

n°35
repères

DROIT ET FISCALITÉ

**Les marchés des organismes Hlm :
passation et exécution**

Collection Cahiers - mai 2017 - 25 €



RÉALISATION

Direction des études juridiques et fiscales de l'Union sociale pour l'habitat

RÉDACTION

Bruno de Baudouin, directeur Habitat et Territoires Conseil

Cécile Gau, consultante Habitat et Territoires Conseil

AVEC LA COLLABORATION DE

Andria Judicaël, juriste Groupe Arcade - **Boucaux Christophe**, directeur, Direction de la maîtrise d'ouvrage et des politiques patrimoniales de l'Union sociale pour l'habitat - **Camus Aude**, responsable marchés publics, Macôn Habitat - **Colliot Sylvie**, secrétaire générale, GIE Arcades Services - **Devaux Guillaume**, responsable juridique Achats, Vilogia - **Eripret Chloé**, juriste, groupe Polylogis - **Faivre d'Arcier Cécile**, responsable service juridique et foncier, 13 Habitat - **Guilbaud Xavier**, directeur des affaires juridiques et du secrétariat général, Nantes Métropole Habitat - **Landes Manuel**, conseiller juridique, Fédération nationale des Offices Publics de l'Habitat - **Laurenti Jean**, directeur des marchés publics, 13 Habitat - **Louin Nicolas**, juriste, ICF Habitat - **Lourier Vincent**, directeur de la Fédération nationale des coopératives d'Hlm - **Mial Alima**, conseillère juridique marchés publics & privés, contrats techniques, bâtiment & développement durable, Direction des études juridiques et fiscales de l'Union sociale pour l'habitat - **Pinto Elisabeth**, juriste, Les Entreprises sociales pour l'habitat - **Piquemal Nathalie**, directrice juridique, direction des études juridiques et fiscales de l'Union sociale pour l'habitat - **Sémery Cécile**, responsable du département « architecture et maîtrise d'ouvrage », Direction de la maîtrise d'ouvrage et des politiques patrimoniales de l'Union sociale pour l'habitat - **Toussain Virginie**, conseiller juridique, l'Union sociale pour l'habitat, Représentation auprès de l'Union européenne - **Vasnier Audrey**, responsable juridique, Orne Habitat..

Maquette et réalisation : 62Avenue, Paris - Impression : DEJALINK - Stains - mai 2017.

Photo couverture : ©Shutterstock.

Reproduction interdite - Dépôt légal : mars 2015, ISSN 2426-1629 - Collection Cahiers de l'Union sociale pour l'habitat.

PRÉAMBULE

La réglementation de la commande publique a évolué. Cette évolution résulte de la transposition en droit interne des directives européennes et notamment de celle numérotée : 2024/24/UE, en date du 26 février 2014, qui a donné lieu à la publication de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret d'application n°2016-360 du 25 mars 2016.

L'objectif de ce guide est d'aider les organismes Hlm à intégrer ces différentes modifications réglementaires. Il propose ainsi différents niveaux de lecture :

- › Un rappel des principes essentiels de la commande publique,
- › Les dispositions détaillées à mettre en œuvre, décomposées en différents chapitres depuis les dispositions générales jusqu'aux cas particuliers, illustrées par des conseils ou des exemples, et accompagnées de références jurisprudentielles,
- › Un tableau qui permet de retrouver aisément les articles de l'ordonnance et du décret d'application,
- › Des annexes qui indiquent des sources de renseignements complémentaires pour approfondir la lecture.

Dans les chapitres qui suivent, dès lors qu'il est fait mention, sans autre précision, de l'ordonnance et/ou du décret, il s'agit de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016.

À NOTER

Ce guide ne traite pas des marchés de partenariat, pourtant partie intégrante des nouveaux textes. En effet, il a été considéré que ce type de marché (intégrant les ex-partenariats public-privé – PPP, ainsi que les autorisations d'occupation temporaire – AOT, ou les baux emphytéotiques administratifs – BEA) demandait des développements conséquents, alors même que les organismes Hlm y avaient peu recours, du moins en tant que pouvoir adjudicateur. On rappellera simplement que ces marchés particuliers reposent notamment sur le financement principalement privé de la prestation à réaliser, le paiement au titulaire se faisant alors de façon différée au moyen de loyers à compter de la mise à disposition des ouvrages construits.



Ce document est à jour de la réglementation au 10 avril 2017.

sommaire

L'ESSENTIEL 4

partie 1 - Les dispositions générales à mettre en œuvre 7

Les principes généraux	8
Quels sont les principes à appliquer ?	8
Qui est soumis à la réglementation applicable à la « commande publique » ?	13
Quels textes appliquer ?	16

Quels sont les achats soumis à la réglementation ? ... 17

Comment apprécier les seuils ?	25
Principes généraux	25
Définitions	25
Mise en œuvre	27

Quelle procédure choisir ?	34
Les principes généraux	34
Les différentes procédures	35
Les autres modalités de mise en concurrence	42
Les différentes techniques d'achat et formes contractuelles	45

L'allotissement 46

La conduite de la consultation	50
La publicité	50
La dématérialisation	52
Les dossiers de consultation des entreprises	56
Le Document Unique de Marché Européen (DUME)	60
La sélection des candidats	62
L'analyse et la sélection des offres	75
La négociation	84
Les variantes	87
Les offres anormalement basses	89

L'attribution des marchés 91

Le prix du marché 98

La durée des marchés 99

La sous-traitance 101

Information, traçabilité, archivage 106

Le contentieux 111

Les relations entre acheteurs 114

Les groupements d'achats ou de commandes	114
Le mandat de maîtrise d'ouvrage – La co-maîtrise d'ouvrage – L'AMO	115
Les organismes sont-ils soumis aux règles de la commande publique dans le cadre de leurs coopérations ?	118

partie 2 - La procédure adaptée 119

Principes généraux 120

La mise en œuvre de la procédure adaptée 123

La publicité	123
Les documents à demander aux candidats et attributaires	128
L'analyse des candidatures et des offres	129
Synthèse des dispositions à mettre en œuvre pour les marchés en procédure adaptée	132

partie 3 - Les procédures formalisées 133

L'organisation des achats 134

Le choix de la procédure à appliquer	134
La publicité	135
La gestion des délais de mise en concurrence	138
La sélection des candidats	140
La traçabilité des échanges	140
Les instances de sélection et l'attribution du marché	141
La conclusion du marché – Les actions après la notification du marché	147

L'appel d'offres	150
La procédure concurrentielle avec négociation	152
Le dialogue compétitif	156
Le concours	160

partie 4 - Les marchés particuliers163

Le partenariat d'innovation	164
Les marchés de maîtrise d'œuvre	164
Les marchés de conception-réalisation	169
Les marchés publics globaux de performance	173
Les marchés de fourniture d'énergie	176
Les marchés passés dans le cadre de programmes expérimentaux	176

partie 5 - Les différentes modalités d'achat177

Les accords-cadres et les accords-cadres à bons de commande	178
Les accords-cadres donnant lieu à des marchés subséquents	180
Les accords-cadres à bons de commandes	182
Les marchés à tranches	186

partie 6 - L'exécution du marché187

Les pièces du marché	188
Les modalités de paiement du prix du marché	191
Les modifications du marché	200
La procédure à suivre en cas de défaillance du titulaire en cours de marché	202

partie 7 - les dispositions spécifiques à l'Outre-Mer203

partie 8 - Tableau de repérage des différents articles de l'ordonnance et du décret205

annexes207

Les abréviations couramment utilisées208

Les règles spécifiques aux OPH209

Les sources d'information209 Les sites Web à connaître209

Les avis précisant la nature des marchés et des spécifications (JO du 27/03/16)212

Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics	212
Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique	214
Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques	217

L'ESSENTIEL

A l'occasion de la transposition de la directive européenne n° 2014/24/UE du 26 février 2014, les précédents textes relatifs à la commande publique, notamment le code des marchés publics et l'ordonnance de 2005, disparaissent au profit de la nouvelle ordonnance et du nouveau décret, dans l'optique de mettre en place le code de la commande publique. Dorénavant, les acheteurs entrant dans le champ de cette réglementation, qu'ils soient de statut public ou de statut privé, doivent appliquer les mêmes textes, et on parlera de « **marchés publics** » et « **d'acheteurs publics** » quand bien même le pouvoir adjudicateur relève d'un statut privé (coopérative Hlm, ESH, SEM...).

Quel que soit le montant du marché, l'organisme Hlm doit permettre l'accès à la commande de l'ensemble des candidats potentiels en mettant en place des modalités qui permettent de respecter la transparence des procédures de dévolution du marché et de maintenir l'égalité de traitement des candidats. Toutefois, l'organisme Hlm est libre de choisir ses modalités d'achat en-deçà d'un montant de 209 000¹ € HT pour les marchés de services et les marchés de fournitures et d'un montant de 5 225 000 € HT pour les marchés de travaux sous réserve de mettre en œuvre de façon proportionnée les principes généraux ci-dessus énoncés (montant effectifs à compter du 1^{er} janvier 2016). Ce n'est qu'à partir de ces seuils que des procédures dites formalisées sont obligatoires :

- › appel d'offres, ouvert ou restreint,
- › procédure concurrentielle avec négociation, (procédure dont l'utilisation est soumise à conditions),
- › dialogue compétitif (également soumis à conditions),

Pour apprécier si le montant de la prestation est supérieur aux seuils ci-dessus, il faut prendre en compte :

- › la globalité des travaux d'une opération (il y a opération de travaux lorsque l'organisme prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique),
- › la globalité des services dits homogènes (ensemble des services de même nature sur l'ensemble du patrimoine et sur la durée totale du marché),
- › la globalité des fournitures dites homogènes (souvent par approche « d'annuités budgétaires »).

A cet égard, plutôt que de multiplier les procédures de consultation lourdes, l'organisme aura intérêt à recourir à chaque fois que cela est possible aux accords-cadres (dont les accords-cadres à bons de commande) ou aux systèmes d'acquisition dynamique, ces procédures permettant après une consultation (formalisée ou non) de contracter avec un ou des prestataires pour des marchés portant sur une même catégorie d'achats et pouvant être conclus sur la base d'un même cadre général.

¹ Les seuils européens sont revus tous les 2 ans.

Les organismes sont incités à recourir aux consultations par voie électronique. Cette dématérialisation est aujourd'hui d'application volontaire en-dessous des seuils européens, mais obligatoire pour tous les achats au-dessus de ces derniers à compter du 1^{er} octobre 2018.

- › S'agissant des achats d'un montant supérieur à 25 000 € HT, de nouvelles dispositions s'imposent aux acheteurs : obligation d'un contrat écrit, d'une publicité, et d'information des candidats.
- › S'agissant des procédures formalisées, il y a lieu de préciser que pour la sélection des offres, l'organisme doit mettre en place des critères pondérés de sélection et cette pondération doit être affichée dans les documents de la consultation.

Les contrats des organismes Hlm de statut privé sont soumis au contrôle du juge judiciaire (TGI), alors que ceux des offices publics de l'habitat, qui sont des contrats administratifs, sont soumis en principe² au juge administratif.

En revanche, les OPH et les organismes privés d'Hlm sont soumis aux mêmes règles de passation et d'exécution de leurs marchés, sauf quelques exceptions comme particulièrement l'interdiction pour les OPH des clauses de paiement différé ou les règles de composition, de fonctionnement et celles relatives à ses pouvoirs quelque peu spécifiques, des commission d'appel d'offres des OPH.

Enfin, au-delà des dispositions de l'ordonnance de juillet 2015, de son décret d'application et de la loi la ratifiant : loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine dispose en son article 83 que les maîtres d'ouvrage soumis à la loi MOP recourent aux concours dans des conditions fixées par décret. Il s'agit du décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique publié le 12 avril 2017 au JORF.



À RETENIR

En matière de dévolution de leurs marchés, les organismes d'Hlm ainsi que les SEM de logements sont soumis à³ :

- › La Directive européenne n° 2014/24/UE du 26 février 2014 ;
- › L'Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- › Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- › La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- › Le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique ;
- › Différents arrêtés et avis

²Les litiges nés de l'exécution des marchés publics relatifs à la propriété intellectuelle relèvent du juge judiciaire

³D'autres textes sont également parus (arrêtés et avis) ; la liste en est donnée au § « quels textes appliquer ? »



PARTIE 1

Les dispositions générales à mettre en œuvre

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

Quels sont les principes à appliquer ?

Les principes généraux de la « commande publique » sont définis par la Directive européenne n° 2014/24/UE ; elle précise que l'acheteur « *traite les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non-discriminatoire et agit avec transparence* ». Ces dispositions ont été transposées, à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015, par la formule suivante : « *Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

La liberté d'accès à la commande, c'est :

1. Faire une publicité suffisante pour que l'ensemble des prestataires potentiels aient connaissance du marché ;
2. Définir les prestations de façon non-discriminatoire et justifiée par l'objet du marché.

Les spécifications techniques doivent permettre un égal accès des candidats (interdiction de faire référence à des marques, brevets, provenances... sauf impossibilité à ne pas le faire, et dans ce cas ajouter « ou équivalent »). Par ailleurs, il est interdit d'évincer une offre qui se réfère aux normes ou aux performances demandées, ou qui démontrent un niveau équivalent.

On notera que les textes insistent sur la nécessité de prendre en compte le développement durable dans toutes ses dimensions, ainsi que l'accessibilité pour les personnes handicapées.

La transparence, c'est :

1. **L'information des candidats**, notamment par l'indication des critères de sélection des candidatures et des offres dès la publicité. Ces critères doivent être pondérés (ou à défaut hiérarchisés),
2. **La mise en place d'un organe collégial**, la Commission d'appel d'offres pour les marchés passés selon une procédure formalisée,
3. **La mise en place d'une règle du jeu unique** : le règlement de consultation (non obligatoire si toutes les précisions sont données dans la publicité).

L'égalité de traitement des candidats se traduit par :

1. Des modalités identiques de consultation pour les candidats :
 - qu'il s'agisse des obligations réglementaires (délais, modalités de présentation des candidatures et des offres, donner date certaine aux envois ou réceptions des documents...),
 - ou de celles édictées par le maître d'ouvrage dans le règlement de consultation (critères de sélection, acceptation des variantes, forme des réponses...),
2. L'obligation de motiver les décisions,
3. La possibilité de recours des candidats.

Afin d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, la procédure d'achat à mettre en œuvre dépend du coût prévisionnel du marché. Ainsi, les principes généraux ci-dessus ont été traduits par la doctrine, selon la formule suivante : « *respect des principes généraux de la commande publique dès le premier euro* ». Toutefois, il est prévu que seuls les marchés d'un montant supérieur aux seuils européens⁴ soient soumis aux procédures dites « formalisées » qui prévoient des formes précises de publicité et de mise en concurrence.

⁴209 000 € HT pour les marchés de fournitures et les marchés de services, et 5 225 000 € HT pour les marchés de travaux depuis 1^{er} janvier 2016

En deçà de ces seuils, les marchés sont passés selon des procédures adaptées par le pouvoir adjudicateur, en fonction de la nature et des caractéristiques des besoins à satisfaire, ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, ainsi qu'aux circonstances de l'achat, mais toujours selon les principes sus-évoqués ; on notera néanmoins qu'à compter de 25 000 € HT, certaines dispositions s'imposent à tous les acheteurs, dont notamment :

- obligation de publicité et d'information des candidats,
- obligation de contrat écrit.

Au-delà des trois principes évoqués, il ne faut pas oublier que les dispositions réglementaires ont pour objectif la « bonne utilisation des deniers publics ». C'est un point qui mérite d'être souligné car, sans être qualifié de « principe » par l'ordonnance, il sous-tend toute l'ordonnance en ce qu'il permet au pouvoir adjudicateur (notamment en dessous des seuils) de :

- proportionner les mesures de publicité au montant et la nature des marchés : il est en effet pas efficace de mettre en œuvre une publicité dont le coût serait plus important que les économies susceptibles d'être réalisées grâce à cette publicité ;
- renoncer *in fine* à entreprendre l'opération ;
- discuter avec certaines entreprises ou prestataires avant de lancer la consultation ;
- négocier avec les entreprises ou les prestataires les mieux-disant, tant les prix que la nature des prestations ou les délais.

En d'autres termes, il conviendra notamment de **définir ses besoins au plus juste** et de **choisir la procédure d'achat** en fonction de la nature et du montant de la prestation.

Définir ses besoins au plus juste

C'est en effet une condition essentielle pour que l'achat puisse être effectué dans les meilleures conditions techniques et économiques. La définition des besoins est l'acte préalable à tout achat par lequel l'acheteur formalise l'expression de ses attentes dans le cahier des charges. La juste définition du besoin doit permettre, notamment, aux prestataires de bien comprendre la demande pour proposer des produits adaptés aux attentes de l'acheteur.

Définir son besoin, c'est identifier les finalités et les objectifs du projet : pourquoi ? Combien ? Quand ? Où ? Comment ?

La rédaction du cahier des charges doit rester neutre afin de permettre à la concurrence de s'exercer pleinement en n'orientant pas le choix de l'acheteur vers un produit particulier. La définition du besoin ne doit pas être un cadre rigide au point de constituer un obstacle aux propositions des opérateurs économiques (variantes) ou à l'innovation. Le nouveau contexte réglementaire promeut la négociation.

COMMENTAIRE

Une évaluation des besoins bien menée, c'est la garantie :

- de restreindre les incompréhensions de la part des candidats,
- d'éviter une adaptation de la procédure en cours de consultation,
- de respecter le budget alloué à la réalisation de la prestation,
- de limiter au maximum les avenants qui peuvent très vite poser problème dans un contexte de diminution budgétaire et avoir des conséquences sur l'exécution des prestations.

De manière générale, la définition du besoin devra trouver le juste équilibre entre deux écueils :

- › une définition trop imprécise du besoin, qui peut être provoquée par le souci de ne pas restreindre la concurrence ou par méconnaissance du domaine d'achat,
- › une définition trop restrictive du besoin, qui peut être causée par les préférences de l'utilisateur ou par l'insuffisance de la veille technologique.

L'acheteur doit savoir utiliser **les outils d'ajustement du besoin** qui sont dorénavant mis à sa disposition au travers notamment de l'autorisation donnée aux candidats de proposer des variantes et de la négociation, afin notamment d'éviter les avenants ultérieurs.

Pour être efficace, l'expression des besoins repose sur :

- › l'analyse des besoins fonctionnels sur la base, par exemple, de la réalisation de contrats antérieurs après ajustement des clauses, et/ou de l'état des consommations ;
- › la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ;
- › la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standard et achats spécifiques ;
- › enfin, dès lors que cela est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement, le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté, ainsi que celui de l'élimination du produit en fin de vie ;

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur est fortement incité à prendre en compte **les préoccupations de développement durable** dans ses trois dimensions (social, économique et environnemental)⁵ en intégrant une analyse du cycle de vie.

Choisir la procédure d'achat ou la forme contractuelle

Si les montants estimés des contrats dépassent les seuils européens, les seules procédures d'achat sont, sauf cas d'exception, des procédures formalisées. Pour les achats d'un montant inférieur au seuil européen, il s'agira, dans le cadre d'une procédure adaptée, d'ajuster la forme de la publicité et les modalités de mise en concurrence à l'achat considéré : plus le montant est important, plus on s'approchera des modalités réservées aux procédures formalisées, et inversement, plus le montant sera faible, et plus les dispositions seront allégées.

