin de respecter les principes généraux de la commande publique, les candidats doivent être informés de la manière selon laquelle le pouvoir adjudicateur procédera à la comparaison des offres des candidats et comment il retiendra pour attribuer le marché tel candidat plutôt que tel autre. C'est la raison pour laquelle, même pour les marchés à procédure adaptée, les critères de choix des offres, sachant que si le pouvoir adjudicateur ne retient qu'un seul critère ce sera le prix, doivent être portés à la connaissance des candidats potentiels dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence notamment d'un tel avis, dans le règlement de la consultation".

Liste des critères de choix – version 2011 du CMP

prix
qualité
valeur technique
caractère esthétique et fonctionnel
performances en matière de protection de l'environnement
performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté
Performances en matière d'approvisionnement
coût global d'utilisation
rentabilité
caractère innovant
service après-vente et l'assistance technique
date de livraison
délai de livraison ou d'exécution

« D'autres critères que ceux énoncés à l'article 53 peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution » (article 53-I 1° du CMP).

Le Conseil d'Etat considère que le pouvoir adjudicateur doit indiquer, dans les documents de la consultation, ses attentes en ce qui concerne chaque critère de choix retenu (CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse, n° 280197).

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commune de Toulouse a retenu trois critères d'attribution du marché portant sur les qualités esthétiques, la qualité de l'entretien (maintenance et nettoyage) et les qualités techniques du mobilier ; qu'elle a pondéré ces critères à hauteur respectivement de 50 %, 30 % et 20 % ; que la commune de Toulouse, qui était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, pouvait, eu égard à l'objet du marché, retenir le critère esthétique ; que toutefois, en donnant à ce critère une place prépondérante sans fournir, ni dans les documents contractuels, ni dans sa réponse du 9 décembre 2004 à la demande de renseignements de la société Jean-Claude Decaux, aucune indication sur ses attentes en la matière, la commune de Toulouse, à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que la commune a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait » (CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse, n° 280197).

A contrario des dispositions de l'article 53-II, si dans le cas d'une procédure adaptée, non formalisée, des critères de choix doivent être retenus, ils n'ont pas à être obligatoirement pondérés.

« L'article 53-II du code des marchés publics ne prévoit une obligation de pondérer les critères de sélection des offres que pour les seuls marchés passés selon une procédure formalisée. Les marchés passés selon une procédure adaptée ne sont pas soumis à cette obligation. Néanmoins, s'ils le souhaitent, en particulier lorsque le montant du marché sera élevé voire proche des seuils de procédure formalisée et que plusieurs critères d'attribution seront choisis, rien ne s'oppose à ce que les acheteurs publics procèdent à la pondération de leurs critères de choix des offres dans le cadre de la mise en oeuvre de leurs procédures adaptées » (Réponse ministérielle, 4 janvier 2007, JOS, p. 27, n° 25186).

Pour faire une synthèse de tous les éléments et de la jurisprudence, pour sécuriser un MAPA il convient de respecter les règles suivantes :

- ⇒ les critères retenus doivent par principe faire l'objet d'une pondération mathématique (du style prix 80%, qualité 20%) ;
- ⇒ le principe d'égalité de traitement des candidats à un marché public implique une obligation de transparence et donc de publicité des critères de jugement des offres, de leur ordre d'importance et de leur poids ;
- ⇒ si, compte tenu de l'objet du marché, un seul critère est retenu, ce sera obligatoirement celui du prix.
- ⇒ les offres sont notées pour chaque critère, elles sont donc confrontées aux critères par, d'une part, une méthode de notation des offres et, d'autre part, une méthode de conversion du prix en note.

Mars 2012

☞ S'agissant de la méthode de conversion du prix en note, le ministère de l'économie et des finances indique que ce critère prix doit donner lieu à une comparaison directe des offres entre elles, le prix le plus bas devant obtenir l'évaluation la plus haute (Réponse ministérielle, 23 août 2007).

La dématérialisation.

La dématérialisation des procédures, obligatoire pour les procédures formalisées, ne s'impose pas totalement aux procédures adaptées (article 56 du CMP) ; mais il y a des nouveautés pour certains marchés au-delà de 90 000 € HT :

☞ **Article 56-II du CMP** - 1° A compter du 1er janvier 2010, le pouvoir adjudicateur peut imposer la transmission par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa du I.

2° A compter de la même date, pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les documents requis des candidats sont transmis par voie électronique.

III. - A compter du 1er janvier 2012, pour les achats de fournitures, de services ou de travaux d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser de recevoir les documents requis des candidats qui sont transmis par voie électronique.