Lorsque l'incertitude porte sur la quantité ou l'étendue des besoins à satisfaire, l'acheteur peut recourir aux accords-cadres. Au titre des accords-cadres, deux formules existent :

- › les accords-cadres proprement dits pour lesquels toutes les conditions d'exécution du marché ne sont pas définies ; ceux-ci donnent lieu alors à des marchés subséquents qui viendront préciser les conditions non précisées initialement ;
- › les accords-cadres sous forme d'accords-cadres à bons de commande qui s'exécutent par émission de bons de commandes au fur et à mesure des besoins lorsque toutes les conditions d'exécution du marché ont été définies.

Il est également possible de « morceler » le marché en tranches ferme et optionnelle(s) sous réserve toutefois d'assurer la cohérence des prestations au sein de chaque tranche (ou au regard de la tranche ferme pour les tranches optionnelles), ce qui permet de planifier l'exécution du marché, ou d'en arrêter son exécution à l'issue de la tranche ferme ou d'une tranche optionnelle.

⁵Un projet de norme internationale (ISO 20400) vise à donner les lignes directrices de « l'achat responsable »



Connaître les opérateurs et leurs produits

L'article 4 du décret d'application de l'ordonnance précise que « *Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou faire réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

En d'autres termes, les acheteurs doivent rester en veille pour travailler avec les meilleurs partenaires en termes de prix mais aussi de qualité et de services. Le prix est certes un critère central, mais l'offre du fournisseur dans sa globalité est à prendre en considération.

Il convient donc de consulter régulièrement les partenaires actuels et potentiels connus, mais aussi de rester en veille pour découvrir la « perle rare ».

Le « **sourcing** » ou **sourçage** est l'action menée par l'acheteur afin d'identifier les fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin. Il s'agit d'une démarche active, pour un segment ou un domaine déterminé, de recherche et d'évaluation d'opérateurs économiques par les acheteurs.

En amont d'une consultation, le sourcing consiste à :

- › Rencontrer des prestataires pour mieux appréhender le domaine concurrentiel et les capacités des opérateurs à répondre sans surcoûts aux exigences, pour mieux connaître l'offre de technologies et de produits existants, repérer les solutions innovantes.
- › Préparer ces rencontres pour recueillir les renseignements qui pourront servir à la préparation d'un futur achat et qui aideront à bien rédiger votre dossier de consultation des entreprises (DCE).
- › Consulter les revues spécialisées, les sites internet des entreprises.
- › Participer à des salons, des colloques, des mises en relation avec des entreprises, organisées par exemple par le réseau des chambres consulaires ou les organisations professionnelles.

Le sourcing est aussi un moyen pour l'acheteur, en faisant connaître les besoins d'achat, de développer la concurrence :

- › stimuler les opérateurs économiques en les incitant à se mettre en veille par rapport à l'organisme et à mieux adapter leurs offres,
- › lever les freins éventuels en répondant aux différentes questions que peuvent se poser de nouveaux prestataires,
- › faire passer des messages auprès des opérateurs économiques (volume d'achat, ouverture du portefeuille des fournisseurs...)



Au-delà du sourcing, et dans le respect des principes évoqués à l'article 4 précité, ne pas hésiter à :

- › informer les entreprises des projets d'achats futurs en organisant des réunions d'information et en créant sur le site internet de l'organisme une rubrique dédiée et mise à jour régulièrement ;
- › valoriser les attraits de la commande publique auprès des entreprises et en leur faisant connaître les démarches de simplification ;
- › partager les expériences et les bonnes pratiques entre acheteurs en utilisant les réseaux sociaux et en participant à des groupes d'acheteurs.



Recourir à la négociation

On notera avec intérêt que la nouvelle réglementation apporte une évolution majeure, **l'introduction de la procédure concurrentielle avec négociation**. Celle-ci se définit comme la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques. La nouvelle réglementation autorise « le recours à cette procédure dans les hypo-

thèses autres que des achats de produits, de services ou de travaux « sur étagère », c'est-à-dire standardisés, non spécifiquement conçus pour les besoins d'un acheteur en particulier. Cette procédure devrait conduire à un assouplissement des règles de passation des marchés publics et à une augmentation substantielle des cas dans lesquels la négociation pourrait être mise en œuvre⁶».



La nouvelle réglementation permet d'envisager la modernisation du processus achat :

- › Mettre en place ou améliorer la cartographie des achats (nature, montants, catégories de fournisseurs, risques...)
 - › Passer de l'obligation de moyens à l'obligation de résultats au travers notamment des contrats de performances
 - › Améliorer la connaissance des fournisseurs, de leurs produits : analyse de marchés, sourcing, benchmarking
 - › Favoriser les échanges de pratiques entre organismes, les achats groupés
 - › S'assurer que le mode de passation est le mieux adapté à la nature et à l'importance des marchés
 - › Passer de la culture offre « bloquée » à la culture de négociation
- Pour accompagner les collaborateurs de l'organisme, des formations peuvent leur être proposées :
- › Formation d'acheteur
 - › Analyse de la valeur et expression fonctionnelle des besoins
 - › Analyse du cycle de vie
 - › Approche en coût global
 - › Techniques de négociation
 - › Analyse du marché « fournisseurs »
 - › Tableau de bord des achats
 - › Maîtrise des risques...

⁶Voir réponse du ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique publiée dans le JO Sénat du 09/07/2015 - page 1672

Qui est soumis à la réglementation applicable à la « commande publique » ?

À NOTER

Le terme de « commande publique » ne s'applique pas aux seuls établissements de statut public, mais à tous les pouvoirs adjudicateurs.

On rappellera l'article 10 de l'ordonnance n°2015-899 qui précise que « *les pouvoirs adjudicateurs sont :*

1. *Les personnes morales de droit public ;*
2. *Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :*
 - a) *soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;*
 - b) *soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;*
 - c) *soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;*
3. *Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ».*

A ce titre, l'ensemble des organismes de logements sociaux sont soumis au droit de la commande publique. Il est précisé par ailleurs que les marchés passés par les associations subventionnées à plus de 50% par un pouvoir adjudicateur sont soumis aux dispositions de l'ordonnance sous certaines conditions (cf. art. 21 de l'ordonnance).

En revanche, les services fournis entre certains organismes, dès lors qu'il s'agit de quasi-régie ou de coopération entre pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas être dans le champ de la commande publique (cf. art. 17 & 18 de l'ordonnance, ainsi que le guide relatif à la coopération « public-public »⁷).

Lorsqu'un organisme est partie prenante de différents types de structures telles que SCCV, SAC association, GIE, GIP, sociétés de coordination, filiales de logements locatifs intermédiaires, etc., il est nécessaire de vérifier si la structure en question entre ou non dans le champ de l'article 10 précité, et, le cas échéant de s'assurer que les règles de la coopération « public-public » s'appliquent.⁸

⁷Repères Droit et Fiscalité n°13 : Coopération public-public, guide des organismes Hlm et de leurs partenaires d'intérêt général

⁸Idem

Les sociétés civiles de construction-vente (SCCV)

Les achats soumis à l'ordonnance n°2015-899 sont ceux conclus par des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 10 de l'ordonnance précitée. L'article 10 pose **2 critères cumulatifs** et **3 critères alternatifs** :

1. Critères cumulatifs

Les personnes morales de droit privé/créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

- Les personnes morales de droit privé : une SCCV est une personne morale de droit privé dotée de personnalité juridique dès lors qu'elle est immatriculée au RCS.
- qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial :
 - en ce qui concerne le terme « spécifiquement » : la jurisprudence se borne à vérifier si l'organisme est obligé spécifiquement de satisfaire à un besoin d'intérêt général, sans rechercher si l'organisme a pour activité principale de satisfaire audit besoin d'intérêt général.
 - en ce qui concerne les termes « besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial »

Sur la notion de caractère d'intérêt général :

La réalisation de logement social étant reconnu comme étant un service d'intérêt général (SIEG), la question ne se pose pas lorsque l'organisme Hlm a pour activité la réalisation de logement social. **En revanche, la question se pose lorsque l'organisme Hlm participe à une SCI mixte** auprès de laquelle il va acquérir des logements sociaux, comme le permet l'article L.422-3 al.39 du CCH pour une période transitoire de 6 ans. Dans ce cas, pour caractériser l'activité d'intérêt général, il faut que la SCI ait pour objet :

- unique la construction et la vente d'immeubles d'habitations ou mixtes ;
- de réaliser au moins 25 % de logements sociaux ;
- d'être constituées pour une durée inférieure à 5 ans.

En revanche, tel n'est pas le cas lorsqu'elle **a pour objet de construire des logements intermédiaires** en vertu de l'article L.422-3 al.41 du CCH, dans la mesure où à compter du 1^{er} janvier 2020, les opérations de logement intermédiaire seront exclues du SIEG.

Sur la notion de caractère d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial :

Selon la jurisprudence, « *Il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* ». (CJUE.10/11/1998. BFI Holding BV.aff.C-360/96. cons. 50 et 51). C'est le cas lorsqu'une activité jugée d'intérêt général n'est pas entièrement satisfaite par des entreprises privées.

2. Critères alternatifs

Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur / soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur / soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composée de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

Sur la notion d'activité qui est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur :

Sur la notion de **financement public**, la jurisprudence estime que seuls les financements versés, sans exigences de contrepartie des organismes bénéficiaires et, uniquement dans le but de soutenir leurs activités répondent à la définition de financement public. **Sur la notion de financement «majoritaire »**, la jurisprudence recherche sur une année budgétaire, si plus de la moitié des ressources des organismes Hlm résultent de financement public.

Sur la notion de gestion qui est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur :

La notion de contrôle implique un contrôle actif et permanent, de nature à exercer une influence déterminante sur la gestion de l'activité de la SCCV et, en particulier, sur ses décisions en matière de marchés publics, tel n'est pas le cas d'un contrôle a posteriori.

A cette fin, les dispositions statutaires permettent de répondre à cette question. Ainsi, si l'organisme Hlm est un associé minoritaire, il est fort probable qu'il n'aura pas la capacité d'exercer une influence déterminante sur les décisions de la SCCV, ni celle d'exercer un contrôle d'actif.

Sur la notion d'organe d'administration, de direction ou de surveillance qui est composée de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur :

A cette fin, les dispositions statutaires permettent de répondre à cette question dès lors qu'ils déterminent la composition de l'assemblée générale de la SCCV et les délibérations de ses organes de direction. Dans le cas, où l'organisme Hlm est minoritaire au sein de la SCCV, il est fort probable qu'il ne soit pas majoritaire au sein de ces instances.

En conclusion, une SCCV constituée entre un organisme Hlm et une personne morale de droit privé ne sera considérée comme un pouvoir adjudicateur que **si elle est placée sous la dépendance de cet organisme Hlm, ce qui se traduit en général par une participation majoritaire de l'organisme Hlm.**

De la même manière, la SCCV dans laquelle l'organisme Hlm est minoritaire, ne sera **(pas ???)** considérée comme un pouvoir adjudicateur, dès lors que la satisfaction de ces 3 critères alternatifs se traduit en général par une participation majoritaire de l'organisme Hlm.

Les syndicats de copropriétés sont-ils soumis à la réglementation ?

Non, l'organisme d'Hlm, syndic de copropriété intervient comme mandataire du syndicat des copropriétaires qui est une entité de droit privé ayant la personnalité morale.

Le syndic suit, donc, la qualité de son mandant et, à ce titre, les marchés qu'il contracte sont des marchés privés qui ne sont donc pas soumis aux obligations de mise en concurrence définies par l'ordonnance.

Quels textes appliquer ?

Les principaux textes à appliquer par les organismes Hlm sont :

- › La directive européenne n°2014/24/UE du 26 février 2014,
- › L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016.
- › La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- › Le décret n°2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique.

Un certain nombre d'autres textes sont venus les compléter :

- › L'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.
- › L'arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession.
- › L'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique.
- › L'avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique.
- › L'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.
- › L'avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics.
- › L'avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics.

D'autres textes (à moins qu'il soit fait référence à des textes déjà parus) viendront compléter et préciser certains points :

- › La liste des travaux, fournitures et services mentionnés aux articles 2 & 54 de l'ordonnance (cas où les acheteurs ont la possibilité d'introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre) (art. 3 du décret).
- › Les conditions de publication des publicités (art. 39 du décret).
- › Les fonctionnalités et exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur (art. 31 du décret) ;
- › Les exigences minimales des outils et dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique ainsi que les modalités d'acceptation des copies de sauvegarde des documents transmis par voie électronique (art. 41 du décret).
- › Les modalités de calcul et de valorisation des incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation des véhicules à moteur (art. 96 du décret).
- › Les modalités de signature électronique des marchés (art. 102 du décret).
- › Les modalités permettant l'accès aux données essentielles du marché sur le profil d'acheteur (art. 107 du décret).
- › Les conditions de recours à la médiation ou à la conciliation.
- › Les conditions d'utilisation des données dans les systèmes d'informations comptables publics par les services de l'Etat.
- › Les modalités de transmissions des données à l'Observatoire économique de la commande publique (art. 141 du décret).

QUELS SONT LES ACHATS SOUMIS À LA RÉGLEMENTATION ?

Tous les achats sont soumis à l'application des principes généraux : permettre le libre accès à la commande, assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats. Les marchés d'un montant supérieur aux seuils européens sont soumis à la mise en place de procédures dites « formalisées », lesquelles imposent des contraintes de formes et de délais. En dessous de ces montants, il conviendra de mettre en place une procédure adaptée.

Toutefois sont exclus de procédures de passation décrites par les textes, les marchés de prestation de service passés par les pouvoirs adjudicateurs énumérés à l'article 14 de l'ordonnance de 2015 ; il s'agit de marchés portant sur des objets particuliers ou en application de règles spécifiques :

1. Les marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à la présente ordonnance lorsque cet acheteur bénéficie, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
2. Les marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens.
3. Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation...
4. Les marchés publics de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.
5. Les marchés publics... relatifs au stationnement de troupes.
6. Les marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro.
7. Les marchés publics de services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers...
8. Les marchés publics de services qui sont des contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 7°.
9. Lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif⁹...
10. Les marchés publics de services juridiques suivants :
 - a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
 - b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
 - c) Les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;
11. ...

Les cas d'exclusions mentionnés aux points 8 et 10 sont détaillés plus loin. Par ailleurs, l'article 17 de cette même ordonnance exclut également de son champ d'application les marchés qualifiés de **quasi-régie**, et l'article 18 les **coopérations entre pouvoirs adjudicateurs** (voir § « Comment passer des commandes à un autre organisme Hlm, dans quelles conditions ? »).

⁹Services d'incendie et de secours, de protection civile, de sécurité nucléaire, ambulanciers

Doit-on mettre en concurrence une régie de quartier, une structure d'insertion, une entreprise de l'économie circulaire ?

Certains marchés peuvent être réservés à des établissements dont l'effectif est composé majoritairement de personnes handicapées, ou à des structures d'insertion. On notera toutefois qu'il n'est possible d'attribuer des marchés aux régies de quartier ou aux centres de formation qu'après publicité et mise en concurrence.

En effet, dans son considérant n°36, la directive 2014/24/UE précise que « *L'emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard. Cela vaut également pour d'autres entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées telles que les chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres aient la possibilité de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics ou de certains lots de ceux-ci à de tels ateliers ou entreprises ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés* ».

Cette disposition a été reprise à l'article 36 de l'ordonnance n°2015-899 :

- I. « Des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales (Précision : il s'agit des établissements et services d'aide par le travail (ESAT, anciens CAT) et les entreprises adaptées (EA, anciens ateliers protégés).*
- II. Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés.*
- III. Un acheteur ne peut réserver un marché public ou un lot d'un marché public à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions du I et à ceux qui répondent aux conditions du II. »*

Le décret d'application de l'ordonnance précise que la proportion minimale mentionnée aux I et II de l'article précité est fixée à 50% (art. 13 du décret). Le guide d'application de l'ancien code des marchés publics publié le 26 septembre 2014 indique que « *La structuration de l'achat public pour donner accès aux ESAT et aux EA répond à une démarche volontariste dont les collectivités peuvent légitimement tirer un bénéfice d'image, mais surtout c'est un moyen de prendre en compte le handicap dans leur ressort ; il leur appartient d'organiser l'achat dans ce but. Le recours aux ESAT et aux EA par l'acheteur public n'est pas qu'un choix technique, c'est aussi un acte d'engagement politique notamment en faveur de l'insertion professionnelle des travailleurs en situation de handicap. La commande publique par le biais des marchés réservés ou des marchés avec clauses sociales devient un véritable levier d'action politique en faveur du développement de l'emploi, non seulement des travailleurs en situation de handicap, mais aussi de l'ensemble de leur territoire : les ESAT et les EA sont des acteurs économiques qui participent à l'attractivité économique d'un territoire (ville ou département) sur lequel ils peuvent compter parmi les principaux employeurs* ».



Un des moyens pour satisfaire à l'obligation d'emploi de personnes handicapées

Depuis la loi du 11 février 2005, toute entreprise qui atteint ou dépasse l'effectif de 20 salariés, doit compter au minimum 6% de personnes handicapées dans son effectif. Pour répondre à cette obligation, il est possible de recruter, de sous-traiter au secteur protégé ou adapté, d'accueillir des stagiaires handicapés ou de conclure un accord de branche ou d'établissement portant sur l'emploi des personnes handicapées. Verser une contribution financière à l'AGEFIPH est également un moyen à votre disposition pour vous mettre en conformité avec la loi.

Comme le prévoit le code du travail en son article L5212-6, l'employeur peut s'acquitter partiellement de son obligation d'emploi des travailleurs handicapés en passant des contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services avec soit des ESAT, des EA ou des centres de distribution de travail à domicile (CDTD). Cet acquittement partiel est proportionnel au volume de travail fourni à ces ateliers, centres, établissements ou services.

Cette modalité n'entre en ligne de compte au maximum que pour 50% de l'obligation légale d'emploi (soit 3%). Les règles d'équivalence entre la passation de tels contrats et l'emploi de personnes handicapées sont définies par l'article R.5212-6 du code du travail.

Une prestation achetée au secteur du travail protégé et adapté permet à l'employeur public de remplir partiellement son obligation d'emploi de personnes handicapées par le biais de l'emploi indirect. On appelle unité bénéficiaire (UB) l'équivalence temps plein qui est valorisée suite à l'achat.

Pour les acheteurs assujettis à une contribution à l'association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées (AGEFIPH), l'UB se calcule selon la formule suivante : montant du contrat HT hors matière première (seule la part main d'œuvre est prise en compte) divisé par 2 000 fois le SMIC horaire.

Par ailleurs, l'article 37 de l'ordonnance portant sur les entreprises de l'économie solidaire dispose :

I. « Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, qui portent exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, peuvent être réservés par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 2014 susvisée et à des structures équivalentes, lorsqu'elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste.

II. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux entreprises titulaires, au cours des trois années précédant l'attribution de ces marchés, d'un marché public, attribué par ce pouvoir adjudicateur, relatif aux services mentionnés au premier alinéa.

III. La durée du marché public réservé en application du I ne peut être supérieure à trois ans. »

Le décret d'application de l'ordonnance précise que lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre la réservation prévue à l'article 37 susvisé, l'avis d'appel à la concurrence doit renvoyer à cet article (art. 14 du décret). Il est par ailleurs possible de passer des marchés à de telles entreprises ou structures dans les conditions « traditionnelles », en insérant des critères relatifs à l'insertion des personnes en difficulté (art 62-II-2°-a du décret)... mais sous réserve de ne pas créer d'effets discriminatoires à l'égard des candidats potentiels (art. 1-I de l'ordonnance). En conséquence, dès lors que les critères de sélection auront été choisis de telle sorte que n'importe quel opérateur économique pourra répondre, y compris les entreprises traditionnelles, et dès lors que ces critères auront été annoncés, publiés (et pondérés au-dessus des seuils européens), on pourra considérer que les candidats seront sur le même pied d'égalité. On pourra alors retenir le mieux disant, entreprise traditionnelle ou entreprise « aidée ». Il faut se rappeler en effet que les aides destinées aux structures d'insertion sont mises en place pour leur permettre de combler la faible productivité d'une main d'œuvre peu qualifiée et non pour distordre la concurrence.