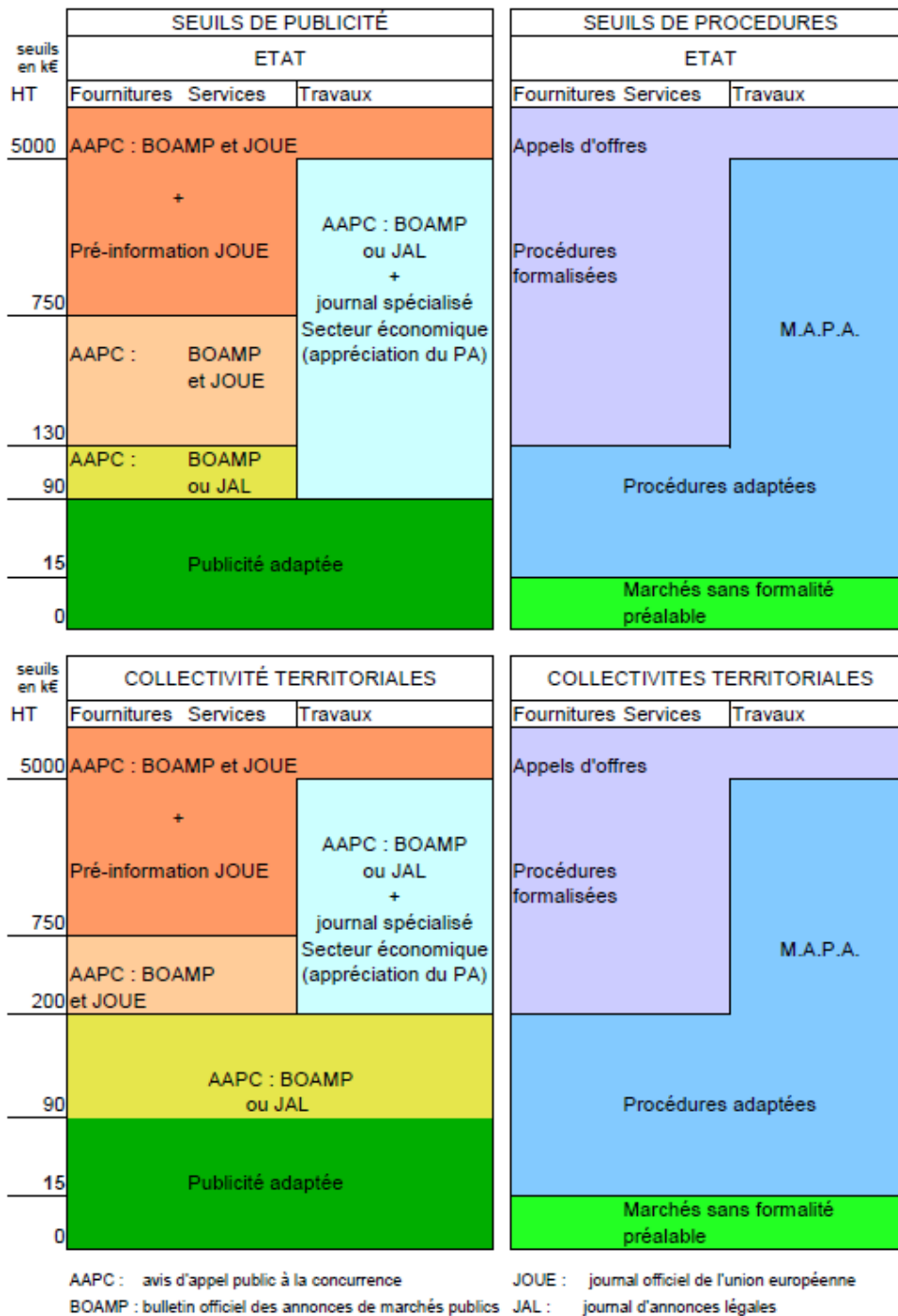
Mars 2012

La publicité d'un MAPA

Les niveaux de publicité

ANNEXE

CODES DES MARCHES PUBLICS
Seuils applicables à compter du 1er janvier 2012



Il appartient à la personne responsable du marché de déterminer les modalités de publicité en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché mais aussi « du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre » (concerne en particulier les modalités de publicité - CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais) ;

Seuil financier	Procédure	Niveau de publication	Article
-----------------	-----------	-----------------------	---------

Inférieur à 15 000 € HT	(1)	Adaptée	Aucune obligation de publicité	28
Inférieur à 90.000 € HT	(2)	Adaptée	Libre choix des modalités de publicité	40-II
Travaux, fournitures et services – Compris entre 90 000 € HT et 200 000 € HT	(3)	Adaptée	Profil d'acheteur plus Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou Journal habilité à recevoir des annonces légales Plus éventuellement journal spécialisé	40-III

(1) « Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables [...] si son montant estimé est inférieur à 15 000 EUR HT » (article 28-I du CMP).

(2) « Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 15 000 EUR HT et 90 000 EUR HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 15 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause » (article 40-II).

(3) 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). A compter du 1er janvier 2010, les acheteurs sont, en outre, tenus de publier les avis sur leur profil d'acheteur. Le code invite, en outre, l'acheteur à compléter, si cela est nécessaire, sa publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée. C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, la nécessité d'une telle publication complémentaire. Les avis adressés au BOAMP sont obligatoirement transmis par téléprocédure. Pour toutes les catégories de marchés, les acheteurs devront pour la publication de leurs avis, tant au BOAMP, dans un journal d'annonces légales que dans la presse spécialisée, utiliser les formulaires obligatoires fixés par l'arrêté du 28 août 2006.