Insertion par l'économique

Les marchés dits d'«insertion» sont des marchés dont l'objet est une prestation de services destinée à la qualification et à l'insertion professionnelles. Ces prestations sont réalisées sous la forme de prestations d'appui et d'accompagnement à l'emploi, de formations ou d'expériences pré-qualifiantes, qualifiantes ou certifiantes, et sont destinées aux jeunes sans emploi, aux personnes rencontrant des difficultés d'accès ou de maintien dans l'emploi, aux personnes handicapées.

La prestation d'insertion peut prendre appui sur des prestations diverses, mais l'achat de prestations d'insertion doit respecter les fondamentaux de la démarche d'insertion, à savoir l'encadrement technique, l'accompagnement socio-professionnel et la formation. Cela signifie que l'activité de production doit toujours être au service de la démarche d'insertion et ne jamais être une fin en soi.

En d'autres termes, si le recours aux clauses d'insertion est possible pour faire émerger des solutions qui soient de nature à faciliter l'emploi des personnes handicapées ou défavorisées, **il faut éviter d'appeler « marché d'insertion »**, un contrat dont l'objet principal est de fournir des travaux ou des services en réponse à des besoins propres de l'organisme.

En effet, un organisme Hlm n'est pas fondé à dispenser lui-même des formations pour des tiers, et il convient de bien qualifier le marché qui, en l'occurrence, sera rarement un marché dit d'insertion.

Les lecteurs pourront utilement consulter le guide de recommandation « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » publié par la Direction des affaires juridiques de Bercy (disponible sur le site du ministère des finances).

Doit-on mettre en concurrence la régie de l'organisme ?

Dès lors que la régie est un service de l'organisme, qu'elle n'a pas de personnalité propre, il n'y a pas lieu de la mettre en concurrence selon les dispositions de l'ordonnance ou de son décret d'application.

Si la régie a une personnalité juridique propre, dès lors que l'organisme exerce sur la régie un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et que l'activité de cette régie est essentiellement destinée audit organisme (au moins 80% de l'activité de la régie doit être commandé par l'organisme), il n'y a pas lieu de mettre en concurrence la régie au titre de l'article 17 de l'ordonnance.

Il faut noter que la régie est soumise pour ses achats aux mêmes règles de passation de marchés que l'organisme.

Les prestations de commercialisation de logements en accession sociale à la propriété ou en vente Hlm sont-elles soumises à l'obligation de mise en concurrence ?

Les prestations de commercialisation de logements en accession sociale à la propriété ou en vente Hlm, lorsqu'elles sont réalisées par un tiers pour le compte d'un organisme Hlm (agent immobilier par exemple), sont soumises à l'obligation de mise en concurrence.

Néanmoins, en cas de coopération horizontale entre organismes pour l'exécution conjointe d'un service public, voire avec un ou plusieurs services publics complémentaires disposant d'objectifs communs avec ceux des organismes, ou verticale, les relations contractuelles entre ces entités ou avec la structure de coopération créée, sont, sous réserve du respect de certaines conditions, hors du champ d'application de l'ordonnance (cf. art. 17 et 18)¹⁰.

¹⁰Voir Repères Droit et Fiscalité n°13 : Coopération public-public, guide des organismes d'Hlm et de leurs partenaires d'intérêt général

Les emprunts sont-ils soumis à la réglementation ?

Contrairement aux dispositions antérieures (voir art 16 – a de la directive de 2004), les emprunts ne sont pas soumis aux dispositions réglementaires de mise en concurrence (voir le 8° de l'article 14 de l'ordonnance).

Les prestations d'avocats ou d'huissiers sont-elles soumises à la réglementation ?

Un pouvoir adjudicateur peut conclure avec un professionnel du droit un marché pour l'exécution de prestations de conseils juridiques, ou pour l'assistance et la représentation en justice (procédure juridictionnelle ou amiable).

De tels marchés peuvent être conclus avec les différentes professions du droit (avocats, huissiers, notaires, conseils en propriété industrielle) dans le respect des compétences de chacun. L'article 29 du décret précise toutefois que les prestations de représentation légale d'un client par un avocat dans le cas d'arbitrage, de conciliation ou de procédure judiciaire, y compris les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de ladite procédure ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités d'une telle procédure, peuvent être passés selon une procédure adaptée ; ces marchés doivent faire l'objet d'un avis d'attribution dès lors qu'ils atteignent le seuil européen, leurs données essentielles doivent également être rendues publiques sur le profil d'acheteur, et ils ne peuvent être modifiés qu'en application des règles applicables à tout marché.

On doit toutefois noter que si certaines prestations ne peuvent être conduites que par des professions particulières (avocat pour les représentations en justice ou notaires pour les actes notariés par exemple), les conseils juridiques peuvent être confiés à d'autres prestataires, et seront donc soumis aux règles de la concurrence.

L'achat de prestations juridiques a longtemps été considéré comme incompatible avec les règles de passation des marchés publics compte tenu de la législation applicable à la profession d'avocat et de leurs obligations déontologiques. Tel n'est plus le cas. Il est désormais clair que ces marchés de prestations intellectuelles sont soumis aux règles de la commande publique.

Les marchés pourront être passés, selon les besoins, par lots en fonction des spécialités attendues, mais aussi avec un format contractuel qui permette une mise en œuvre souple ; ainsi les accords-cadres ou les accords-cadres à bons de commande seront privilégiés pour répondre aux besoins ponctuels récurrents, et les marchés à tranches ferme et optionnelles (art. 77 du décret) ou les prestations « complémentaires » (art. 139-2° du décret) seront bien adaptés par exemple pour le traitement de situations complexes dont il est difficile d'appréhender le contour a priori.

S'agissant de la durée de tels marchés, le pouvoir adjudicateur doit trouver un équilibre. Un délai trop court ne permet pas d'instaurer la relation de confiance indispensable à ce type de prestation. Un délai trop long peut être une entrave pour le pouvoir adjudicateur insatisfait de son prestataire sans pouvoir lui reprocher une faute contractuelle permettant de rompre le marché. La difficulté de définir le besoin pour ces marchés doit être prise en considération. On peut donc passer un premier marché sur un délai court (2 ou 3 ans) puis, passer un marché d'une durée plus longue (4 ans, sous réserve de l'application des dispositions propres aux accords-cadres et marchés à bon de commande) car le besoin est alors mieux connu. Il est également possible de conclure un marché reconductible, sous réserve de prendre en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises, pour estimer le montant total de la prestation et donc la procédure de sélection à mettre en place.

Les prestations de notaires sont-elles soumises à la réglementation ?

En application de l'article 14-10 de l'ordonnance, les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par les notaires sont exclus du champ de mise en concurrence. En revanche, les autres prestations délivrées par lesdits notaires (service de conseil, rédaction d'un bail de location par exemples) sont soumises à l'ordonnance.



Qui peut apporter des conseils juridiques ?

La loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée limite le nombre de personnes susceptibles de délivrer des consultations juridiques. La notion de consultation juridique n'est pas définie par la loi, mais se distingue de la simple information juridique à caractère documentaire. Si l'information juridique est libre, la consultation juridique est strictement encadrée par la loi (article 66-1). Elle suppose, non seulement, une communication juridique préexistante à la demande, mais également des conseils personnalisés au vu des difficultés rencontrées par le client. La consultation juridique consiste donc en une réponse individualisée et adaptée à la problématique spécifique posée.

L'article 54 de la loi précise les conditions dans lesquelles une personne peut, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques pour autrui :

- ▶ les personnes titulaires d'une licence en droit ;
- ▶ les personnes qui sont réputées avoir une compétence juridique appropriée à la consultation et qui sont listées aux articles 56, 57 et 58 de la loi. Il s'agit des avocats, notaires, huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs (article 56), des professeurs de droit (article 57), des juristes d'entreprise dès lors qu'ils interviennent pour le compte de leur entreprise dans le cadre de leur fonction (article 58) ;

▶ les personnes exerçant une activité réglementée dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable et sous réserve que les consultations juridiques relèvent de leur activité principale et constituent l'accessoire direct de la prestation fournie (article 59) ;

▶ les personnes exerçant des activités non réglementées peuvent donner des consultations juridiques sous réserve d'avoir obtenu, par arrêté du Garde des Sceaux, un agrément pour la pratique du droit à titre accessoire de leur activité principale (article 60). Cet agrément précise, le cas échéant, les conditions de qualifications et d'expériences requises ;

▶ et, pour des questions relevant de leur objet, les organismes chargés d'une mission de service public (article 61), certaines associations reconnues d'utilité publique (article 63), les syndicats et associations professionnelles (article 64) et divers organismes professionnels et interprofessionnels (article 65).

L'acheteur public doit vérifier que les candidats justifient d'une compétence appropriée pour donner des consultations juridiques dans le domaine du droit en cause, objet du marché. En effet, l'attribution d'un marché de services juridiques en méconnaissance de la loi du 31 décembre 1971 constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence.

Les achats de terrains ou d'immeubles sont-ils soumis à la réglementation ?

Les marchés publics qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens sont également exclus des règles de mise en concurrence (art. 14-2 de l'ordonnance).

Toutefois, dès lors que la vente de terrain est assortie de « charges d'intérêt général », telles que par exemple l'obligation pour l'acquéreur de réaliser des travaux ou des ouvrages répondant aux besoins du vendeur, la vente pourra être requalifiée en marché public¹¹, d'autant que la définition des marchés de travaux ne fait plus référence à la notion de maîtrise d'ouvrage.

Face à l'interdiction de citer des marques, comment mettre en œuvre la « sélection Hlm » ?

L'article 8 du décret interdit de faire référence à des marques, sauf si une telle mention ou référence est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes « ou équivalent ». Aussi, pour prescrire des produits de la sélection Hlm conduite par H'Prom, il est nécessaire :

Dans le projet de marché :

- › De mentionner les performances attendues du produit : ce sont les éléments présentés dans la sélection « Habitat & équipements collectifs » en tête de chapitre de chaque famille de produit (paragraphe « critères de choix ») en ajoutant, le cas échéant, les performances propres du produit choisi par l'organisme ;
- › Si on précise la marque et le modèle choisis en solution de base, d'ajouter « ou équivalent sur présentation de justificatifs » à la condition que ce soit justifié pour les besoins du marché ;

Dans le règlement de consultation :

- › Ajouter que « les entreprises répondront en respectant scrupuleusement la base du projet de marché ; les variantes sur les produits seront examinées sur présentation de justificatifs permettant de vérifier les performances du produit proposé ».



Mise au point du marché

Lors de la mise au point du marché en vue de sa signature avec l'attributaire, considérant que la mise en concurrence a permis à chacun des candidats de proposer son offre avec les matériels qu'il avait choisis dans le respect du cahier des charges de la

consultation, il est possible de ne laisser subsister dans le marché que la marque et le modèle des produits sur lesquels le pouvoir adjudicateur et le prestataire seront tombés d'accord.

¹¹Voir CJCE 18 janvier 2007 (aff. C-220/05), CJUE 8 mai 2013 (aff. C-197/11 et 203/11), CAA Marseille 25 février 2010 n°07MA03620

Que risque-t-on si on conclut des contrats en méconnaissance des textes ?

Dans l'hypothèse où des marchés sont passés en méconnaissance des textes, l'organisme Hlm encourt plusieurs risques :

- L'ordonnance n°2009-515 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique permet au juge saisi d'un référé précontractuel de suspendre ou d'annuler la procédure en cours ou saisi d'un référé contractuel d'annuler le marché, voire de demander le versement d'indemnités au candidat injustement évincé (voir § Quelles procédures de recours pour les candidats ?) ;
- Certains financements publics octroyés (par exemple, fonds FEDER) pour l'exécution des prestations acquises au travers du marché contesté peuvent être remboursés ;
- L'ANCOLS, ainsi que la Chambre régionale des Comptes, peuvent émettre des observations, à la suite desquelles l'organisme Hlm peut se voir infliger des sanctions en application de l'article L. 342-14 du CCH.

On peut rappeler qu'au-delà des risques conduisant à l'annulation d'un marché ou à la condamnation de l'organisme, la violation des règles de la commande publique est sanctionnée pénalement, dès lors qu'il aura été démontré par le juge qu'il y a eu lors de la passation des marchés publics :

- un délit d'octroi d'avantage injustifié (ou délit de favoritisme, article 432-14 du code pénal),
- un trafic d'influence et corruption passive (article 432-11 du code pénal),
- une prise illégale d'intérêt (article 432-12 du code pénal),
- un faux ou un usage de faux (article 441-1 du code pénal).

COMMENT APPRÉCIER LES SEUILS ?

Principes généraux

Selon les articles 20 à 23 du décret, le montant du ou des marchés destinés à satisfaire un besoin est déterminé quel que soit le nombre d'opérateurs pour toute la durée du marché, y compris les éventuelles reconductions ou tranches optionnelles. Cela signifie que pour estimer le montant permettant de déterminer la procédure de mise en concurrence :

- Il est fait appel à la notion d'opération pour les marchés de travaux, et de prestations homogènes pour les marchés de fournitures ou de services,
- Il est nécessaire de cumuler l'ensemble des marchés relevant d'une même opération ou d'une même catégorie de fournitures ou de prestations de service, et ce, que ces marchés soient passés avec un ou plusieurs prestataires, en un marché unique ou en marché alloti



Appréciation des seuils de procédures formalisées

Dès lors que le montant estimé de la prestation s'approche des seuils à partir desquels les procédures formalisées sont requises, il est conseillé de mettre en œuvre lesdites procédures.

Définitions

Qu'est-ce qu'un marché de travaux ?

Les marchés de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs qui ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution, par quelques moyens que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique (NOTA : la liste des travaux à prendre en compte est celle définie dans l'avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique publié au JORF du 27 mars 2016 figurant en annexe). Sont à prendre en compte pour le calcul du montant la valeur des travaux et des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux, ainsi que les éventuelles prestations mises à la charge des entreprises chargées des travaux, telles que, si le cahier des charges le prévoit, gardiennage, photographies de chantier, etc., et ce pour l'ensemble des lots.

Notion d'opération : Il faut raisonner en prenant en compte l'ensemble de l'opération, tous corps d'état confondus et non les marchés un par un quand bien même le marché est alloti en corps d'état séparés. S'agissant des marchés de conception-réalisation ou de marché global de performance, on prendra le montant total des prestations de conception et de travaux, voire d'exploitation-maintenance, le cas échéant.

EXEMPLES

une opération de construction neuve, une opération de réhabilitation ou d'amélioration devra être appréciée au regard du **montant total des travaux** pour faire l'objet d'une seule procédure de mise en concurrence, le choix étant à définir au regard du seuil de 5 225 000 € HT, et ce, quel que soit le nombre de lots. Il en sera de même pour un programme de ravalements ou un programme de réfection de sols touchant plusieurs ensembles immobiliers décidé lors du vote du budget. On doit signaler que la Cour européenne de justice a considéré que la réfection de couvertures

de plusieurs écoles d'une même commune devait faire l'objet d'une seule opération au motif que la décision d'engager les travaux avait été unique. Il en a été de même pour les travaux de réfection de réseaux initiés par un syndicat intercommunal d'électricité alors même que lesdits travaux ont été réalisés dans différentes communes, mais commandés par le même syndicat intercommunal.

Ainsi, dans l'hypothèse où un organisme déciderait d'organiser une consultation échelonnée dans le temps, afin de retenir le maçon dans un premier temps, et ulté-

rieurement les entreprises de travaux de finition, c'est bien l'ensemble des travaux, tous corps d'état qu'il faudra prendre en compte. On notera toutefois que dans ce cas, et même s'il s'agit d'une opération entrant dans le champ des procédures formalisées, pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT dans le cas des marchés de travaux, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots, ces marchés pourront être passés selon une procédure adaptée lors d'une éventuelle consultation différenciée (cf. article 22 du décret).

Qu'est-ce qu'un marché de fournitures ?

Les marchés de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, de produits. Un marché de fournitures peut comprendre à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation (art. 5-II de l'ordonnance).

EXEMPLES

Les mobiliers et fournitures de bureaux, les véhicules, l'énergie, les logiciels et le matériel informatique, etc. sont des fournitures. De la même façon, un marché qui a pour objet la fourniture et pose de chaudières murales, ou de cumulus électriques sera également un marché de fournitures.

Qu'est-ce qu'un marché de services ?

Les marchés de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.

On notera toutefois que certaines prestations échappent aux contraintes de la commande publique, sauf en ce qui concerne l'obligation de publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) en application de l'article 35 du décret ; il s'agit notamment des services sanitaires, sociaux, d'enseignement et de formation, de sécurité sociale obligatoire, des services administratifs, éducatifs et de soins de santé, des services de repas, des services d'enquête et de sécurité, de certains services juridiques et des services postaux¹² (art. 28 du décret).

¹²Voir la liste des services spécifiques est celle publiée au Journal Officiel du 27 mars et figurant dans l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques). Ces marchés peuvent alors être passés selon une procédure adaptée

Mise en œuvre

Pour les marchés de travaux

Pour un marché de travaux on prend en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération comportant un ou plusieurs ouvrages ; la valeur à prendre en compte est celle de l'ensemble des travaux tous corps d'état ; l'opération est créée dès lors que le maître d'ouvrage prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique. Ainsi, si une opération de construction neuve ou de réhabilitation constituent chacune une opération devant faire chacune l'objet d'une consultation spécifique, il faudra considérer que les travaux définis dans le cadre des budgets de gros entretien ou de remplacement de composants doivent être cumulés par nature d'intervention (par famille) pour définir la procédure à appliquer.

Pour les marchés de fournitures et les marchés de services

Pour les fournitures et les services, les choses sont un peu plus complexes : l'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre d'une part, et du tissu concurrentiel d'autre part. En effet, s'agissant des différents acteurs, on pourra apprécier différemment les besoins en matière de fournitures de bureau par exemple (un gros organisme pourra segmenter celles-ci alors qu'un petit organisme pourra les agglomérer), et s'agissant du secteur concurrentiel, on pourra par exemple séparer l'égavage des arbres de l'entretien courant des espaces verts dès lors que plusieurs entreprises interviennent dans ce premier domaine spécifique. Les organismes sont donc invités à adopter une classification propre de leurs achats selon une typologie qui soit cohérente avec leur activité et qui tienne compte de leur connaissance de la concurrence, étant entendu que le niveau le plus fin de cette typologie regroupe des produits ou services de même nature où le besoin homogène trouve tout son sens.

Les besoins doivent être évalués par famille homogène ou par unité fonctionnelle. On entend par famille homogène ou unité fonctionnelle l'ensemble des besoins, produits ou services, de même nature ou qui concourent à un résultat unique. C'est sur la base du regroupement des besoins par familles homogènes ou par unités fonctionnelles que seront choisies les procédures de mise en concurrence. Ainsi, pour toutes les prestations entrant dans la même famille, si le cumul des montant de ces prestations est inférieur au seuil de mise en concurrence selon une procédure formalisée, il pourra être recouru à une procédure dite adaptée. En revanche, dès lors que le cumul des prestations homogènes – donc de la même famille - est supérieur au seuil de 209 000 € HT, il est nécessaire d'appliquer une procédure formalisée définie par l'article 25 du décret, pour chaque prestation – et donc pour chaque marché - entrant dans ladite famille et ce, quel que soit leur montant et le nombre de prestataires auprès desquels ces achats sont effectués.



Calcul des montants de marché de travaux

Le montant des travaux est calculé en cumulant les montants de l'ensemble des lots de l'opération. Ainsi, pour la construction d'un immeuble collectif, on additionnera les montants de tous les lots, y compris les montants affectés aux travaux extérieurs (branchements, espaces verts, etc.). Toutefois, s'il apparaît que les travaux de VRD sont particulière-

ment importants et menés indépendamment (travaux d'aménagement d'un lotissement ou travaux de voirie desservant plusieurs ensembles immobiliers par exemple), il est alors possible de considérer que ces derniers font l'objet d'une opération indépendante, et traitée comme telle au regard des procédures d'achat.

De l'intérêt d'établir une cartographie des achats ou une nomenclature interne

La nomenclature : afin de répondre aux contraintes évoquées ci-dessus, il peut être mis en place une nomenclature interne afin de regrouper les prestations en familles homogènes pour justifier, le cas échéant, le choix de la procédure. A cet effet, on pourra s'appuyer sur la nomenclature CPV disponible sur le site « simap.ted.europa.eu ». Il est précisé que, selon le secteur économique et selon la taille de l'organisme, sa localisation au regard du contexte concurrentiel local notamment, sa culture et ses pratiques, la nomenclature interne sera différente d'un organisme à l'autre.

On notera que la mise en place d'une nomenclature n'est pas obligatoire ; le principal intérêt d'une nomenclature réside dans le fait qu'elle permet de s'assurer qu'on respecte bien les dispositions réglementaires. L'élaboration d'une nomenclature doit pouvoir être justifiée : celle qui serait définie en vue de soustraire arbitrairement certaines prestations à la mise en œuvre de procédures formalisées pourrait être déclarée illicite et les marchés passés selon ce découpage annulés.

S'il convient de donner une relative pérennité à la nomenclature interne, en particulier pour garantir une politique d'achat cohérente et en suivre l'évolution (on rappellera l'intérêt d'une cartographie des achats), il ne faut cependant pas considérer que celle-ci doit être invariante : c'est au vu des consommations des années antérieures que pourra être

établie une nomenclature interne, mais c'est aussi au vu de l'évolution des consommations au fil du temps que celle-ci pourra être adaptée. Cette adaptation, si elle n'est pas trop fréquente ni profonde, servira à démontrer, le cas échéant, que l'organisme améliore ses processus d'achat.

La cartographie des achats : c'est un outil essentiel à l'optimisation des achats au sein d'une entreprise ; elle permet d'avoir une vision simple et consolidée des dépenses, d'éviter les doublons et, au final, d'acheter de manière plus efficace. Pour établir un plan d'actions achats pertinent et efficace, il faut avoir une vision claire et synthétique de son portefeuille achats, des marchés qui y sont liés et des grands axes de la politique du service. La cartographie d'un portefeuille achats permet de disposer d'une photographie des consommations par segments, clients internes et fournisseurs et l'analyse du portefeuille permet l'identification des familles à fort enjeux et permet d'identifier les angles d'amélioration de la politique d'achats. Cette consolidation des données permet à un service achats de fixer ses priorités par famille : réduction des coûts dans telle ou telle catégorie de dépenses, mutualisation des besoins dans telle autre, etc.

La cartographie des achats permet d'établir une vision quantitative fine des achats réalisés et permet de répondre à des questions pertinentes pour les prises de décision.



Les bonnes questions à se poser

- › Quel est la volumétrie achat global de l'établissement ?
- › Quelles sont les typologies de dépenses et leurs volumétries d'achats ?
- › Quels sont les services consommateurs ?
- › Quels sont les achats communs à plusieurs services ?
- › Quels sont les marchés les plus importants ?
- › Quel périmètre de la dépense est régi par des marchés ?
- › Quels sont les marchés communs à plusieurs segments et les segments communs à plusieurs marchés ?
- › Quels sont les types de procédures utilisées ?
- › Qui sont les fournisseurs de chaque segment ?
- › Quelles sont les formes de marchés les plus utilisées ?
- › Quel est le volume de commande globale ?

A titre d'exemple, pour ce qui concerne les achats relatifs à la fourniture de matériels informatiques, en dessous de 209 000 € HT, rien n'empêche de regrouper au sein de la même famille les ordinateurs « personnels », les imprimantes, les appareils photos numériques ainsi que les consommables tels que les CD-Rom ou les cartouches d'encre pour les imprimantes. Mais lorsque le montant cumulé des matériels est supérieur à 209 000 € HT, il sera profitable de scinder en deux familles distinctes l'achat de matériel et l'achat des consommables afin d'éviter d'avoir recours à une procédure formalisée pour acquérir quelques CD-Rom ou cartouches d'encre. Cela ne signifie pas dans ce deuxième cas que l'on a cherché à segmenter les familles de produits pour se soustraire aux obligations de l'ordonnance ; on peut en effet considérer :

- Soit que, compte tenu du faible montant des achats des matériels informatiques, il n'est pas nécessaire de scinder les catégories de prestations,
- Soit que, les fournisseurs de matériels informatiques tels que les PC ou imprimantes n'étant pas les mêmes que ceux qui fournissent les consommables, on peut alors privilégier la mise en place de plusieurs marchés faisant chacun l'objet d'une mise en concurrence séparée sans à avoir à cumuler les montants de ces marchés.

Dès lors que l'organisme décide de mettre en place une nomenclature par catégorie de prestations homogènes, celle-ci doit être lisible par tous les utilisateurs et non équivoque. Pour plus d'efficacité, il faut :

- Eviter les nomenclatures trop détaillées ou des définitions trop restrictives de familles qui induiraient un découpage inadéquat : la nomenclature pourrait être déclarée illicite du fait de la non mise en concurrence par des procédures formalisées (par exemple, dans le domaine de l'imprimerie, éviter la création d'autant de lignes de produits que de types d'imprimés) ;
- Eviter aussi des segmentations trop sommaires qui conduiraient à des procédures lourdes et contraignantes sans pour autant être efficaces : si on agglomère trop les prestations, on peut être conduit à lancer un appel d'offres de niveau européen pour des achats de faible montant puisque ceux-ci sont intégrés dans une même famille homogène (par exemple, les achats de matériels informatiques peuvent concerner tout aussi bien l'acquisition d'une grosse unité centrale et de postes de travail pour le personnel dont le montant cumulé dépasserait le seuil européen que l'acquisition de CD-Rom) ;
- Assurer une relative stabilité à la nomenclature.

Pour mettre au point la classification des besoins qui donnera lieu à la nomenclature interne, il peut être intéressant de s'inspirer :

- du budget de l'organisme,
- de la nomenclature européenne CPV (« Common Procurement Vocabulary » pour vocabulaire commun pour les marchés publics européens - disponible sur le site simap.eurpa.eu).



Estimation du montant des marchés

On pourra tenir compte du contexte concurrentiel propre au secteur économique considéré par l'achat. Il ne faut en effet pas hésiter à s'appuyer sur le fonctionnement des fournisseurs plutôt que sur le fonctionnement de l'acheteur pour caractériser la notion d'homogénéité des prestations.

Quelques exemples :

► Pour les prestations de diagnostic, considérant que bon nombre de prestataires intervenant dans ce secteur d'activité réalisent la plupart des diagnostics (amiante, plomb, gaz, électricité, etc.), il peut être admis que l'ensemble de ces prestations soient regroupées au sein d'une même famille homogène « prestations de diagnostic immobilier ».

A l'inverse, si localement, des prestataires se sont spécialisés sur des diagnostics particuliers (amiante par exemple), on pourra constituer une famille spécifique, en s'assurant toutefois préalablement à la consultation que ces diagnostiqueurs spécialisés sont en nombre suffisant pour avoir une concurrence efficace.

► Pour les prestations d'assurance, il ne sera pas irrégulier de segmenter ce type de service en catégories différentes telles que l'assurance dommage-ouvrage, la multirisque habitation, l'assurance d'une flotte automobile, la couverture des risques civils de l'organisme, etc., au motif que les assureurs sont souvent différents pour couvrir ces divers risques.

Pour choisir la procédure à appliquer, il convient de prendre en compte la durée totale du marché : pour des besoins récurrents de même nature, il faut déterminer la durée la plus adéquate en fonction de la nature de ces besoins et de l'évolution probable des prix due notamment aux évolutions technologiques ou aux variations économiques, tout en prenant en considération la nécessaire remise en concurrence périodique (pour certains marchés tels que la fourniture de matériels informatiques, les durées seront nécessairement courtes, alors que pour d'autres, tel un marché d'exploitation de chauffage par exemple, les durées pourront être plus longues).

Enfin, s'agissant de prestations de service ou les fournitures qui répondent à un besoin régulier, la valeur à prendre en compte correspond aux besoins d'une année ou d'un exercice budgétaire si celui-ci est supérieur à un an (cf. art. 21-II du décret). Toutefois, si l'organisme souhaite acquérir ces prestations au moyen d'un accord cadre, il devra prendre en compte la durée totale de cet accord cadre (art. 21-III du décret).

Par ailleurs, dans le cas de marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, et où la durée de la prestation ne peut être déterminée, on prend la valeur mensuelle multipliée par 48 (cf. article 5-12 de la directive européenne).



Les prestations récurrentes

Pour les prestations récurrentes, plutôt que de conclure des contrats au fur et à mesure des besoins, il est possible de recourir aux accords-cadres (dont les accords-cadres à bons de commande). Ainsi, une seule consultation est lancée pour une durée qui peut aller jusqu'à quatre ans, et les commandes pourront alors être passées auprès

du ou des attributaires desdits accords-cadres (voir § accords-cadres et accords-cadres à bons de commande). On notera toutefois que la procédure d'achat à retenir sera alors fonction de l'estimation du montant total des commandes qui seront à passer au titre de ces contrats.

Que faire quand un marché mêle travaux et services, travaux et fournitures, ou services et fournitures, voire les trois ?

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ces derniers dépasse celle des produits à fournir. Lorsqu'un marché porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. Un marché ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation est considéré comme un marché de fournitures. Pour les travaux, les fournitures nécessaires à la réalisation des travaux ne sont pas à sortir du montant des travaux et font partie intégrante du marché de travaux.

EXEMPLES

Marchés mixtes

- ▶ Dans le cas d'un marché d'entretien-maintenance d'un parc d'ascenseurs intégrant un programme de travaux (remplacement d'installations), le marché sera un marché de service au motif que l'objet principal du marché est le maintien en bon fonctionnement des ascenseurs, et ce, même si le montant des travaux est supérieur au montant de la prestation d'entretien.
- ▶ Dans le cas d'un marché portant sur le remplacement de convecteurs ou de cumulus électriques, ou sur la pose de détecteurs automatiques de fumées, il s'agira d'un marché de fournitures, au motif que les travaux de pose sont accessoires.
- ▶ S'agissant des prestations d'entretien technique du patrimoine (remplacement d'équipements usagés ou détériorés par exemple), le contrat sera qualifié de :
 - ▶ Marché de travaux s'il s'agit d'intervenir en curatif,
 - ▶ Marché de service s'il s'agit d'intervenir en préventif.

Ainsi, un contrat d'entretien de robinetterie ou de chaudières individuelles sera un marché de prestation de service, alors qu'un accord-cadre à bons de commande destiné à réparer des installations, remplacer des équipements dégradés ou remettre en état des logements à l'occasion de changement de locataires sera un marché de travaux.

L'entretien-maintenance du patrimoine fait-il l'objet de marchés de travaux ou de marchés de services ?

Au titre du classement CPV (voir site http://simap.europa.eu/index_fr.htm), certaines prestations sont classées dans le domaine du service. Il s'agit des services de réparation et d'entretien d'installations de bâtiments qui concernent la maintenance des équipements électromécaniques intégrés aux bâtiments (rubrique 50700000) :

- ▶ Les services de réparation et d'entretien d'installations électriques et mécaniques de bâtiments ;
- ▶ Les services de réparation et d'entretien de chauffage central ;
- ▶ Les services de réparation et d'entretien de groupes de réfrigération ;
- ▶ Les services de réparation et d'entretien d'escaliers mécaniques ;
- ▶ Les services de réparation et d'entretien d'ascenseurs.

On peut également citer les services de réparation et d'entretien de pompes, vannes, robinets, conteneurs en métal et de machines (rubrique 50500000 de la nomenclature CPV).

Il en sera de même pour des prestations pour lesquelles l'organisme souhaite des interventions périodiques telles que les vérifications d'extincteurs, l'entretien préventif d'installations de VMC, de portes automatiques de garages, d'éclairage extérieur, d'installations de sécurité, de jeux pour enfants ou de stations de relevage. Parmi les autres services, on peut également citer les dératisations, les désinsectisations, les désinfections, le curage de réseaux ainsi que les désobstructions, l'enlèvement des déchets et encombrants, etc. On notera toutefois que les marchés publics d'entretien des espaces verts et l'élagage ont été classés en travaux au travers de certaines jurisprudences¹³; considérant d'une part que la nomenclature CPV classe, plus logiquement, ce type de prestation en prestation de service (n°77310000 et suivants) et que l'avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique publié au JO du 27 mars 2016 ne spécifie pas ce type de prestation dans les travaux d'autre part, on classera l'entretien des espaces verts et l'élagage en prestation de service.

En revanche, les autres prestations relevant directement du domaine « bâtiment » seront des marchés de travaux (exemples : le remaniage des tuiles en couverture, la mise en jeu de menuiseries, la réparation d'une fuite d'eau, le remplacement d'un garde-corps, etc.).

Comment apprécier les seuils quand les agences délocalisées des organismes commandent directement à différents prestataires ?

C'est au niveau de l'organisme, et non au niveau de chacune des agences, que doit être pris en compte le montant global de la prestation pour déterminer la procédure à appliquer. Ainsi, la disposition mentionnée au second alinéa de l'article 20 du décret (« lorsque l'acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes... ») ne peut être prise en compte au motif que les agences d'un organisme n'ont pas de personnalité propre et n'ont aucune autonomie en matière de dévolution de marchés.

Ainsi, par exemple, un organisme a organisé la gestion de son patrimoine en trois agences, chacune d'elle ayant en charge, entre autres, l'entretien ménager des parties communes. Pour la première, le montant de cette prestation se monte à 80 000 € HT, pour la seconde à 95 000 € et pour la troisième 40 000 € HT, soit un montant total de 215 000 € HT. Dans cette hypothèse, il devra être mis en place une procédure formalisée, et ce, quel que soit le nombre d'entreprises retenues et de lots, éventuellement géographiques, mis en place.

S'agissant du cas des prestations récurrentes, on notera que dans l'hypothèse où le montant total de la prestation n'atteint pas le seuil européen, les marchés pourront être passés en procédure adaptée, même si sur la durée le montant dépasse le seuil sus-évoqué (cf. art. 21-II du décret).

Comment prendre en compte les prestations de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique, etc. ?

Parmi les prestations récurrentes auxquelles les organismes Hlm recourent, on trouvera notamment les prestations de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique, de coordination en matière de sécurité et de protection de la santé (SPS), les études de sol, etc. Au vu de la réglementation ou des normes régissant ce type de prestations, on devra considérer qu'il s'agit, pour chacune d'entre elles de prestations homogènes : les décrets et arrêtés d'application de la loi MOP pour la maîtrise d'œuvre, les textes définissant les rôles et missions des coordinateurs SPS, ainsi que les normes NF P 03.100

¹³CE du 7 janvier 1970 – Ville de Cassis et CE du 30 octobre 1979 – Ville de Cabourg

pour le contrôle technique ou NF P94-500 pour les études géotechniques définissent chacun assez précisément les prestations attendues. Aussi, en application des règles de la commande publique, on doit prendre en compte le cumul des prestations par catégorie homogène pour déterminer la procédure à mettre en œuvre, et ce, quel que soit le nombre d'opérations. Ainsi, on devra considérer chacune des prestations, et il sera alors nécessaire de cumuler sur une durée d'un an l'ensemble des prestations par famille pour déterminer la procédure à mettre en place à l'occasion de chaque achat.

Toutefois, en contrepoint de ces logiques, s'agissant particulièrement des prestations de maîtrise d'œuvre, et eu égard notamment au fait que ce type de prestation fait l'objet d'un article spécifique du décret (article 90), on peut considérer que l'on peut, dans le cas visé, « sortir » les prestations de maîtrise d'œuvre dans une rubrique autonome ; ainsi, les prestations de maîtrise d'œuvre seront « traitées » à part, et feront l'objet d'un marché opération par opération.

À NOTER

Pour ce qui concerne les autres prestations citées, telles que le contrôle technique, la coordination SPS, les études ou relevés de géomètres, les études géotechniques, il sera possible de conduire une consultation par accord-cadre (voir § « accords-cadres »).

Les marchés à tranches, les marchés reconduits et les marchés de prestations similaires

Pour l'ensemble de ces marchés, le montant à prendre en compte est le montant global de la prestation, toutes tranches et toutes reconductions comprises.

Les accords-cadres (dont les accords-cadres à bons de commande)

C'est le montant global des marchés subséquents qui seront passés durant l'application de l'accord-cadre qu'il y a lieu de prendre en compte pour connaître la procédure à appliquer.

De même, c'est le montant global estimé des commandes qui seront passées au titre de l'accord-cadre à bons de commande qu'il y a lieu de prendre en compte pour déterminer la procédure à mettre en œuvre.

Un accord-cadre (ou un accord-cadre à bons de commandes) peut être passé avec un montant minimal, avec un montant maximal ou avec un montant minimal et un montant maximal. Toutefois, dès lors qu'il est impossible de déterminer un montant maximum, on devra considérer que le montant total des prestations à mettre en œuvre est « illimité » et il sera alors nécessaire de retenir une procédure formalisée.



Le montant des accords-cadres

Il est conseillé de fixer le montant maximal des dépenses envisagées au cours de l'exécution de l'accord-cadre « traditionnel » ou de l'accord-cadre à bons de commande. Cela permet d'éviter bien souvent, la mise en place de procédures formalisées.

QUELLE PROCÉDURE CHOISIR ?

Les principes généraux

Pour appliquer les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès à la commande, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures), les textes européens et nationaux imposent des conditions de mise en concurrence et d'information des candidats croissantes en fonction de l'objet et du montant de l'achat. Ainsi, à compter de certains seuils, la mise en place de procédures formalisées s'impose, notamment avec une publicité européenne.

Les procédures à mettre en œuvre en fonction des seuils sont les suivantes :

Objet \ Montants	Jusqu'à 209 000 € HT	De 209 000 jusqu'à 5 225 000 € HT	Au-delà de 5 225 000 € HT
Fournitures	Procédure adaptée	Procédure formalisée	
Services (hors marchés réservés ¹⁴)	Procédure adaptée	Procédure formalisée	
Travaux	Procédure adaptée		Procédure formalisée

Au-delà de cette segmentation, la réglementation nationale a ajouté des contraintes, notamment pour les procédures adaptées. Il en ressort le tableau synthétique suivant quant aux modalités à mettre en œuvre pour chacune des procédures citées ci-dessus :

Objet \ Montants	Jusqu'à 25 000 € HT	De 25 000 jusqu'à 209 000 € HT	De 209 000 jusqu'à 5 225 000 € HT	Au-delà de 5 225 000 € HT
Fournitures	Respect des principes généraux de la commande publique	Contrat écrit Publicité adaptée obligatoire A compter du 1 ^{er} octobre 2018 : ▶ DCE disponible sur le profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence ¹⁵ ▶ Informations essentielles du marché sur le profil d'acheteur	DCE sur le profil d'acheteur Publication au JOUE Dématérialisation obligatoire	
Services (hors marchés réservés et services juridiques de représentation)				
Travaux		Contrat écrit Publicité adaptée obligatoire A compter du 1 ^{er} octobre 2018 : ▶ DCE disponible sur le profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence ¹⁶ ▶ Informations essentielles du marché sur le profil d'acheteur ¹⁷	DCE sur le profil d'acheteur Publication au JOUE Dématérialisation obligatoire	

¹⁴Pour les personnes handicapées, des structures d'insertion, ou des entreprises de l'économie sociale et solidaire (selon liste publiée)

¹⁵Selon dispositions d'un arrêté à paraître

¹⁶Selon dispositions d'un arrêté à paraître

¹⁷Dito ci-dessus

Les différentes procédures

L'article 42 de l'ordonnance n°2015-899 liste les différentes procédures possibles :

1. Les procédures formalisées au-dessus des seuils européens :
 - a. La procédure **d'appel d'offres**, ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;
 - b. La **procédure concurrentielle avec négociation**, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
 - c. La procédure de **dialogue compétitif** dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ;
2. La **procédure adaptée** dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens ou en fonction de l'objet pour certains marchés spécifiques ;
3. La **procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables**.