Les formes de la publicité.

S'il est prévu à l'article 40 du CMP que dès lors que le montant estimé d'un marché dépasse 90.000 € HT, il est nécessaire de procéder à la publication d'avis d'appel public à la concurrence, aucune forme de publicité n'est prescrite en dessous de ce même montant.

La question du bon niveau de publicité se pose donc essentiellement pour les achats compris entre 15 000 € HT et 90 000 € HT puisque, en dessous de 15 000 €, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code, et qu'au-dessus de 90 000 €, le code impose des modalités de publicité précisément définies.

Dans ce cadre, le ministère de l'économie et des finances a été amené à préciser que « il peut être ainsi considéré 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 » (Réponse ministérielle, JOS, 24 juillet 2003).

les divers modes de publicité :

- les trois devis.

La technique souvent utilisée par est celle dite des "3 devis" que ce soit par catalogue ou demande expresse. Le fait de disposer de trois devis suffit-il à remplir ses obligations vis à vis du code ? Dans ce domaine comme dans d'autres, la réponse est affaire d'appréciation. Cette technique des trois devis trouvait son "fondement" dans la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics qui stipulait que pour les marchés de très faible montant, on devait considérer que la mise en concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constituait en elle-même un élément de publicité suffisant et qu'il n'était pas nécessaire de recourir dans tous les cas à une publication pour satisfaire à l'obligation de transparence. Le décret du 26 novembre 2004 (repris dans le code 2006) en dispensant explicitement de toute mise en concurrence les marchés dont le montant est inférieur à 15 000 € HT a réglé la question des achats de très faible montant.

Ce qui est certain c'est que si il est toujours utile et de bonne gestion de demander des devis pour les marchés dont le montant est inférieur à 15 000 € HT, une simple demande de devis au-delà de ce seuil ne semble pas conforme au code des marchés publics. En effet, la technique des trois devis n'est bien souvent qu'une consultation formelle et ne peut être considérée que comme une mise en concurrence sans réelle publicité. Ors, en dehors des cas prévus expressément par le code, tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective. Est-ce que consulter trois fournisseurs peut-être considérés comme une publicité suffisante ? Voilà la question, et c'est le juge qui appréciera au besoin en fonction des éléments et notamment du montant du marché...

☞ Point 2.1.1 de la communication interprétative de la commission du 22 juin 2006, relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics »

La commission estime que la pratique consistant à prendre contact avec un certain nombre de soumissionnaires potentiels n'est pas suffisante à cet égard, même si l'entité adjudicatrice s'adresse à des entreprises d'autres États membres ou s'efforce d'entrer en contact avec l'ensemble des fournisseurs potentiels. Une approche sélective de cette nature ne peut exclure toute discrimination à l'encontre des soumissionnaires potentiels d'autres États membres, et notamment des nouveaux arrivants sur le marché. Il en va de même pour toute forme de publicité "passive" où une entité adjudicatrice n'assure pas de publicité active mais répond aux demandes d'informations émanant de candidats qui ont découvert par leurs propres moyens l'existence d'un marché.

- la publicité écrite.

Mars 2012

Une publicité écrite dans un support adapté au secteur économique concerné (presse spécialisée) ou dans un journal d'annonces légales constitue un bon moyen d'assurer la transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats. Les mentions contenues dans l'avis d'appel public à la concurrence doivent être suffisamment précises pour que les candidats prennent immédiatement connaissance de l'ensemble des règles qui régissent la consultation (objet du marché, critères de sélection, déroulement de la procédure, date de remise des plis, délai de validité des offres...) et disposent des éléments nécessaires à l'élaboration de leur offre. Le contenu de l'avis est variable et doit, bien entendu, être adapté à l'importance et aux spécificités du marché. L'avis doit permettre de respecter les principes fondamentaux énoncés à l'article 1er du code tout en évitant un formalisme excessif. Le problème est que cet avis est cher - très cher - et doit être réservé aux montants importants.

- les autres modes de publicité

D'une manière générale, les autres modes de publicité sont le recours à l'Internet ou à l'affichage.

Plus intéressante, valable et pratique est la publicité par internet dans la mesure où elle est effectuée sur un site reconnu dans le domaine des marchés publics et ayant une audience suffisante.

La mise en ligne sur un site Internet reconnu peut alors être considérée comme un moyen unique d'information suffisant pour les achats de faible ou moyen montant (à définir dans votre politique d'achat présentée au CA). Il faudra donc vous orienter sur des sites "commerciaux" ayant une large audience "nationale" pour faire cette publicité. Ils sont nombreux et de coût très variable.