Quand retenir l'appel d'offres ?

Les textes ne précisent pas les conditions de recours à l'appel d'offres. Aussi, cette procédure peut être utilisée pour n'importe quel type d'achat, dès lors que les seuils de procédures formalisées sont atteints. La Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances (DAJ) conseille toutefois de réserver cette procédure aux seuls achats de fournitures et de services standards.

En effet, la procédure concurrentielle avec négociation est à retenir dans bon nombre de cas puisque son application est possible dès lors que « *le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles* » (cf. art. 25-II du décret). Aussi, il est conseillé de réserver l'appel d'offres aux seules prestations « standard », dites, selon les commentateurs, « disponibles sur étagère ». En d'autres termes, l'appel d'offres sera privilégié pour les achats de fournitures ou de prestations de services « sur catalogue ».

Quand retenir la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif ?

L'article 25 du décret d'application de l'ordonnance indique que la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif peuvent être mis en œuvre dans les cas suivants :

1. « *Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;*
2. *Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;*
3. *Lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;*
4. *Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;*

5. Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;
6. Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres ». Toutefois, par dérogation aux dispositions du 2° du II de l'article 55, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur (L'article 3 du décret du 10 avril 2017 a ajouté cet alinéa. Cet alinéa s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2017).

L'introduction de la procédure concurrentielle avec négociation est une évolution majeure dans le corpus réglementaire de la commande publique. A cet égard, on peut citer quelques considérants de la directive européenne : « Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations.

... Pour les marchés de travaux, il s'agit notamment de travaux qui ne concernent pas des bâtiments standards ou qui comportent une conception ou des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures nécessitant des efforts d'adaptation ou de conception, le recours à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est susceptible d'être utile. De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Dans de tels cas, des négociations peuvent être nécessaires afin de garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur...

... Les négociations devraient avoir pour objectif d'améliorer les offres, de manière que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux, des fournitures et des services parfaitement adaptés à leurs besoins spécifiques. Les négociations peuvent porter sur toutes les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services achetés, y compris, notamment, la qualité, les quantités, les clauses commerciales, ainsi que les aspects sociaux, environnementaux et innovants, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'exigences minimales ».

Ainsi, l'élargissement des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation permettra d'avoir recours à cette procédure dans tous les cas où les organismes ont besoins d'une prestation « sur mesure ».

Ainsi, la procédure concurrentielle avec négociation peut être appelée à devenir la procédure « de base » pour l'achat de nombreuses prestations d'un montant supérieur aux seuils européens : pratiquement dans tous les cas de marchés de travaux, et, s'agissant de services notamment, dans tous les cas où l'organisme a besoin d'une prestation « sur mesure » (voir la fiche « La procédure concurrentielle avec négociation » établie par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances (DAJ) en date du 30 mars 2016).

En raison des définitions apportées à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif (voir l'article 42 de l'ordonnance rappelé ci-dessus) :

- ▶ La procédure concurrentielle avec négociation sera destinée à l'achat de prestations que l'acheteur aura défini de façon assez précise, mais en laissant aux opérateurs économiques la possibilité de proposer des variantes (cf. art. 42 précité : « *le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché* »),
- ▶ Le dialogue compétitif sera plutôt utilisé quand l'acheteur sait préciser les performances ou les résultats à atteindre, mais souhaite laisser aux candidats le choix des moyens à mettre en œuvre (cf. le même article « *l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins* »).

Toutefois, dans les deux cas, il appartient à l'acheteur de définir les exigences minimales auxquels les candidats doivent répondre. Aussi, on peut rappeler un autre considérant de la directive qui éclaire le propos : « *Il convient de préciser que les exigences minimales à fixer par le pouvoir adjudicateur sont les conditions et caractéristiques (notamment physiques, fonctionnelles et juridiques) que toute offre est tenue de remplir ou de posséder afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché conformément au critère d'attribution retenu. Afin de garantir la transparence et la traçabilité du processus, toutes les étapes devraient être dûment consignées. En outre, tout au long de la procédure, l'ensemble des offres devraient être soumises par écrit* ».

Quand peut-on recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ?

La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence consiste à négocier en direct avec éventuellement un seul opérateur les conditions du marché. En raison de cette faculté qui contrevient aux principes généraux de la commande publique, cette procédure formalisée ne peut être mise en œuvre que dans les cas limitatifs suivants (art. 30 du décret) :

1. « *Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimum exigés par les procédures formalisées. Tel est notamment le cas des marchés publics rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L. 1311-4¹⁸, L. 1331-24¹⁹, L. 1331-26-1²⁰, L. 1331-28²¹, L. 1331-29²² et L. 1334-2²³ du code de la santé publique et des articles L. 123-3²⁴, L. 129-2²⁵, L. 129-3²⁶, L. 511-2²⁷ et L. 511-3²⁸ du code de la construction et de l'habitation ainsi que pour les marchés publics passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ;*

¹⁸Sur décision du Préfet en cas de danger ponctuel imminent pour la santé publique

¹⁹Sur décision du Préfet en cas de un danger pour la santé ou la sécurité de leurs occupants

²⁰Sur décision du Préfet en cas de danger pour la santé ou la sécurité des occupants lié à la situation d'insalubrité de l'immeuble

²¹Sur décision du Préfet en cas d'insalubrité de l'immeuble

²²Sur décision du Préfet en cas d'insalubrité de l'immeuble

²³Sur décision du Préfet en cas de présence de plomb

²⁴Sur décision du Maire dans les cas d'insécurité pour les ERP

²⁵Sur décision du Maire pour les immeubles collectifs à usage principal d'habitation présentant un fonctionnement défectueux ou un défaut d'entretien de nature à créer des risques sérieux pour la sécurité des occupants ou à compromettre gravement leurs conditions d'habitation

²⁶Sur décision du Maire en cas d'urgence ou de menace grave et imminente

²⁷Sur arrêté du Maire en cas de péril

²⁸Sur arrêté du Maire en cas de péril

2. Lorsque dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou dans le cadre de la passation d'un marché public répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou d'un marché public relevant des articles 28 et 29, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables au sens du IV de l'article 55 ou des offres inappropriées au sens du I de l'article 59 ont été présentées, pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande ;

3. Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, pour l'une des raisons suivantes :

- a) L'objet du marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
- b) Pour des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;
- c) La protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle ;

Les raisons évoquées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ;

4. Pour les marchés publics de fournitures qui ont pour objet :

- a) Des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises ;
- b) L'achat de matières premières cotées et achetées en bourse ;

5. Pour les marchés publics de fournitures ou de services passés dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre I, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre Etat ;

6. Pour les marchés publics de services attribués au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations ;
 7. Pour les marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché public précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché public doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services. Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés publics peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché public initial ;
 8. Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ;
 9. Pour les marchés publics de fournitures de livres non scolaires... ;
 10. Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens, lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.
- II. – Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement ».

S'agissant de l'urgence évoquée au point I-1°, on notera que, si la nouvelle réglementation en fixe des contours assez précis, les juges ont jusqu'à présent interprété très strictement l'urgence impérieuse.

A titre d'exemples, elle a été admise dans les circonstances suivantes :

- ▶ pour la mise en service du réseau téléphonique d'un établissement public de santé, en raison de retard pris à la suite de l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres mise en œuvre (Conseil d'Etat 11 oct. 1985, Compagnie générale de distribution téléphonique c/ Centre hospitalier régional de Rennes, n° 38788) ;
- ▶ pour la réalisation de travaux de sécurité de première nécessité, conditionnant l'accès à un bâtiment par le public à la suite de la tempête de décembre 1999, dès lors que les marchés en cause sont passés dans les heures, les jours, au plus les semaines suivant la survenance de la tempête (réponse min. JO Ass. nat. 27 mars 2000, p. 2025).

Elle n'a, en revanche, pas été admise :

- pour les travaux de renforcement d'un transformateur électrique, alors même qu'il suscitait de fréquentes coupures de courant dans un quartier entier de la commune (Conseil d'Etat 23 fév. 1990, Commune de Morne-à-l'Eau, n° 69588) ;
- pour les travaux nécessaires à la réalisation d'une maison des familles par une commune, dès lors qu'il ne s'agissait que de minimiser la gêne causée par le chantier aux riverains (Conseil d'Etat, 8 janv. 1992, Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines, n° 85439) ;
- pour un marché négocié, passé trois mois après le passage d'un cyclone en janvier 1985 (Conseil d'Etat, Section, 26 juill. 1991, Commune de Sainte Marie de la Réunion, req. n° 117717) ;
- pour des marchés de rénovation de lycées, passés deux ans après l'adoption du plan régional de rénovation de ces établissements et malgré l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres (Conseil d'Etat, 1^{er} oct. 1997, M. Hemmerdinger, n° 151578).

Concernant la maîtrise d'œuvre, le Conseil d'Etat a également fixé les limites du recours à la procédure négociée sans mise en concurrence en précisant les points suivants :

- dans le cas de la réhabilitation d'un bâtiment existant, le droit moral au respect de l'œuvre de l'architecte d'origine ne lui confère pas un droit d'exclusivité pour des travaux de modifications de l'ouvrage (CE 13 juillet 2007, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence/Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 296096) ;
- il revient toujours au pouvoir adjudicateur d'établir que les raisons techniques invoquées l'empêchent effectivement de confier un nouveau marché à un autre maître d'œuvre que le titulaire du marché précédent.

Quand choisir et comment mettre en œuvre la procédure adaptée ?

La procédure adaptée est la procédure à retenir pour tous les marchés d'un montant inférieur aux seuils européens et pour certains marchés spécifiques : marchés portant sur des prestations sociales, culturelles, de formation, etc., ainsi que pour certaines prestations juridiques. Aussi, compte tenu de la fréquence de recours à cette procédure, il a été choisi de consacrer un chapitre complet de ce guide à cette question (voir § chapitre traitant de ce sujet).



Un peu de sémantique

Dès lors qu'on se trouve en dessous des seuils européens, il faut absolument éviter d'employer une appellation réservée aux procédures formalisées. Ainsi, on n'appellera pas « appel d'offres » une consultation pour un marché d'un montant inférieur aux seuils. En effet, le dernier alinéa de l'article 27 du décret précise sans ambiguïté : *« Lorsque l'acheteur se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, il est tenu de l'appliquer dans son intégralité »*.

Quand choisir une procédure ouverte ?

Une procédure est dite ouverte quand l'organisme choisit de sélectionner les offres sans restreindre préalablement le nombre de candidats ; en d'autres termes, en procédure ouverte, tous les candidats peuvent présenter une offre, alors qu'en procédure restreinte, seuls ceux retenus par l'organisme peuvent le faire. Le principal avantage d'une procédure ouverte est de se voir proposer des offres plus nombreuses, donc, a priori, plus concurrentielles.

Quand choisir une procédure restreinte ?

Une procédure est dite restreinte quand l'organisme sélectionne d'abord les candidats qu'il juge aptes à proposer une offre, en raison de leur capacité professionnelle, technique, économique et financière, compte tenu de la nature et du montant du marché. En second temps, il sélectionne l'offre la plus avantageuse parmi celles proposées par les candidats retenus. La procédure restreinte sera en général choisie a priori dès lors que le secteur économique ou la conjoncture laisse envisager un nombre important de candidatures, ou lorsque la prestation attendue requiert une capacité ou une technicité particulière (marchés complexes ou importants).

Les avantages de la procédure restreinte par rapport à la procédure ouverte sont les suivants :

- ▶ L'organisme n'a qu'un nombre réduit d'offres à analyser puisque le nombre de candidats sélectionnés peut être fixé : au minimum 3 en cas de procédure concurrentielle avec négociation ou de dialogue compétitif et 5 en cas de procédure d'appel d'offres (art. 47 du décret),
- ▶ Paradoxalement, on peut espérer des délais de procédure un peu plus courts si on met à profit la période de sélection des candidats pour finaliser les documents de consultation dont le projet de marché ; le gain de délai potentiel est alors de 5 jours en appel d'offres restreint par rapport à la procédure ouverte.

En revanche, en termes d'inconvénient, on doit noter qu'il faut réunir au moins deux fois la commission d'appel d'offres.

Les procédures concurrentielles avec négociation, de dialogue compétitif (et certaines autres formes d'achat dont les concours) sont par définition des procédures restreintes. On doit noter que si les procédures restreintes sont décrites dans le cadre des procédures dites formalisées, rien n'empêche de prendre des dispositions analogues en cas de procédures adaptées en dessous des seuils (attention toutefois de ne pas employer les termes réservés aux procédures formalisées dans ce cas).

Les autres modalités de mise en concurrence

Au-delà des procédures formalisées (appel d'offres, procédure concurrentielle avec négociation et dialogue compétitif) et de la procédure adaptée, il est possible de mettre en place d'autres systèmes de mise en concurrence. Il s'agit des procédures suivantes :

- › Le concours, essentiellement destiné à retenir un maître d'œuvre sur la base d'un projet,
- › Le système d'acquisition dynamique,
- › Les enchères électroniques,
- › Le catalogue électronique.

Si dans le cadre des activités liées au logement social, il peut être fait appel aux concours, les autres procédures seront moins utilisées car plutôt destinées aux centrales d'achat.

Le concours

Défini par l'article 8 de l'ordonnance (« Le concours est un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données »), le concours n'était pas obligatoire pour les organismes de logements sociaux (Cf. l'article 90 dudit décret). Cependant, la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine a remis en cause la dispense d'organiser un concours pour les organismes Hlm dans son article 83. En effet, cet article dispose que « *les maîtres d'ouvrage soumis à 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 y recourent pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment, dans des conditions fixées par décret.* »

Les conditions de recours au concours sont déterminées par l'article 90 du décret du 25 mars 2016, tel que modifié par l'article 9 du décret n° 2017-516 du 10 avril 2017, comme suit :

« I. Les marchés publics de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission définie par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée.

II. Les marchés publics de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés dans les conditions suivantes :

1° Pour les acheteurs soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée, ils sont négociés, en application du 6° du I de l'article 30, avec le ou les lauréats d'un concours restreint organisé dans les conditions de l'article 88.

Toutefois, ces acheteurs ne sont pas tenus d'organiser un concours dans les cas suivants :

- a) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- b) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- c) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures ;
- d) Pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;

► **Pour rappel :** aux termes de l'article 1^{er} 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, les dispositions de la présente loi sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont :

1 ° L'Etat et ses établissements publics ;

2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L. 166-1 du code des communes ;

3° Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;

4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L.411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Cette nouvelle obligation s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} juillet 2017 (Cf. article 31 du décret du 10 avril 2017).

En application des articles 88 à 90 du décret du 25 mars 2016, la procédure de concours prévoit de :

- Publier un appel à candidatures (au moins au JOUE pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils),
- Mettre en place un jury composé selon les règles du pouvoir adjudicateur et comportant en son sein au moins un tiers de personnes indépendantes des participants au concours et ayant les qualifications demandées aux candidats pour, dans un premier temps, sélectionner les candidats,
- Retenir un nombre suffisant de candidats pour assurer une concurrence réelle (a priori, au moins trois),
- Remettre aux candidats sélectionnés le règlement de concours auquel est joint le programme de l'opération et fixant notamment :
 - Le contenu détaillé des prestations demandées aux candidats au titre du concours,
 - Le montant des primes allouées aux candidats ayant remis une prestation conforme au règlement de concours, celles-ci étant au moins égales à 80% de la prestation demandée.
- Réunir une seconde fois le jury pour analyser les offres, établir leur classement qui sera présenté au pouvoir adjudicateur et proposer les montants de prime à verser aux candidats en application du règlement de concours,
- Publier un avis de résultat du concours (au moins au JOUE pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils),
- Négocier les conditions du marché avec le(s) lauréat(s).

Il est rappelé que la rémunération du titulaire tient compte de la prime versée et que le concours doit suivre le principe de l'anonymat. Toutefois, après que le classement des propositions a été opéré par le jury, et que classement a été enregistré, ce dernier peut entendre les candidats pour répondre aux questions ou demandes d'éclaircissement formulées au sein d'un premier rapport, les réponses apportées étant alors transcrites dans un second rapport présenté au pouvoir adjudicateur. Enfin, il est précisé que le jury ne décide pas de l'attribution du marché, mais en revanche, chacun de ses membres participe avec voix délibérative pour établir le classement des offres (hormis pour le président qui peut avoir une voix prépondérante en cas d'égalité du nombre de voix).

En-dessous du seuil de procédure formalisée, on pourra adapter les règles du concours pour choisir un maître d'œuvre sur le fondement d'un schéma, d'une esquisse ou d'un avant-projet : l'anonymat et la mise en place d'un jury ne sont pas obligatoires, en revanche, le versement de primes est nécessaire au motif que la fourniture de plan(s) est une prestation à part entière qui mérite rétribution.

Le système d'acquisition dynamique

Comme le précise l'article 81 du décret, *«un système d'acquisition dynamique est un processus entièrement électronique de passation de marché public, pour des achats d'usage courant, par lequel l'acheteur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés spécifiques à l'un des opérateurs économiques préalablement sélectionnés»*. Si sous l'empire des textes antérieurs, ce système n'était réservé qu'aux fournitures et services courants, il est désormais possible d'y recourir également pour les travaux.

Les modalités de mise en œuvre d'un système d'acquisition dynamique (voir art. 81 à 83 du décret) combinent celles de l'appel d'offres restreint avec celles de l'accord-cadre : on sélectionne des candidats après publication d'un avis de publicité précisant expressément qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique, et ces candidats transmettent leurs offres respectives par voie électronique aux différentes consultations lancées par le pouvoir adjudicateur pendant la durée de validité du système, lesquelles offres seront analysées à l'aune des critères de sélection publiés et éventuellement précisés pour chaque marché s'inscrivant dans le système.

Compte tenu de la relative lourdeur de cette procédure, et après avoir rappelé qu'elle est ouverte aux seuls achats courants, on considèrera que le système d'acquisition dynamique devra être réservé principalement aux centrales d'achats.

Les enchères électroniques

A l'instar du système d'acquisition dynamique, les enchères électroniques seront réservées aux centrales d'achat. En effet, si le principe semble intéressant (cf. art. 84 du décret : *«Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre»*), elles ne sont ouvertes qu'à l'achat de fournitures d'un montant supérieur aux seuils européens. Pour plus de précisions, le lecteur se reportera aux articles 84 et 85 du décret.