☛ **Le profil d'acheteur** est le nom donné à un ensemble de moyens informatiques comprenant le portail et l'application logicielle de gestion des procédures de passation dématérialisées des marchés publics d'un acheteur public. C'est une «salle des marchés» ou une « place de marchés » virtuelles. En pratique, il s'agit d'un site, communément appelé «plate-forme», mis en ligne à une adresse Web, qui centralise les outils nécessaires à la dématérialisation des procédures de passation et les met à disposition, via Internet, des acheteurs et des opérateurs économiques. Ce site doit obligatoirement permettre de mettre en ligne les avis, les DCE, recevoir des candidatures et des offres électroniques de manière sécurisée et confidentielle ; sans que cette liste soit limitative.

☛ **Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics - 10.3.2.1. Quelle publicité entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros (HT) - le choix du support de la publicité :**

Pour les marchés dont le montant estimé est compris entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros HT, il appartient à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité « appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé » (Conseil d'Etat, 7 octobre 2005, région Nord - Pas-de-Calais). S'il est évident que le choix du support de publicité est fonction du montant du marché, il doit aussi être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l'urgence du besoin. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire. L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si, dans les faits, les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de taille, d'être informés de l'intention d'acheter et, de la description précise du besoin, pour obtenir une diversité d'offres suffisante, pour garantir une réelle mise en concurrence.

Ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre du pouvoir adjudicateur. **Les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Ce moyen de publicité peut être un moyen unique suffisant, à la condition expresse que le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu du marché. Il est recommandé aux acheteurs publics d'informer les candidats potentiels, par exemple au moyen de la publication d'un avis sur un support traditionnel, de leur intention de publier désormais leurs avis sur le profil d'acheteur. En revanche, pour des sites à audience plus réduite, il convient de ne considérer ce mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse. L'information des candidats potentiels peut également être diffusée au BOAMP, dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée.** Ces supports doublent leur publication sur papier d'une mise en ligne automatique et offrent souvent des tarifs préférentiels, pour la publicité des marchés en dessous des seuils de procédure formalisée.

Cependant, si tout doit être mis en œuvre pour permettre à plusieurs entreprises de répondre à l'appel à la concurrence, quelle que soit la forme qu'il prend, le fait qu'une seule entreprise réponde aux sollicitations de l'acheteur public n'interdit pas de ne traiter qu'avec elle dans le cadre de la commande concernée.

Le contenu de la publicité.

Mars 2012

A l'exception des avis publiés dans la presse concernant des marchés passés selon la procédure adaptée dont le montant estimé est inférieur à 90.000 € HT, l'article 40-V du CMP prévoit que « *les avis d'appel public à la concurrence mentionnés au 1° du III et au 1° du IV sont établis conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

A contrario, le CMP ne prévoit aucune disposition encadrant le contenu minimal obligatoire de la publicité en ce qui concerne les marchés passés selon la procédure adaptée dont le montant estimé est inférieur à 90.000 € HT.

Dans ces conditions, il appartient à chacun de déterminer ce contenu.

Toutefois, en ce qui concerne le contenu minimum d'une lettre de consultation adressée à des entreprises ou d'un avis d'appel public à la concurrence à paraître dans la presse, une ordonnance du Tribunal administratif de Melun permet de préciser que, outre l'identification du service ou établissement acheteur, il est important d'indiquer :

1°- la procédure appliquée : procédure adaptée passée conformément aux dispositions de l'article 28-I du CMP ;

☞ « *L'acheteur public peut définir une procédure adaptée inspirée de l'appel d'offres mais dont il adaptera le contenu. Dans ce cas, les avis de publicité doivent indiquer clairement qu'il s'agit d'une procédure adaptée* » (Réponse ministérielle, 11 janvier 2005, JOAN, n° 49993, p. 327).

2°- l'objet du marché ;

3°- les pièces à fournir ;

4°- la date limite de remise des offres ;

5°- le ou les critère(s) d'attribution du marché.

☞ « *Quel que soit le type de procédure utilisé et afin de respecter les principes généraux de la commande publique, les candidats doivent être informés de la manière selon laquelle le pouvoir adjudicateur procédera à la comparaison des offres des candidats et comment il retiendra pour attribuer le marché tel candidat plutôt que tel autre. C'est la raison pour laquelle, même pour les marchés à procédure adaptée, les critères de choix des offres, sachant que si le pouvoir adjudicateur ne retient qu'un seul critère ce sera le prix, doivent être portés à la connaissance des candidats potentiels dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence notamment d'un tel avis, dans le règlement de la consultation* » (Réponse ministérielle, 11 janvier 2007, JOS, p. 76, n° 25201).

Le cas échéant, il doit être indiqué comment obtenir le cahier des charges.

☞ **Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics - 10.3.2.1. Quelle publicité entre le seuil de dispense de procédure et 90 000 euros (HT) - la détermination du contenu de la publicité :**

Quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi, doivent toujours être mentionnés : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, le cas échéant, leurs conditions de mise en œuvre (Conseil d'Etat Sect., 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi, n° 290236).