Les catalogues électroniques

Introduites dans les derniers textes nationaux, les procédures d'achat recourant au catalogue électronique permettent de d'acquérir des prestations sur la base d'un catalogue dédié au marché et disponible « en ligne » au fur et à mesure des besoins. On précisera immédiatement qu'il ne s'agit pas de catalogues commerciaux consultables sur internet par quiconque, mais de catalogues conçus spécifiquement en réponse à une consultation. Dès lors qu'on évoque le terme « catalogue », on conviendra que cette procédure ne peut utilement être utilisée que pour des achats « standard », définis par des spécifications techniques précises... Aussi, comme pour les enchères électroniques et les systèmes d'acquisition dynamique, on réservera a priori cette procédure aux centrales d'achat. Dans ce cadre, le lecteur pourra se reporter aux articles 86 et 87 du décret pour avoir plus de précisions.

Les différentes techniques d'achat et formes contractuelles

Indépendamment des procédures d'achat, qui consistent, rappelons-le, à mettre en concurrence des opérateurs économiques en vue d'obtenir la meilleure offre en réponse aux exigences formulées dans un cahier des charges, il existe des formes contractuelles qui permettent aux acheteurs de contracter dans un cadre sensiblement plus souple que le traditionnel « marché global et forfaitaire ». Il s'agit notamment pour l'acheteur et son contractant d'organiser au sein du contrat les droits et devoirs respectifs quand le besoin ou les prix ne peuvent pas être définis avec précision ou quand le marché ne sera exécuté que sous certaines conditions. Dans ce cas, l'acheteur pourra mettre en place :

- Un accord-cadre donnant lieu soit à des marchés subséquents, soit à des bons de commande,
- Un marché à tranches,
- Un concours,
- Des marchés intégrant des prix provisoires (ce sera notamment le cas pour les marchés de maîtrise d'œuvre), ou des clauses de revoyure, notamment quand le marché est d'une certaine durée.

Quelle que soit la forme contractuelle, le recours aux procédures formalisées s'imposent dès lors que le montant estimé est supérieur aux seuils européens. Les différentes formes contractuelles sont détaillées dans des paragraphes dédiés au sein du présent guide.

L'ALLOTISSEMENT

Les principes

Dans le souci de faciliter l'accès des PME à la commande publique, l'allotissement devient une règle de base pour les achats publics. En effet, l'article 32 de l'ordonnance dispose « ... *les marchés publics... sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots* ». La décomposition en lots peut s'appuyer sur des raisons de nature technique, géographique ou autre ; il est toutefois précisé que l'acheteur doit prendre en compte l'identification des prestations distinctes quels que soient le nombre, la taille et l'objet des lots.

Pour répondre aux principes ainsi définis, on ne peut pas imposer aux candidats de présenter des offres sur tous les lots faisant l'objet de la mise en concurrence, car cela conduirait à contourner l'obligation d'allotissement. Pour autant, rien n'interdit à un pouvoir adjudicateur d'autoriser les candidats à présenter des offres sur autant de lots qu'ils souhaitent. Dans ce cas, il appartiendra à l'acheteur d'attribuer chacun des lots au candidat le mieux placé au regard des critères de sélection mentionnés au règlement de consultation. En effet, le texte n'interdit pas l'attribution de plusieurs lots, voire de la totalité des lots, à un même opérateur, à condition que l'acheteur ait procédé à une comparaison des offres lot par lot. En d'autres termes, pour attribuer plusieurs lots (voire tous les lots) à un même candidat, ce dernier doit être le mieux classé sur chacun des lots en application des critères mentionnés dans le règlement de la consultation.

La limitation du nombre de lots

L'article 32 de l'ordonnance dispose que : « *Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique* ». Cette disposition a été prise dans l'esprit même de l'obligation d'allotissement qui promeut l'accès des PME aux marchés publics : en limitant le nombre de lots pouvant être attribué à un même titulaire, on « partage le gâteau », et on permet ainsi aux entreprises de petite taille d'accéder à la commande, ce qu'elles ne pourraient pas faire en cas de marché global par exemple. Par ailleurs, cette disposition permet de limiter les risques de l'acheteur : en cas de défaillance, un nombre limité de lots devront être résiliés et non la totalité.

Ainsi, deux cas sont offerts à l'acheteur :

- Soit il interdit aux candidats de présenter des offres au-delà d'un nombre maximal,
- Soit il s'interdit d'attribuer à un même candidat un nombre de lots supérieur à ce qu'il aura décidé antérieurement.

Dans les deux cas, l'acheteur doit toujours annoncer dans les documents de la consultation (publicité et/ou règlement de consultation) les dispositions qu'il envisage d'appliquer. A cet égard, il faut se rappeler que :

- Pour la limitation du nombre de lots auxquels l'opérateur peut répondre : toutes les offres d'un candidat qui aura présenté un nombre d'offres supérieur à la limite fixée par les documents de consultation devront être évincées ;

- Pour la limitation du nombre de lot attribués à un même opérateur : dès lors que le pouvoir adjudicateur a limité le nombre de lots pouvant être attribués à un seul candidat, cette règle doit s'appliquer, et il n'est donc pas possible d'attribuer plus de lots audit candidat que ce que prévoit le règlement de consultation. La limitation du nombre de lots attribuables à un même candidat doit en tout état de cause être justifiée par des motifs sérieux, liés à l'objet ou aux conditions d'exécution du marché. L'acheteur devra également préciser dans le règlement de consultation (RC) les conditions d'attribution des lots pour éviter tout problème, dans l'hypothèse où un candidat se voit classé premier sur un nombre de lots supérieur au nombre maximal de lots attribuables au même opérateur²⁹ (cf. art. 12-III du décret). Le choix d'attribution ne doit révéler aucune part d'arbitraire ni de pouvoir discrétionnaire, qui conduirait à un examen des offres ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats ou la transparence de la procédure de passation. Le juge administratif censure les critères aboutissant à un choix arbitraire ou subjectif³⁰.

Peut-on demander aux candidats de répondre à l'ensemble des lots.

Un pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer aux candidats, dans le règlement de la consultation, de présenter des offres sur tous les lots faisant l'objet de la mise en concurrence. Cela conduirait à contourner l'obligation d'allotissement³¹. En revanche, il peut autoriser des réponses sur l'ensemble des lots ; il doit dans ce cas en faire mention dans le règlement de consultation, et procéder à l'analyse lot par lot comme indiqué au paragraphe précédent.

Les cas dérogatoires à l'allotissement

Enfin, le texte offre la possibilité de ne pas allotir, mais à la condition expresse de motiver en droit et en fait (article 32 de l'ordonnance), la dérogation au principe d'allotissement (art. 12 du décret : En cas de non allotissement, obligation d'exposer les motifs soit dans les documents de la consultation soit dans le rapport de présentation pour les marchés passés selon une procédure formalisée, ou dans les documents internes qui retracent les conditions de mise en concurrence pour les marchés passés selon une procédure adaptée). Les raisons pour lesquelles l'allotissement peut ne pas être appliquées sont précisées dans l'article 32 de l'ordonnance : *« Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allotir un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations »*.

- a. La première dérogation au recours à l'allotissement est le cas où le pouvoir adjudicateur estime que la dévolution en lots risque de restreindre la concurrence. En pareille hypothèse, la division en lots est certes possible, mais elle restreint la concurrence. Les conséquences du recours à l'allotissement sont donc contraires aux finalités de ce dernier ce qui explique la possibilité offerte par le texte de ne pas y recourir.

²⁹Conseil d'Etat, 20 février 2013, no 363656

³⁰CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse, n° 280197

³¹Conseil d'Etat, 1^{er} juin 2011, Sté KONE, n° 346405

- b. La seconde dérogation est le cas où le recours au marché alloti risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations. Certains marchés sont en effet plus coûteux et plus difficiles à exécuter lorsque ces derniers sont allotis : les coûts de gestion sont plus importants et les problèmes liés à leur exécution se voient multipliés du fait de la multitude de prestataires différents. L'impact financier du recours à l'allotissement doit être important (le Conseil d'État a récemment jugé qu'une hausse de 2% du coût du marché en ayant recours au marché alloti ne justifie pas le recours au marché global³²).
- c. La dernière dérogation est le cas où le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (OPC). Cette dernière dérogation est le plus souvent invoquée par les communes. En effet, ces dernières n'ayant pas toujours la possibilité d'assurer elles-mêmes les missions d'organisation, elles sont amenées à recourir au service de prestataires chargés de veiller à la coordination des travaux et prestations objet du marché public allotis ce qui engendre d'importants coûts pour les municipalités qui pourraient être évités par le recours au marché global³³. Toutefois, cette argumentation doit être bien étayée ; en effet, le juge a déjà considéré que :
- des difficultés antérieures rencontrées lors de précédents marchés ne sont pas de nature à démontrer que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations engagées, d'assurer les missions d'OPC³⁴ (Organisation – Pilotage – Coordination),
 - la faiblesse avancée des effectifs des services du pouvoir adjudicateur n'est pas un motif suffisant dès lors que le pouvoir adjudicateur a déjà recruté des maîtres d'œuvre dont la mission portait notamment sur l'élaboration et le suivi du planning du chantier³⁵.

Dès lors que l'acheteur décide de ne pas alloter (ça pourra être le cas notamment quand il s'agit de faire réaliser des travaux importants dans des logements occupés), il doit (art. 12 du décret) mentionner les raisons de son choix en droit et en fait (article 32) dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation (cf. art.105 du décret). A ce titre, il est préférable d'identifier les motifs de dérogation au moment du choix entre lots séparés ou marché global³⁶ dans le rapport de présentation.

Comment apprécier les seuils en cas de marchés en lots séparés ?

En premier lieu, il est nécessaire de rappeler qu'il faut prendre en compte une approche globale pour les prestations homogènes (fournitures et services) et retenir la notion d'opération pour les travaux (voir infra) : Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, c'est la valeur globale estimée de la totalité de ces lots qui doit être prise en compte.

³²Voir CE n°319349, communauté Urbaine de Nantes, 11 août 2009, également CE n°328803, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, et CE n°311379, commune de Fort de France, 20 mai 2009

³³Conseil d'État, 29 octobre 2010 SMAROV

³⁴CAA Marseille, 19 décembre 2011, Préfet des Alpes Maritimes n°09MA03774

³⁵CAA Lyon, 8 octobre 2011, SNSO, n°10LY01121

³⁶CE 9 décembre 2009, n° 328803

Les organismes peuvent décider de mettre en œuvre :

- › soit une procédure unique de mise en concurrence pour l'ensemble des lots (ce sera souvent le cas pour des opérations d'investissement, construction neuve ou réhabilitation),
- › soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot (ça peut être le cas pour la mise en œuvre d'un programme de remplacement de composants sur différents sites avec un calendrier différencié des interventions, par exemple),
- › soit encore en différant la passation de certains lots après une première consultation (travaux de finitions pour une opération par exemple).

Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils européens, la ou les procédures à mettre en œuvre sont les procédures formalisées pour chacun des lots. Toutefois, les organismes peuvent déroger à cette obligation et mettre en œuvre une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 € HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT dans le cas des marchés de travaux, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots (art. 22 du décret). Cette possibilité pourra être intéressante lorsque l'acheteur envisage de différer la mise en concurrence de certaines parties de son marché (lots de finitions pour un marché de travaux par exemple), ou pour remédier à la défaillance d'entreprise en cours d'exécution d'un marché par exemple.

EXEMPLE

Choix de la procédure à appliquer pour certains lots

Un organisme envisage de conclure un marché de travaux par lots séparés d'un montant global estimé de 13 000 000 € HT. Il devra donc procéder en recourant à une procédure formalisée. Il pourra néanmoins appliquer une procédure adaptée pour certains lots remplissant les conditions de l'article 22 du décret. Il en sera ainsi par exemple pour les lots suivants :

- › Plomberie – chauffage pour un montant de 900 000 € HT,
- › Electricité – courants faibles pour un montant de 450 000 € HT
- › Menuiseries intérieures pour un montant de 350 000 € HT
- › Peintures intérieures pour un montant de 300 000 € HT
- › Revêtement de sols souples pour un montant de 200 000 € HT
- › Serrurerie pour un montant de 80 000 € HT.

Le montant total des lots « sortis » de la consultation formalisée (2 280 000 € HT) étant inférieur à 20% du montant total de l'opération (2 600 000 € HT), ceux-ci pourront être passés selon la procédure adaptée.

LA CONDUITE DE LA CONSULTATION

Il s'agit, dans ce chapitre, d'examiner les conditions de mise en œuvre de la mise en concurrence, qu'il s'agisse de procédures formalisées ou adaptées, de procédures ouvertes ou restreintes : quelle publicité, quels documents demander aux candidats, qui sont les candidats autorisés à déposer une offre, comment sélectionner les candidats et les offres, comment conduire une négociation ?

La publicité

Les principes

Pour permettre l'accès des opérateurs économiques à la commande publique, il est nécessaire, à tout le moins, qu'ils aient connaissance qu'un pouvoir adjudicateur souhaite réaliser des achats. Pour savoir s'ils sont concernés par ces achats, les opérateurs économiques doivent savoir sur quoi portent ces achats et l'importance de la prestation. Il n'est pas besoin d'aller plus loin pour comprendre les motifs qui fondent les principes de l'obligation de publicité.

Plus l'achat est important ou spécifique, plus le périmètre géographique des opérateurs susceptibles d'être intéressés est grand. Inversement, plus l'achat est banal ou de faible importance, moins il est nécessaire d'aller loin pour trouver l'opérateur économique qui répondra à ses besoins (il existe toujours localement un maçon en capacité de monter 10 m² de parpaings, ce qui n'est vraisemblablement pas le cas pour construire une opération très importante ou particulièrement complexe). Aussi, il est logique que les mesures de publicité soient proportionnées à l'enjeu des achats. La réglementation n'en dispose pas autrement en :

- ▶ Imposant une publicité européenne pour des achats d'un montant significatif,
- ▶ Prévoyant une publicité adaptée pour les achats d'un montant compris entre 25 000 € HT et les seuils européens,
- ▶ Laissant aux pouvoirs adjudicateurs le choix des modalités à mettre en œuvre pour les achats d'un montant estimé inférieur à 25 000 € HT.

La mise en œuvre

S'agissant des procédures formalisées, les conditions de sa mise en œuvre sont totalement cadrées ; les articles 31 à 42 du décret définissent assez précisément les démarches à mettre en œuvre : une publication doit être faite au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) au moyen d'un formulaire obligatoire. Il est conseillé à l'acheteur de compléter cette publicité sur tout support de son choix, étant précisé que ce support doit être adapté à l'objet du marché d'une part, que la publication ne doit pas paraître avant celle du JOUE d'autre part, ni contenir plus d'information que l'avis européen, et, enfin, que la date de l'envoi de la publicité au JOUE y soit mentionnée. Un arrêté doit venir préciser les conditions d'établissement de cette seconde publication.



Utilisation du formulaire européen

Le formulaire européen est disponible sur le site du « Système d'Information pour les Marchés Publics » : <http://simap.ted.europa.eu/web/simap/standard-forms-for-public-procurement>, ainsi que sur le site de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie (DAJ).

Attention : pour les rendre compatibles avec la nouvelle directive, les avis de marchés ont été modifiés.

Une règle de base à connaître pour remplir le formulaire: dès lors que la mention demandée ne fait pas l'objet d'une mention « le cas échéant » ou « si l'information est connue » (les mentions sont alors suivies respectivement d'un renvoi numéroté « 2 » ou « 4 »), les renseignements doivent être obligatoirement fournis.

Pour aider les acheteurs à renseigner le formulaire, la DAJ a mis en ligne sur son site un explicatif.

L'envoi du formulaire au JOUE se fait obligatoirement par voie électronique au travers du service eNotices qui permet d'accéder à l'ensemble des formulaires standard utilisés pour les

marchés publics de l'UE. Ce service gratuit permet de travailler dans un environnement personnalisé et d'accélérer le travail ainsi que le processus de publication des avis de marché. Il permet également de contrôler les erreurs éventuellement présentes dans les avis ainsi que le respect des directives communautaires régissant les procédures de passation des marchés publics.

A cet effet, pour la première « mise en ligne » d'un avis de marché, il est nécessaire de s'inscrire en créant un compte utilisateur sur eNotices en étant préalablement enregistré sur le service d'authentification de la Commission européenne (ECAS).

Les aides en ligne devraient être de nature à faciliter la tâche, d'autant qu'il est toujours possible de suspendre le renseignement de l'avis de marché. Il est également possible d'imprimer l'avis de marché (disponible en version PDF sur « simap ») et de le compléter « à la main » avant d'aller sur le site eNotice.

Il est rappelé que le délai maximum pour envoyer un avis d'attribution a été réduit à 30 jours au lieu des 48 jours antérieurement en vigueur.

S'agissant des procédures adaptées, les acheteurs « choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause » comme en dispose l'article 34 du décret.



Publication au BOAMP

Les organismes Hlm, quel que soit leur statut (donc y compris les OPH), ne sont pas soumis à l'obligation de publication au BOAMP.

Si s'agissant des services sociaux ou spécifiques, la publication au JOUE reste obligatoire (cf. art. 35 du décret), en revanche, s'agissant des services juridiques (cf. § « Les prestations d'avocats ou d'huissiers sont-elles soumises à la réglementation ? » et art. 29 du décret), les acheteurs définissent librement les mesures de publicité, en s'assurant toutefois que celle-ci sera efficace.

La pré-information

Pour les procédures formalisées, il est possible de publier un avis de pré-information. Cela consiste à informer les candidats potentiels au moyen d'une publication au JOUE d'un avis normalisé ad'hoc au moins 35 jours et au plus un an avant la consultation formelle, laquelle se matérialisera par une demande de confirmation de l'intérêt à soumissionner auprès desdits candidats. Cette pré-information peut porter sur une série de marchés de même nature (cf. art. 31, 36 et 37 du décret). L'avantage de cette formule est de raccourcir sensiblement les délais de consultation.

Dans le cadre de la transposition de la directive européenne, des nouveautés sont apparues :

- › Il n'existe plus de seuil minimal à partir duquel il est possible de publier une pré-information (antérieurement 750 000 € HT) ; désormais, un acheteur peut publier une pré-information sans condition de montant minimum ;
- › Il n'est plus exigé que l'acheteur indique le montant estimé des marchés à passer ;
- › S'agissant des marchés de travaux, il n'est plus également imposé que l'acheteur mentionne les caractéristiques essentielles dans les avis de pré-information.

Cette relative souplesse devrait faciliter le recours à de telles publications et permettre par voie de conséquence aux acheteurs de profiter plus largement des allègements de délais de consultation.

La dématérialisation

Les principes généraux

La « dématérialisation » dans le domaine des marchés et contrats, consiste en l'organisation de la consultation par voie électronique, tant au niveau de la publicité que de la réception des offres. La dématérialisation est le remplacement des supports d'informations matériels (papier) par des fichiers informatiques. Elle vise une efficacité accrue en permettant une gestion entièrement électronique des données ou des documents produits en interne ou émanant des partenaires (administrations, clients, fournisseurs, etc.) en format numérique ou numérisés à leur entrée.

En matière de marchés publics, la dématérialisation c'est la possibilité de conclure des marchés par voie électronique, soit par l'utilisation de la messagerie électronique, soit par l'emploi d'une plateforme en ligne sur internet. La dématérialisation n'a aucun effet sur le contenu des informations, qui est indépendant de la forme du support utilisé et du mode de transmission. Les règles de l'achat public sont donc applicables aux achats effectués par voie dématérialisée.

Toutefois, avant même que les marchés soient dématérialisés, on notera que les acheteurs doivent accepter que l'ensemble des échanges avec les opérateurs économiques puissent être conduits de façon électronique ; en d'autres termes, les acheteurs doivent :

- › Mettre les documents de la consultation à dispositions des candidats potentiels par accès internet,
- › Accepter tous les échanges avec les opérateurs économiques par voie électronique, en mettant en place (ou en recourant à) un système sécurisé garantissant la traçabilité.