Lorsque le pouvoir adjudicateur procède à la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, sa marge d'appréciation est plus limitée. Dans ce cas, et quel que soit l'organe de publication utilisé (BOAMP, journal d'annonces légales ou autres publications), l'article 5 de l'arrêté du 28 août 2006 fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres impose aux acheteurs publics l'utilisation du modèle d'avis d'appel public à la concurrence fixé par cet arrêté. L'avis doit alors contenir, au minimum, les informations indiquées comme obligatoires : le nom et l'adresse de l'organisme acheteur, l'objet du marché, les critères d'attribution, le type de procédure choisie, les délais de réception des candidatures et des offres, la date d'envoi de l'avis pour publication.

☞ Comme pour les autres procédures, lorsqu'une procédure adaptée fait l'objet de plusieurs avis d'appel public à la concurrence publications leur contenu doit être identique et sans discordance (TA de Besançon, 23 novembre 2005, Société Synorganis).

Le délai de publicité

Le CMP ne prévoit aucune disposition encadrant le délai minimum de publicité en ce qui concerne les marchés passés selon la procédure adaptée.

Dans ces conditions, il appartient à chacun de déterminer ce délai.

Toutefois, en ce qui concerne le délai de publicité (nombre de jours laissés aux candidats pour répondre à la publicité), la jurisprudence et des réponses ministérielles permettent d'indiquer que :

1°- Lorsqu'un avis d'appel public à la concurrence est publié dans la presse, le délai de publicité s'apprécie à compter de la date de sa publication, et non de son envoi. Les jours sont décomptés de cette date à la date de remise des entreprises ;

2°- le délai doit être fixé en tenant compte de l'objet du marché et de la difficulté que présente la réponse. On devra notamment tenir compte d'une visite obligatoire sur place pour certains travaux ou fournitures.

Le choix de l'attributaire du marché

☞ **Article 28 du CMP** - Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48.

☞ **Article 52-I du CMP** – Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours.

Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

☞ **article 44 du CMP** – Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

- 1° La copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire ;
- 2° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 43 ;
- 3° Les documents et renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées à l'article 45.

☞ **article 45-I du CMP** – Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

1) Dans ce cadre fixé par les dispositions de l'article 52, le pouvoir adjudicateur :

- ⇒ Vérifie le contenu de chacun des dossiers de candidatures transmis par rapport à la liste des documents demandés aux candidats.
- ⇒ Élimine les candidats dont les situations au regard des dispositions des articles 43 à 46 sont irrégulières ;
- ⇒ Apprécie les niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières par rapport à ses exigences ;
- ⇒ Élimine les candidats dont les niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières sont insuffisants.

Nota : dans la mesure où la procédure adaptée comporte une phase de négociation ou discussion des offres, cette phase précède l'examen des offres dans le but du choix parmi elles de l'offre économiquement la plus avantageuse

2) Ensuite, de la même manière que dans le cadre des procédures formalisées, quelle que soit la manière et le moment de remise des offres, les offres des candidats sont examinées :

- ⇒ chaque offre est examinée de manière intrinsèque de manière à :
 - déterminer si elle est appropriée, régulière et acceptable, dans le cas contraire elle est éliminée (article 53-I du CMP) ;

	Article du CMP	Définitions
offre inappropriée	35-II 3°	Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre.
Offre irrégulière	35-I 1°	Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.
Offre inacceptable	35-I 1°	Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.

- Apprécier le rapport qualité-prix qu'elle présente au regard des critères de choix prédéfinis ;

⇒ les offres sont comparées entre elles au regard des différents rapports qualité-prix qu'elles présentent de manière à :

- Établir un classement de l'offre économiquement la plus avantageuse à l'offre économiquement la moins avantageuse ;
- Retenir l'offre la mieux classée, considérée comme celle qui présente le meilleur rapport qualité-prix et donc comme économiquement la plus avantageuse (article 53-III du CMP) ;

⇒ l'entreprise qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse est attributaire du marché.

L'achèvement de la procédure

Aucun rapport de présentation du pouvoir adjudicateur n'a à être obligatoirement établi à l'issue d'une procédure adaptée. Cette obligation s'impose uniquement pour les marchés passés selon une procédure formalisée.

La forme du contrat.

L'article 11 du CMP prévoit que « les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 15 000 EUR HT sont passés sous forme écrite ». Ce qui à contrario signifie que, en dessous de 15 000 € HT, un contrat peut ne pas faire l'objet d'un écrit ou être non-écrit (commande passée par téléphone par exemple).

Un marché passé en procédure adaptée est signé dès lors qu'il fait l'objet d'un contrat écrit.

Aucune forme du contrat écrit n'est exigée. Il peut s'agir d'un devis contresigné « bon pour accord », d'un bon de commande adressé à l'entreprise retenue..., ou d'un acte d'engagement...

Le signataire du marché.

A la question de savoir qui signe le marché, le ministre des finances a précisé, dans sa réponse à un sénateur en date du 8 mars 2007, que "le fait qu'un article du code des marchés ne mentionne pas l'autorité compétente pour effectuer un acte signifie qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer, au vu de son organisation et des règles qui lui sont applicables, qui est la personne compétente." En effet, le CMP n'indique expressément que les seuls cas dans lesquels la commission d'appel d'offres, le jury ou l'assemblée délibérante interviennent. Lorsque l'intervention de ces instances n'est pas prévue, il convient de considérer que le chef d'établissement, chargé de conclure les contrats en application du code de l'Education, est compétent

Délai à respecter avant la signature du marché.

Aucun respect d'un délai minimum n'est exigée pour signer un marché passé selon une procédure adaptée. Cette obligation, conformément aux dispositions de l'article 80-I du CMP, n'existe que pour les marchés passés à la suite d'une procédure formalisée.

☛ **article 80-I du CMP.-1°** Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.

Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature.

Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

La notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

Cependant pour limiter les risques de contentieux et pour le respect des règles de transparence et d'égalité de traitement, les candidats dont la candidature ou l'offre a été écartée doivent en être informés. Un délai de 16 jours (ou 11) est prévu par l'article 80 du code entre l'information des candidats rejetés et la signature du marché ; il ne s'applique pas en principe aux marchés passés en procédure adaptée, mais il est fortement recommandé de le respecter compte tenu du risque de recours en référé administratif pour les « gros MAPA » ou ceux dont on peut s'attendre à contestation du choix.

Pour tenir compte du nouveau référé précontractuel, un délai de 16 jours semble donc la solution idéale entre l'information des candidats non retenus et la signature du marché.

Information des candidats non retenus.

☛ **article 83-I du CMP.-** Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin.

☛ **article 80 du CMP.-1°** Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.

Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature.

(...)

Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;
- b) Serait contraire à l'intérêt public ;

Mars 2012

c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Selon l'article 83 du CMP, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre". Si un candidat rejeté le demande, on doit donc lui communiquer les éléments du rejet.

La meilleure solution est donc, même si cela n'est pas obligatoire pour un MAPA, d'informer les candidats non retenus dès que le choix est effectué et avant la conclusion du marché et de leur communiquer en même temps les motifs du rejet de leur offre.

Mais quels sont les éléments communicables ? conformément à l'article 80-III du code, il est interdit de communiquer des informations qui violeraient le secret industriel et commercial, seraient contraires à l'intérêt public ou nuiraient à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Les avis publiés par la CADA (commission d'accès aux documents administratifs) facilitent la distinction entre documents communicables ou non.

Extrait d'un de ces avis :

La commission rappelle qu'une fois signés, les marchés publics et les documents qui s'y rapportent sont considérés comme des documents administratifs soumis au droit d'accès institué par la loi du 17 juillet 1978. En conséquence, la communication à un candidat écarté des motifs ayant conduit la commission d'appel d'offres à ne pas lui attribuer le marché ne permet pas de refuser la communication de ces documents.

Ce droit de communication, dont bénéficient tant les entreprises non retenues que toute autre personne qui en fait la demande, doit toutefois s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale, protégé par les dispositions du II de l'article 6 de cette loi. Sont notamment visées par cette réserve, les mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification de système qualité, aux certifications tierces parties ainsi qu'aux certificats de qualification concernant la prestation demandée, ainsi que toute mention concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics.

L'examen des offres des entreprises au regard du respect de ce secret conduit la commission à considérer que, sous réserve des spécificités propres à chaque marché :

- l'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue est en principe communicable dans la mesure où elle fait partie intégrante du marché ou du contrat ;

- l'offre de prix globale des entreprises non retenues est, en principe, elle aussi communicable ;

- le détail technique et financier des offres de ces entreprises n'est pas communicable. En conséquence, il ne peut en aucun cas être fait droit à une demande de communication des offres de ces entreprises. De plus, doivent être occultées dans les documents préparatoires à la passation du marché (procès-verbaux, rapports d'analyse des offres) les mentions relatives aux détails techniques et financiers de ces offres.

Au titre de la spécificité de certains marchés, la commission considère qu'il y a lieu de tenir compte du mode de passation du marché ou contrat, de sa nature et de son mode d'exécution. Ainsi, doivent par exemple faire l'objet d'un examen particulier les demandes d'accès aux documents relatifs à des marchés qui s'inscrivent dans une suite répétitive de marchés portant sur une même catégorie de biens ou services et pour lesquels une communication du détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire à une entreprise concurrente serait susceptible de porter atteinte à la concurrence lors du renouvellement de ce marché.

Les pièces qui sont communicables à une entreprise non retenue ayant participé à une procédure de passation de marchés selon la procédure adaptée sont toutes les pièces qui jalonnent le déroulement de la mise en concurrence, à l'exception du détail des offres des entreprises non retenues afin d'éviter de porter atteinte au secret industriel et commercial (Commission d'accès aux documents administratifs, 7 septembre 1995, référence : 19952401 et 3 février 2000, référence 20000595).