Est-on obligé de recourir à la dématérialisation ?

La dématérialisation des marchés est promue par les textes, pour devenir obligatoire à court terme (1^{er} octobre 2018). Pour ce faire, l'Administration a publié plusieurs guides afin d'aider les acheteurs et les opérateurs économiques : « Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics » publié par la DAJ en décembre 2012, complété par le « Guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés » publié en décembre 2015.

D'ores et déjà l'article 43 de l'ordonnance de juillet 2015 indique que « *Les communications et les échanges d'informations effectués en application de la présente ordonnance sont réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire* ».

C'est dans les articles 39 à 42 du décret que sont détaillées les dispositions de l'ordonnance :

- › Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des candidats sur le profil d'acheteur dès la publication de l'avis d'appel à la concurrence (obligatoire pour tous les achats d'un montant supérieur à 25 000 € HT à compter du 1^{er} octobre 2018) ;
- › Si jusqu'au 1^{er} octobre 2018, le dépôt des candidatures et des offres est possible par voie « traditionnelle », c'est-à-dire sous format « papier », en revanche, à compter de cette date, l'ensemble des échanges doit se faire par voie électronique (si l'utilisation du format « papier » restera toujours possible, les acheteurs ne pourront plus refuser le format électronique) ;
- › Les systèmes d'échanges ne doivent pas être discriminatoires et ne doivent pas restreindre l'accès à la consultation (en d'autres termes, il faut mettre à disposition des opérateurs économiques des fichiers qu'ils puissent lire sans équipement particulier, et ne leur demander que des fichiers sous des formats « communément disponibles ») ;
- › Dans l'hypothèse où la dématérialisation n'est pas possible (pour des problèmes de sécurité, de nécessité de matériels spécifiques ou autre), l'acheteur doit indiquer les raisons qui empêchent la dématérialisation et offrir aux candidats les moyens alternatifs de réponse à la consultation, tout en allongeant le délai de remise des offres.

Qu'est-ce que le profil d'acheteur ?

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. L'article 31 du décret définit le profil d'acheteur comme étant « *la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires.* » Un arrêté à paraître viendra préciser les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

En pratique, il s'agit d'un site, communément appelé « plateforme », mis en ligne à une adresse internet, 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.

Il s'agit soit d'une plateforme qui est créée par l'acheteur, avec toutes les dispositions requises (assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres, assurer l'horodatage, reconnaître les parties au moyen de signature électronique, permettre la détection des violations, etc.), soit d'une plateforme créée par un prestataire de service.

Ce site doit obligatoirement permettre de :

- › mettre en ligne les avis ;
- › mettre en ligne les DCE ;
- › recevoir des candidatures et des offres électroniques de manière sécurisée et confidentielle,
- › mettre à destination du public les données essentielles des marchés à partir de 25 000 € HT (Cf. article 11 du décret du 10 avril 2017).

Cette énumération n'est pas limitative. Par exemple, l'acheteur peut mettre en place :

- › une passerelle permettant de publier les avis au BOAMP ou au JOUE ;
- › un suivi de l'activité des entreprises : par exemple, un registre de retraits des DCE ;
- › un système de messagerie : par exemple, pour notifier le marché ;
- › un système d'alerte électronique pour avertir automatiquement les entreprises de l'ouverture de nouvelles procédures de passation ;
- › un module d'auto-formation ou un guide pour les entreprises ;
- › un espace d'entraînement pour permettre aux entreprises de simuler des réponses en ligne ;
- › une application logicielle de signature pour signer des fichiers hors connexion ;
- › un module permettant un archivage pérenne des procédures ;
- › un module permettant de mettre en œuvre un système d'acquisition dynamique ou des enchères.

Dans tous les cas, la plateforme doit permettre que :

1. Les informations relatives aux modalités de présentation des candidatures et des offres par voie électronique soient à la disposition des parties intéressées ;
2. Les candidatures et les offres transmises par voie électronique ou sur support physique électronique soient présentées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316, 1316-1 à 1316-4 du code civil ;
3. La transmission des candidatures et des offres fasse l'objet d'une date certaine de réception ;
4. Toutes les mesures techniques nécessaires, notamment de cryptage et de sécurité, soient prises pour que personne ne puisse avoir accès aux données transmises par les candidats avant les dates limites de réception des candidatures et des offres, et que toute violation de cette interdiction soit facilement détectable ;

Lorsque les candidats transmettent leurs documents par voie électronique, ils peuvent adresser au pouvoir adjudicateur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde des documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue au pouvoir adjudicateur dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

Il est recommandé à l'acheteur d'utiliser un seul profil d'acheteur pour le traitement de toutes ses procédures, y compris les procédures adaptées. L'utilisation de la plateforme simplifie les tâches incombant à l'acheteur public : une partie de ces tâches est automatisée, la procédure est sécurisée par l'utilisation de l'horodatage, du chiffrement et de la signature électronique.

Doit-on créer un site ?

Il n'existe évidemment aucune imposition quant à la création d'un site dédié à la dématérialisation des marchés. Par ailleurs, considérant la relative complexité à concevoir et mettre en œuvre un système de dématérialisation en interne, il est préconisé de recourir aux services de « places de marchés » disponibles dans le secteur concurrentiel ou mis à disposition par certaines administrations (certaines régions proposent de tels systèmes).

S'agissant de la seule publication des avis d'appel à la concurrence et des informations essentielles du marché (et non de la possibilité laissée aux candidats de déposer une offre, qui sera obligatoire à compter d'octobre 2018), il faut préciser que, notamment dans le cas des procédures adaptées pour lesquelles la publication par voie de presse n'est pas obligatoire, il est conseillé de faire connaître aux candidats potentiels la « mise en ligne » des consultations. Cette information pourra prendre des formes diverses dont la publication d'un encart court dans la presse locale, envoi de courriers ou de mails aux concurrents identifiés, etc.

Peut-on recevoir des offres par courriel électronique ?

Il est effectivement possible de recevoir des offres par courrier électronique. Toutefois, il est conseillé d'organiser au sein de la procédure interne les modalités de réception des offres de telle sorte qu'on puisse garantir la sécurité et la confidentialité des échanges, ainsi que la reconnaissance des parties. Aussi, dans certains cas, pour sécuriser les échanges, on pourra prendre contact avec un prestataire qui acheminera le courrier électronique selon les dispositions du décret n°2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat. En synthèse, pour être juridiquement valable, l'envoi d'une lettre recommandée électronique selon les dispositions de ce décret doit remplir les conditions suivantes :

- › le tiers chargé de l'acheminement doit garantir l'identité du destinataire et de l'expéditeur,
- › si le destinataire n'est pas un professionnel, son accord préalable doit être obtenu,
- › les dates d'expédition et de réception doivent être garanties et vérifiables.

Le tiers chargé de l'acheminement de la lettre recommandée électronique doit conserver pendant 1 an ces informations, ainsi que :

- › le document original électronique,
- › et son empreinte informatique.

L'expéditeur peut y avoir accès pendant 1 an.

Avant l'envoi, le tiers chargé de l'acheminement du courrier doit informer le destinataire, par courrier électronique, qu'une lettre recommandée électronique va lui être envoyée et qu'il a la possibilité, dans un délai de 15 jours à partir du lendemain de l'envoi de cette information de l'accepter ou de la refuser. Le destinataire n'est pas informé de l'identité de l'expéditeur.

Si le destinataire accepte de recevoir la lettre recommandée électronique, le tiers chargé de son acheminement l'envoie à destination de l'adresse électronique qui lui a été transmise par l'expéditeur.

Si'il refuse, le tiers chargé de l'acheminement en avise l'expéditeur.

L'expéditeur ou le destinataire non professionnel peuvent demander la distribution de la lettre recommandée électronique imprimée sur papier. Le tiers chargé de l'acheminement procède alors à l'impression sur papier de la lettre recommandée électronique et à sa mise sous enveloppe.

Les dossiers de consultation des entreprises

Quelles clauses insérer dans le règlement de consultation ?

La négociation étant dorénavant pour les marchés publics la clé d'un bon achat, elle entraîne logiquement des contraintes de transparence. Aussi, le règlement de consultation devient une pièce maîtresse dans les documents de consultation. En effet, c'est au travers de ce document que les candidats sauront comment présenter leur offre et comment l'acheteur se déterminera pour la retenir.

A ce titre, pour anticiper tout problème ultérieur, et notamment les recours potentiels, il appartient à l'acheteur de préciser les conditions de la compétition et les principales règles du marché.

Les clauses à mentionner au règlement de consultation (RC)

L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles doit figurer sur l'avis d'appel à la concurrence. Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur, l'acheteur indique, dans l'appel à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt, les moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus.

Le règlement de la consultation devient une pièce essentielle pour la mise en concurrence. Il doit notamment préciser :

- ▶ Le nom et les coordonnées de l'acheteur
- ▶ La procédure de mise en concurrence utilisée
- ▶ L'adresse du profil d'acheteur
- ▶ L'objet du marché et son importance, le lieu d'exécution des prestations, les lots
- ▶ Pour les procédures formalisées, le n° de publication au JOUE
- ▶ Les principales conditions de mise en concurrence :
 - ▶ Les dates, heures et lieux de remise des candidatures ou des offres
 - ▶ Les documents demandés
 - ▶ Les conditions de sélection des candidatures et des offres (critères)
 - ▶ Les conditions de dématérialisation
 - ▶ Les conditions d'acceptation des variantes, imposées ou non
 - ▶ Les conditions de réduction éventuelle du nombre de candidats

Par ailleurs, préciser le **cas échéant** dans les documents suivants :

	Dans le RC* ou l'AAPC**	Dans le RC ou le RP***
Les conditions de participation à la consultation, et le cas échéant, les cas d'exclusion de certains candidats	X	
Les motifs de non-allotissement		X
Les motifs pour lesquels la dématérialisation n'est pas possible		X
Les motifs pour lesquels il est demandé un chiffre d'affaires supérieur à 2 fois le montant du marché	X	X

	Dans le RC* ou l'AAPC**	Dans le RC ou le RP***
Possibilité de répondre pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire, en précisant alors les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal	X	
Dans l'hypothèse où les offres variables sont acceptées, l'obligation faite aux candidats de présenter des offres sur chacun des lots pour lesquels ils soumissionnent et, à en parallèle, leur proposition d'offre variable	X	
Motif pour lequel il est exigé une forme particulière de groupement (notamment pour les groupements solidaires)	X	
Interdiction faite aux candidats de présenter pour le marché public ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois : 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ; 2° En qualité de membres de plusieurs groupements	X	
Indication de la part du marché public que les candidats ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises	X	
S'il est demandé la solidarité entre le titulaire et ses sous-traitants	X	
Les tâches qui ne peuvent pas être sous-traitées	X	
Pour les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, si l'acheteur exige que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement	X	
En cas de marché réserve aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés, renvoi à l'article 36 de l'ordonnance du 23 juillet 2015	X	
En cas de marché réservé en application de l'article 37 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, renvoi à cet article	X	
Indication selon laquelle, quand l'acheteur a prévu de négocier, il envisage d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation	X	
Les moyens, notamment électroniques, utilisés pour les communications ou les échanges d'informations	X	
Les méthodes et les critères objectifs et non-discriminatoires appliqués pour prendre en compte des informations sur les comptes annuels des candidats indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif	X	
Indication selon laquelle les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables	X	
Si seule la fourniture du DUME suffit	X	
Utilisation obligatoire de la langue française	X	
En cas de prime, le montant de celle-ci et les conditions de son attribution	X	
Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données	X	
La possibilité d'étendre le marché, les reconductions et/ou tranches optionnelles	X	

*RC : Règlement de consultation

**AAPC : Avis d'appel public à la concurrence

***RP : Rapport de présentation

Peut-on faire payer les dossiers de consultation ?

Alors que jusqu'à maintenant, les textes étaient muets sur la possibilité ou l'interdiction de faire payer aux candidats des «frais de dossier» lors des consultations, dorénavant, l'article 39 du décret précise que les documents de la consultation «sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie». Cette disposition vise à préparer la dématérialisation totale des procédures qui entrera en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2018 pour l'ensemble des marchés (y compris ceux passés selon une procédure adaptée). En revanche, si un candidat souhaite disposer d'un exemplaire « papier » du dossier de consultation, aucune disposition ne semble empêcher sa facturation.

En procédure ouverte, doit-on imposer la double enveloppe, peut-on s'en dispenser ?

En procédure ouverte, la double enveloppe n'est pas obligatoire. Les avantages de la double enveloppe résident essentiellement dans le fait que ce système apporte plus de transparence, dans la mesure où il y a sélection des candidats sur leur capacité technique, financière et administrative à réaliser la prestation avant l'examen des offres. En effet, il est souvent tentant de retenir un candidat sur un prix attractif, même s'il présente par ailleurs des capacités ou des références moins avantageuses que les autres candidats. Néanmoins, on retiendra que :

- › on peut demander aux candidats de compléter leur dossier de candidature (cf. art. 55-I et 55-III du décret)
- › il est dorénavant possible d'analyser les offres avant même d'analyser les candidatures (cf. art. 55-II et 55-IV du décret)
- › en matière de procédures formalisées, le principe d'affichage dès la publicité ou le règlement de la consultation de la pondération des critères de sélection devrait combattre les tentatives de choix sur le seul critère du prix (sauf à ce que ce soit le seul critère retenu) ;

Quels documents demander aux candidats, aux attributaires et aux titulaires ?

Pour la lecture du présent document, un rapide rappel sémantique :

- › Un candidat est un opérateur économique qui postule à l'obtention d'un marché public ;
- › L'attributaire est le candidat le mieux classé à l'issue de l'analyse des offres et auquel le marché est attribué, sans pour autant que ledit marché lui aura été notifié ; en d'autres termes, l'attributaire est l'opérateur économique qui aura été informé de l'intention de conclure le marché par l'acheteur, mais le marché n'ayant pas été notifié et aucune relation contractuelle ne lie les deux parties ;
- › Le titulaire est l'opérateur économique lié à l'acheteur par la signature du marché : l'acheteur a notifié le marché.

Le principe posé par la réglementation quant à la demande de documents et pièces aux candidats à la commande publique, qu'il s'agisse de marchés passés selon une procédure formalisée ou non, s'appuie sur le fait qu'on ne peut pas allouer des fonds publics à des opérateurs économiques qui seraient en situation irrégulière, et sur le fait que ces derniers doivent donc attester de la régularité de leur situation. Ce principe a vu sa mise en œuvre évoluer selon deux directions qui semblent être contradictoires :

- › D'une part, une exigence accrue demandée aux pouvoirs adjudicateurs de contrôle de la régularité des candidats, des attributaires et des titulaires de marchés,
- › D'autre part, un relatif assouplissement dans la composition des pièces demandées.

La première évolution résulte pour l'essentiel d'un transfert des charges du pouvoir régalién de l'Etat aux pouvoirs adjudicateurs : on demande à ces derniers de vérifier la situation des opérateurs économiques soumissionnaires vis-à-vis des règles fiscales et sociales, avec une accentuation notamment du contrôle de l'application du code du travail.

La seconde évolution s'appuie sur une volonté de simplification administrative, afin d'alléger les contraintes des entreprises et de leur permettre, notamment aux artisans et PME, de répondre aux consultations de la commande publique de façon plus aisée.

Ces évolutions ont engendré une modification des pratiques : si antérieurement il suffisait de s'assurer de la régularité des candidats pour l'attribution des marchés, il faut dorénavant demander aux candidats une déclaration sur l'honneur quant à leur situation, puis exiger des attributaires des justifications, et enfin s'assurer tout au long de l'exécution du marché que les titulaires sont toujours en situation régulière.

La mise en œuvre de ces dispositions doit s'adapter selon la nature et le montant du marché. Ainsi, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, il s'agira de s'assurer du formalisme prescrit par les textes au cours des trois phases (candidature, attribution puis exécution), alors que s'agissant des marchés en dessous des seuils, la seule obligation est de vérifier la régularité des candidats lors de l'attribution du marché.

Une fois le marché signé, et quelle que soit la procédure utilisée dès lors que le montant de ce dernier est supérieur à 5 000 € HT, il s'agit de s'assurer que l'opérateur est en situation régulière ; cette vérification doit être conduite tous les six mois (cf. art. L. 8222-1 et suivants ainsi que D 8222-5 et suivants du code du travail).

Par ailleurs, il faut également noter que certaines activités nécessitent des agréments, des habilitations ou des certificats d'aptitude, et qu'il est donc nécessaire de s'assurer que les candidats possèdent ces derniers. Il s'agit notamment des activités suivantes (liste non exhaustive) :

- Au titre des professions réglementées : architecte (loi n°77-2 du 4 janvier 1977 sur l'architecture), commissaire aux comptes (article R. 821-1 et suivants du Code de commerce), notaires, huissiers de justice, etc. ;
- Au titre de la nature même de la prestation : contrôle technique (art. L111-25 du CCH), coordination sécurité santé (article L4531-1 et suivants du code du travail),
- Au titre de la nature des interventions vis à vis des risques pour les travailleurs : travail en milieu amianté, voire dans d'autres milieux (milieux hyperbars, en présence d'explosifs...) ou sur des installations présentant des risques pour les travailleurs (électricité, gaz...), etc.

Le décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics (confirmé par le I de l'art. 53 du décret) a modifié la constitution des dossiers de candidats : désormais lorsque l'acheteur procède à la vérification des candidatures, il ne peut exiger des renseignements ou documents justificatifs qu'il aurait la possibilité d'obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, accessibles gratuitement.

L'utilisation de ces outils allègera la charge administrative des entreprises et permettra à l'acheteur de disposer d'informations récentes. Néanmoins, ce nouveau procédé suppose que les candidats fournissent l'ensemble des informations nécessaires à la consultation de ces outils numériques, et notamment le lien internet permettant d'accéder aux données requises.

Le décret pose le principe du « dites-le nous une seule fois » ou de la mutualisation des dossiers de présentation. Cela permet aux candidats de ne présenter qu'une fois les informations nécessaires à la validation de leur candidature pour plusieurs marchés publics passés par le même service acheteur, sous réserve, le cas échéant, de leur mise à jour.

Cette faculté, qui antérieurement ne pouvait être mise en œuvre que si l'acheteur public l'avait autorisée dans le règlement de la consultation, devient systématique (cf. art. 49-II du décret), et il appartiendra aux acheteurs de vérifier que les documents ou renseignements fournis à l'occasion d'une précédente consultation demeurent valables.

Le Document Unique de Marché Européen (DUME)

Qu'est-ce que le DUME ?

Le DUME est un document destiné à faciliter les consultations : l'objectif est, selon la Commission européenne, de réduire les lourdeurs administratives auxquelles sont confrontés les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, en particulier les petites et moyennes entreprises. En conséquence, il donne lieu à un formulaire type, conçu de manière à supprimer l'obligation de produire un nombre important de certificats ou autres documents relatifs aux critères d'exclusion et de sélection.

Le DUME est une déclaration officielle unique qui doit « remplacer toutes les déclarations sur l'honneur » et devrait permettre de « *supprimer l'obligation de produire un nombre important de certificats ou autres documents relatifs aux critères d'exclusion et de sélection* ».

Dans cette déclaration officielle, « *l'opérateur économique affirme que les motifs d'exclusion concernés ne s'appliquent pas à lui, que les critères de sélection concernés sont remplis et qu'il fournira les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur* », explique le règlement européen. Donner de fausses informations, en cacher ou ne pas être en mesure de présenter les documents justificatifs le moment venu pourra être lourd de conséquences puisque susceptible de conduire à l'exclusion de la procédure de marché ou de faire l'objet de poursuites.