Documents communicables et marchés : La communication des documents administratifs en matière de marchés publics. Un document de la DAJ/CADA (<http://www.gestionnaire03.fr/CADA-marches-2009.pdf>) du 3 juillet 2009 fait le point sur cette question délicate.

Mais dans un premier temps, on peut se contenter lors de l'information d'un candidat non retenu d'indiquer le rang de classement de son offre rejetée après application des critères figurant dans l'appel d'offre, ainsi que le nom de la société lauréate ; éventuellement le montant de l'offre retenue et les raisons du rejet de son offre (par exemple non respect du cahier des charges). Cela permet le plus souvent d'éviter des demandes ultérieures plus précises et de voir la réaction du candidat non retenu.

La notification du marché.

Il convient donc d'attendre également 16 jours avant de notifier au prestataire retenu le marché en cas de contestation. C'est l'article 81 qui vous oblige à cette notification : "Sauf dans le cas de l'échange de lettres prévu au 1° du II de l'article 35, les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 15 000 EUR HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution. (...) A l'exception du cas de l'échange de lettres, le marché ou l'accord-cadre prend effet à cette date".

Après passation du contrat, celui-ci doit être notifié au prestataire retenu. Sauf s'il s'agit d'un contrat d'un montant inférieur à 15 000€ HT (article 81 du CMP). Si, pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en un envoi d'une copie du marché ou de l'accord-cadre signé au titulaire, aucune précision sur la forme de la notification n'est donnée pour les MAPA. Les marchés n'ont pas à être envoyés au contrôle de légalité entre la signature du contrat et la notification au titulaire.

Avenant

☛ **article 20 du CMP.**- En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.

La notion de « sujétions techniques imprévues » a été précisée par le Conseil d'Etat qui considère que « ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens des dispositions du CMP, que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties » (CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens). De manière plus générale, il faut que la situation présente un caractère irrésistible ; le juge exclu strictement l'imprévision.

En dehors de ce cas, un avenant ne peut ni bouleverser l'économie du marché (jurisprudence sur des augmentations de l'ordre de 40 % du montant initial), ni en changer l'objet

A noter que la pratique des avenants est susceptible de concerner des actes pouvant constituer des pratiques de nature à procurer un avantage injustifié définies et réprimées par le code pénal (voir ci-après les délits en matière de marchés).

Les voies de recours

Le référé précontractuel

Le référé précontractuel sanctionne les manquements aux règles de publicité et mise en concurrence (critères de sélection des offres non respectés, DCE incomplet, ...), à condition de démontrer que le manquement invoqué a lésé ou a pu léser le requérant. Le recours doit être déposé avant la signature du marché, ce qui interdit alors la signature. La réforme impose également de notifier la requête à l'acheteur public. Le recours aboutit rapidement : le juge statue entre le 16ème jour après envoi de la décision de rejet aux candidats (le 11ème pour un envoi par voie électronique) et le 20ème jour suivant le dépôt de la requête. Il peut annuler totalement ou partiellement la procédure, supprimer des clauses, ..., en tenant compte, notamment au regard de l'intérêt public, de conséquences excessives de ces mesures.

L'existence du référé précontractuel n'interdit pas au demandeur d'exercer d'autres voies de recours, notamment de présenter un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat en l'assortissant d'une demande de référé suspension.

Le référé contractuel

Le référé contractuel créé par l'ordonnance du n°2009-515 du 7 mai 2009.

Ce recours ne peut être cumulé avec un référé précontractuel, sauf violation de l'interdiction de signer. Les irrégularités sanctionnées sont globalement les mêmes qu'en référé précontractuel. Les pouvoirs du juge diffèrent.

Cette procédure permet d'obtenir du juge des référés qu'il prononce la nullité du contrat lorsque aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication était nécessaire. Le juge pourra également prononcer une telle nullité lorsque le contrat aura été signé:

- avant l'expiration du délai imposé entre l'envoi de la décision d'attribution du marché aux entreprises ayant candidaté ou présenté une offre et la signature du marché ;
- ou alors que le juge des référés précontractuels était encore saisi ou n'avait pas encore notifié sa décision à la collectivité publique, à condition cependant que l'entreprise ait été effectivement privée de son droit d'exercer un recours précontractuel et que des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence aient compromis ses chances d'obtenir le contrat.

Le référé contractuel doit être déposé au plus tard, soit 31 jours après publication d'un avis d'attribution, soit 6 mois après signature en l'absence d'avis.

Le recours de pleine juridiction

Si la signature du contrat met fin à la possibilité d'exercer un référé précontractuel, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif a désormais la possibilité de former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Ce recours peut être accompagné d'une demande tendant à ce que le juge des référés ordonne, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution du contrat (CE, 16 juillet 2007, Société Tropic). En pratique, le référé suspension nécessite de démontrer une situation d'urgence pour le requérant, c'est-à-dire un préjudice grave, ce qui est très difficile à établir.

Le délai est de deux mois à compter d'une publicité appropriée : en principe un avis mentionnant la conclusion et les modalités de consultation du marché. Sans ces mesures, le délai ne court pas.

Le juge peut selon l'importance de l'irrégularité : résilier le marché, modifier ses clauses, décider sa poursuite sous réserve de régularisations, octroyer des indemnités, ou - sauf atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants -

Mars 2012

l'annuler totalement ou partiellement. L'indemnité correspond au bénéfice manqué sur le marché, si le requérant avait une chance sérieuse d'être retenu, ou, à défaut, aux frais de préparation de l'offre.

Les délits en matière de marchés publics

Il convient de garder à l'esprit que les marchés publics ne sont pas anodins : il y a de réels risques à ne pas les prendre au sérieux.

Début 2005, le Ministère de la justice a diffusé une [circulaire sur le nouveau code 2004 et le délit de favoritisme](#). Destiné aux magistrats, cette circulaire est toujours d'actualité avec le nouveau code 2006. Sa lecture pourra être utile à tous ceux qui jugent possible de passer outre au CMP.

La prise illégale d'intérêt

Le nouveau Code pénal prévoit que : « le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 € d'amende ».

Le délit de favoritisme

☛ **L'article 432-14 du Nouveau code pénal** prévoit qu' « est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

Peuvent être considérés comme constitutifs d'un délit de favoritisme, un ou des manquements aux principes généraux de la commande publique énoncés à l'article 1 du CMP. La volonté délibérée d'attribuer systématiquement à une même entreprise une commande même de faible montant, sans publicité ni mise en concurrence, peut être regardée comme étant de nature à procurer un avantage injustifié à l'entreprise concernée.

Dans une réponse ministérielle de décembre 2006, il a été de nouveau précisé : "Le juge pénal, s'il a à apprécier l'existence d'un délit de favoritisme dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée, vérifiera, non pas la violation d'obligations formelles, puisque le code des marchés publics n'en fixe pas pour cette catégorie de marchés, à l'exception de l'obligation de publicité formalisée imposée à partir de 90 000 euros hors taxes, mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public aura au cas par cas mises en oeuvre. Celles-ci devront en effet avoir réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et avoir abouti à une diversité d'offres suffisante garantissant une mise en concurrence effective."

A titre d'exemple, la Cour de cassation a confirmé dans un [arrêt du 14 février 2007](#) les condamnations prononcées par une cour d'appel à la suite de l'attribution d'un marché de 5 850 euros. La méconnaissance des principes inscrits à l'article 1er du code des marchés publics, qui s'applique à tous les marchés publics quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal, qui sanctionne les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Extrait des attendus de l'arrêt de la C.Cass. "...les dispositions figurant à l'article 1er-I du code des marchés publics, alors applicables, qui édictent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, concernent tous les marchés publics sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme ; que les juges ajoutent qu'Elisabeth X... a reconnu avoir pris sa décision d'attribuer le marché à la société AC Consultants Sud-Ouest non pas en fonction de critères objectifs de choix découlant des propositions faites par les candidats mais pour "faire plaisir" à un tiers avec lequel elle entretenait des relations d'amitié et qu'en procédant ainsi, elle a porté atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats et procuré un avantage injustifié à la société AC Consultants Sud-Ouest".

La publicité à posteriori

Les textes imposent la publication de la liste des marchés conclus l'année précédente par les personnes publiques sur un support. Compte tenu du coût de l'insertion dans la presse, l'utilisation d'un site internet est un choix judicieux. La publication de cette liste se fait par type de marchés, à savoir : travaux, fournitures et services. Elle doit comporter au moins les mentions suivantes : objet du marché, date du marché, nom de l'attributaire du marché ainsi que son code postal.

☛ **L' arrêté du 21 juin 2011** abroge et annule l'arrêté du 26 décembre 2007, pris en application de l'article 133 du code des marchés publics et relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Au cours du premier trimestre de chaque année, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publie, sur le support de son choix, une liste des marchés conclus l'année précédente.

Cette liste indique, de manière séparée, les marchés relatifs aux travaux, aux fournitures et aux services.

Pour chacun de ces trois types de prestations, les marchés sont regroupés en fonction de leur prix selon les tranches suivantes

- 20 000 € HT à 49 999,99 € HT ;

- 50 000 € HT à 89 999,99 € HT ;

- 90 000 € HT à 132 999,99 € HT ;

etc...

Le contrôle du comptable

Le comptable n'a en aucune façon à s'assurer du respect des procédures de passation des marchés ni de l'imputation correcte des dépenses dans les lignes de la nomenclature marchés publics adoptés par l'établissement qui relèvent de la seule responsabilité de l'ordonnateur.

Outre ses contrôles habituels (exacte imputation budgétaire et comptable de la dépense, disponibilité des crédits, ...) son contrôle consiste exclusivement à vérifier que le montant total mandaté pour chaque ligne de la nomenclature n'a pas dépassé le montant prévu.