Quand le DUME est-il exigé ?

A compter du 1^{er} avril 2018, l'acheteur ne pourra plus refuser le DUME (cf. art. 49-I du décret). Toutefois, à défaut de précision mentionnée expressément au règlement de consultation, les candidats devront fournir les informations nécessaires pour démontrer leur capacité à exécuter le marché. Il leur sera toutefois possible d'indiquer, par lien internet, l'adresse à laquelle l'acheteur pourra récupérer les attestations nécessaires aux vérifications relatives à la capacité juridique et administrative desdits candidats ; dans ce cas, l'acheteur ne pourra pas imposer la fourniture des justificatifs. On rappellera que dans le cas des procédures restreintes, il appartient à l'acheteur de vérifier la capacité des opérateurs avant de les autoriser à déposer une offre.

Le DUME peut être fourni par l'ensemble des candidats ; en cas de consultation allotie, si les critères de sélection diffèrent d'un lot à l'autre, le candidat devra alors fournir autant de DUME que de lots auxquels il répond ; si l'opérateur économique recourt à des sous-traitants dont l'intervention est nécessaire pour justifier de ses capacités, il doit alors également fournir les DUME de ses sous-traitants (cf. art 49 du décret).

Les candidats ayant déjà transmis un DUME à un pouvoir adjudicateur lors d'une consultation antérieure pourront s'en prévaloir lors d'une nouvelle consultation pourvu qu'ils confirment que les informations mentionnées dans le DUME transmis lors de la consultation antérieure sont toujours valables. (cf. art. 49-II).

Actuellement disponible en version « papier », le DUME devra être fourni en version électronique au plus tard le 18 avril 2018. Il devrait être complété automatiquement, au moins pour ce qui concerne la partie à remplir par l'acheteur, à partir des données renseignées dans l'avis de marché. C'est notamment à compter de cette période que le DUME pourra trouver un intérêt, tant pour les acheteurs que pour les opérateurs économiques.

Comment se présente le DUME ?

Le DUME est composé des parties et sections suivantes :

- ▶ **Partie I. Informations concernant la procédure de passation de marché et le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice** : théoriquement, dès lors que la consultation a fait l'objet d'une publication au JOUE, cette partie est renseignée automatiquement ;
- ▶ **Partie II. Informations concernant l'opérateur économique** : nom et coordonnées de l'entreprise et du signataire, réponse en groupement, sous-traitance ;
- ▶ **Partie III. Critères d'exclusion** :
 - A. Motifs liés à des condamnations pénales ;
 - B. Motifs liés au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale ;
 - C. Motifs liés à une insolvabilité, à des conflits d'intérêts ou à une faute professionnelle ;
 - D. Autres motifs d'exclusion pouvant être prévus par le droit national ;
- ▶ **Partie IV. Critères de sélection** :
 - A. Adéquation générale aux critères de sélection ;
 - B. Capacité économique et financière ;
 - C. Capacités techniques et professionnelles.
 - D. Dispositifs d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale ;
- ▶ **Partie V. Réduction du nombre de candidats qualifiés** ;
- ▶ **Partie VI. Déclarations finales** : engagement sur l'exactitude des renseignements portés dans les différentes rubriques précédentes du DUME.

La sélection des candidats

Les principes

Au titre des principes généraux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures régissant les marchés passés par les organismes Hlm, il appartient à l'organisme de définir les critères de sélection des candidats. Ces critères doivent être appropriés à l'objet et au montant du marché. A cet égard, le I de l'article 51 de l'ordonnance précise que « *Les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution* ».

Les conditions de mise en œuvre

L'article 51 de l'ordonnance est précisé dans le décret (art. 44) par le fait que l'acheteur peut décider de fixer des niveaux minimaux de capacité, sous réserve que ces derniers soient liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, et qu'il en soit expressément fait mention dans l'avis public à la concurrence. Cette liberté est toutefois encadrée par le fait que l'acheteur ne peut pas tout demander ; il ne peut exiger que :

- L'inscription éventuelle sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce,
- Un chiffre d'affaires annuel minimal, sous réserve que ce minimum ne soit pas supérieur à deux fois le montant estimé du marché (sauf justification),
- La justification de moyens permettant au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la capacité technique et professionnelle des candidats ; celle-ci pourra être démontrée au travers des ressources humaines et techniques des candidats, ainsi que des références apportées, l'absence de références ne pouvant justifier seule l'éviction d'un candidat,
- Un niveau d'assurance des risques professionnels approprié au marché.

L'acheteur peut également exiger que les candidats fournissent des informations sur leur comptes annuels indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif, sous réserve de préciser dans les documents de consultation les méthodes et les critères qu'il appliquera pour la prise en compte de ces informations (art. 44-III du décret).

Pour les procédures restreintes, l'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à déposer une offre. L'acheteur doit alors indiquer, dans l'avis d'appel public, les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, ainsi que, le cas échéant, le nombre maximum de candidats qu'il prévoit d'autoriser à déposer une offre, voire leur nombre minimum (art. 47 du décret).

Dans l'hypothèse où l'acheteur a décidé de limiter le nombre de lots que peut obtenir un candidat, il indique dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal (cf. art. 12 du décret).

S'agissant des procédures formalisées :

- en appel d'offres restreint, le nombre minimal de candidats qu'un acheteur doit retenir est de cinq ;
- en procédure concurrentielle avec négociation et en dialogue compétitif, il est de trois.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises (cf. art 47 du décret).

La sélection des candidatures

De façon pratique, pour ce qui a trait spécifiquement à la sélection de candidatures, il peut paraître difficile de pondérer les critères, la pondération intervenant surtout à l'analyse des offres. Néanmoins, dès lors qu'il s'agit de limiter le nombre de candidats admis à déposer une offre, il est grandement conseillé de fixer les critères de sélection des candidatures, et de les pondérer afin de classer les candidats entre eux. En effet, en l'absence d'une telle pondération, il sera difficile d'exclure un candidat ayant les capacités à réaliser la prestation. A titre d'exemple, dans le cas de marché de maîtrise d'œuvre, il n'est pas rare de recevoir un nombre important de candidatures ; aussi, comment départager les candidats pour n'en retenir que trois ou cinq si une pondération n'a pas été mise en place ?

À NOTER

Les candidats peuvent faire valoir les capacités qu'ils n'auraient pas eux-mêmes pour exécuter le marché en s'entourant de sous-traitants. Dans ce cas, la candidature devra être accompagnée des justificatifs permettant à l'acheteur de mesurer la compétence globale formée par l'équipe composée du candidat et de ses sous-traitants³⁷. Au-delà du DUME (aujourd'hui obligatoire pour les seules procédures formalisées), le candidat présentera donc l'ensemble des documents du ou des sous-traitants tels qu'exigés du titulaire dans le règlement de la consultation.

On rappellera que les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de consultation des marchés publics.

La forme du groupement pour présenter la candidature ou l'offre est laissée à l'appréciation des candidats. Toutefois, l'acheteur peut exiger que le groupement soit solidaire, dès lors qu'il en fait expressément mention dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation, et qu'il y soit précisé les motifs qui ont conduit à cette exigence et sous réserve que cela soit nécessaire pour la bonne exécution du marché (art ; 45-II du décret).

³⁷Arrêt du 14 janvier 2016, Otas Celtnieks SIA Aff.C-234/14



Les groupements d'opérateurs économiques

Contrairement à ce qu'on entend souvent, il n'existe pas de groupement « conjoint et solidaire ». En effet, les groupements ne peuvent prendre que l'une des deux formes suivantes :

- › Le groupement conjoint, lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public ;
- › Le groupement solidaire, lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public.

Il est rappelé que l'acheteur doit motiver la demande de solidarité entre membres du groupement dans les documents de la consultation. Ce pourra être le cas notamment pour les prestations « intellectuelles ».

Un groupement peut être conjoint avec un mandataire solidaire ; si l'acheteur souhaite que le mandataire soit solidaire de ses cotraitants, il doit l'indiquer cumulativement dans le règlement de consultation et les pièces écrites de son marché.



Pour les marchés de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement à condition toutefois que cela soit précisé dans les documents de consultation (cf. art. 45-VI du décret).

La composition des groupements ne peut pas être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir la tâche qui lui incombe pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander à l'acheteur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant, le cas échéant, un ou plusieurs sous-traitants à l'acceptation de l'acheteur. Ce dernier se prononce sur cette demande après examen de la capacité de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation, au regard des conditions de participation qu'il a définies (cf. art. 45-IV du décret).

Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure (cf. art. 50 de l'ordonnance).

Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par le mandataire lorsqu'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement (pouvoir donné par les cotraitants au mandataire pour les représenter). On notera que le mandataire représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et, nouveauté réglementaire, qu'il coordonne les prestations des membres du groupement (NOTA : les anciens textes précisait que le mandataire représentait les membres du groupement mais ne mentionnaient pas que le mandataire « coordonnait » les prestations). On notera également que si on souhaite que le mandataire soit solidaire de chacun des membres du groupement, il appartient à l'acheteur de le prévoir expressément dans son marché (cf. art. 45-III du décret).

Si un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché (en revanche, il pourra être mandataire de plusieurs groupements sur des lots distincts), il appartient à l'acheteur de préciser dans les documents de la consultation s'il interdit aux candidats de présenter, pour le marché ou certains de ses lots, plusieurs offres en agissant à la fois :

1. En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
2. En qualité de membres de plusieurs groupements.

Quels documents justificatifs demander aux candidats ?

L'article 48-I du décret précise ce qui peut être demandé aux candidats :

1. Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, et notamment qu'il est en règle au regard des dispositions des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés ;
2. Les documents et renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat conformément à l'article 44. » ;

S'agissant de la déclaration sur l'honneur, cette condition est remplie dès lors que le candidat transmet son DUME. S'agissant des documents permettant à l'acheteur de vérifier l'aptitude du candidat à réaliser le marché, l'arrêté du 29 mars 2016 (JORF n°0076 du 31 mars 2016) fixe la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

De façon plus détaillée :

- I. En premier lieu, on ne peut exiger des candidats que la déclaration sur l'honneur qu'il n'est pas « interdit de marché public ». A cet effet, l'article 51 du décret précise les conditions des vérifications à mettre en place, étant précisé que les moyens de preuve relevant de cet aspect ne seront alors demandés qu'au seul attributaire (cf. art. 55-II-2°), ou, dans le cas d'une procédure restreinte, à tous les candidats avant de les autoriser à présenter une offre :
 - S'agissant des condamnations relevant du code pénal, du code général des impôts ou du code du travail, le moyen de preuve requis est en vertu de la modification de l'article 45 de l'ordonnance par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : une déclaration sur l'honneur.
 - S'agissant des déclarations fiscales et sociales, il s'agira de recueillir les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents selon un arrêté à paraître, mais il est précisé que les pièces prévues aux articles R.1263-12, D.8222-5 ou D.8222-7 ou D.8254-2 à D.8254-7 du code du travail peuvent le cas échéant satisfaire à cette obligation ;

- › S'agissant des entreprises en liquidation ou en redressement, l'extrait Kbis ou la copie du jugement de redressement sont les moyens de preuve suffisants ;
- › S'agissant des entreprises étrangères, les pièces équivalentes, éventuellement traduites en français si l'acheteur l'exige, sont à demander.

II. En second lieu, il s'agit de vérifier l'aptitude du candidat à exercer l'activité professionnelle, sa capacité économique et financière, technique et professionnelle. C'est notamment au travers des documents dont la liste est fixée par l'arrêté précité que cette vérification peut être conduite (cf. art. 44 et 48 à 54 du décret). Il est à cet égard précisé que les documents ou moyens de preuve demandés doivent être adaptés à la nature et à l'importance des prestations demandées et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation de la capacité des candidats à exécuter le marché. L'arrêté précité fixe une liste des pièces qui peuvent être demandées, les acheteurs ne pouvant pas exiger de documents au-delà de cette liste :

- › S'agissant de la capacité économique et financière :
 1. Déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;
 2. Déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents ;
 3. Bilans ou extraits de bilan, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

À NOTER

Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les renseignements et documents demandés par l'acheteur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

- › S'agissant de la capacité technique et professionnelle :
 1. Une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, assortie d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte. Ces attestations indiquent le montant, la date et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ;
 2. Une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années ou, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;

3. Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;
4. Pour les marchés publics de travaux, de services ou pour les marchés publics de fournitures comportant également des travaux de pose et d'installation ou des prestations de services, l'indication des titres d'études et professionnels du candidat ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché public ;
5. L'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés au candidat, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel le candidat pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage ;
6. Une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique dont le candidat disposera pour la réalisation du marché public ;
7. La description de l'équipement technique ainsi que des mesures employées par le candidat pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;
8. L'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que le candidat pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché public ;
9. L'indication des mesures de gestion environnementale que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public ;
10. Des échantillons, descriptions ou photographies des fournitures ;
11. Des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques. Toutefois, d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats sont acceptées, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ;
12. Des certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants. Dans ce cas, l'acheteur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres ;
13. Lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par l'acheteur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour contrôler la qualité.

À NOTER

Lorsqu'un candidat se trouve dans le cas où l'acheteur souhaite l'évincer en raison de marchés antérieurs ayant donné lieu à des versements de dommages et intérêts ou ayant été résiliés en application de l'article 48 de l'ordonnance, l'éviction ne peut pas intervenir sans qu'il ait été demandé au dit candidat les moyens éventuels qu'il aura mis en œuvre pour éviter la reproduction des dysfonctionnements constatés.

III. En troisième lieu, il est précisé que les « *candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit* » (cf. art. 51-I du décret). Cela pourra concerner les attestations relevant des administrations ou des organismes de qualification ou de certification.

IV. En quatrième lieu, il faut rappeler que l'article 55-I du décret autorise l'organisme à demander aux candidats les pièces qui n'auraient pas été transmises avant examen des candidatures. Dans un souci d'égalité de traitement des candidats, cette mesure doit être appliquée à tous les candidats concernés de façon identique, donc avec notamment un même délai, et les candidats ayant transmis toutes leurs pièces doivent être informés de cette mesure. En cas de non transmission par les candidats concernés des pièces demandées, l'organisme doit évincer la candidature pour maintenir le principe sus-évoqué.



À RETENIR

On rappellera également que :

- L'acheteur peut imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et qualifications des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché (art. 44-IV du décret) ;
- Si l'acheteur peut exiger un niveau d'expérience suffisant appuyé sur des références, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut à elle seule justifier l'élimination d'un candidat (cf. art. 44-IV du décret) ;
- Un opérateur économique peut se prévaloir des capacités de sous-traitants (cf. art. 48 et 50 du décret) ;
- Il est possible pour l'acheteur d'autoriser les candidats ayant déjà transmis les documents justificatifs au cours d'une consultation précédente de ne pas les fournir dès lors que ceux-ci sont encore valables (cf. art. 53-II).



On peut demander qui va exécuter le marché

L'article 44-IV du décret précise que « ... l'acheteur peut imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché... »



Les références des candidats

L'article 44-IV du décret précise également que « l'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination du candidat ».

Qui peut se porter candidat aux marchés des organismes ?

Il faut se reporter aux articles 13 (définition des opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires), 45 (interdictions de soumissionner) et 48 (interdictions facultatives de soumissionner) de l'ordonnance n°2015-899 pour connaître les prestataires admis à présenter une candidature ou une offre (voir ci-après).



Si les pièces justificatives sont à vérifier pour l'attribution du marché, en revanche, elles ne sont pas exigibles lors de l'appel à la concurrence (voir § DUME). En revanche, pour toutes les procédures restreintes (adaptées ou formalisées), il appartient à l'acheteur de vérifier la capacité des candidats au moment de leur sélection. Par ailleurs, au moment de l'attribution, les justifications doivent être fournies par tous les opérateurs concluant un marché, quelle que soit la forme de la mise en concurrence, procédure formalisée ou non, et quelle que soit leur position (candidats, cotraitants et sous-traitants).

Les interdictions de soumissionner obligatoires et générales

Dans le cadre de la moralisation des marchés publics, la directive a édicté un certain nombre de règles, lesquelles ont été transposées en droit national par l'article 45 de l'ordonnance ainsi rédigée³⁸ :
« Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics :

1. Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40 (trafic de stupéfiant), 313-1 et 313-3 (escroquerie), 314-1 (abus de confiance), 324-1, 324-5 et 324-6 (blanchiment simple et blanchiment aggravé), 421-1 à 421-2-4 et 421-5 (actes de terrorisme), 432-10 (concussion), 432-11 (corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique), 432-12 à 432-16 (prise illégale d'intérêts, atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public et soustraction et détournement de biens), 433-1 et 433-2 (corruption active et trafic d'influence commis par les particuliers), 434-9 et 434-9-1 (entraves à l'exercice de la justice), 435-3, 435-4, 435-9, 435-10 (corruption et trafic d'influence actifs et passifs), 441-1 à 441-7 et 441-9 (falsification des marques de l'autorité), 445-1 à 445-2-1 (corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique) ou 450-1 (association de malfaiteurs) du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 (soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts) du code général des impôts et pour les marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 (enlèvement et séquestration) et 225-4-7 (détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport) du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

³⁸Les mentions entre-parenthèses après la citation de numéros d'articles des différents codes ont été ajoutées par le rédacteur pour une meilleure compréhension du texte

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics au titre du présent 1° s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation ;

2. *Les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles dont la liste est fixée par voie réglementaire.*

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 2° n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes, à condition qu'elles respectent cet accord ;

3. *Les personnes :*

- a. *Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;*
- b. *Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;*
- c. *Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ;*

4. *Les personnes qui :*

- a. *Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3 (travail dissimulé par dissimulation d'activité), L. 8221-5 (travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié), L. 8231-1 (marchandage), L. 8241-1 (prêt illicite de main-d'œuvre), L. 8251-1 et L. 8251-2 (emploi d'étrangers sans titre de travail) du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 (égalité professionnelle) du même code ou de l'article 225-1 (atteintes à la dignité de la personne - discrimination) du code pénal ;*
- b. *Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché public, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du code du travail ;*
- c. *Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal (exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus) ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics.*

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent 4° s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 4° n'est pas applicable à la personne qui établit :

- ▶ soit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation de l'article L. 2242-5 du code du travail, et, enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute ;
- ▶ soit que la peine d'exclusion des marchés publics n'est pas opposable du fait de l'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale ;

5. Les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

Toutefois, l'exclusion mentionnée au présent 5° n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, et qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute. »

Les interdictions de soumissionner facultatives

L'article 48 de l'ordonnance ajoute aux interdictions formelles de soumissionner des interdictions facultatives ; elles sont laissées à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, mais il est tout à fait probable que le juge, éventuellement saisi par un candidat qui s'estimera injustement écarté de la consultation, examine avec minutie les motifs qui ont conduit l'acheteur à poser les interdictions d'une part ainsi que les conditions dans lesquelles ces interdictions ont été mises en œuvre d'autre part.

L'article 48 est ainsi rédigé :

I. Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :

1. Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur ;
2. Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;
3. Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ;
4. Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

5. Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.

II. Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Compte tenu du risque potentiel qu'un candidat porte devant le juge un recours en cas d'éviction, cet article amène les commentaires suivants :

a. S'agissant d'entreprises n'ayant pas donné satisfaction lors de marchés antérieurs

Pour déterminer s'il est possible de refuser une candidature au motif que le candidat n'a pas donné satisfaction lors de marchés antérieurs, une analyse au cas par cas devra être conduite, en vue de déterminer autant que faire se peut si les sanctions appliquées sont « comparables à une résiliation du fait de manquement grave ou persistant lors de l'exécution de marché antérieur ». Aussi, toute la prudence en la matière est requise.

En tout état de cause, et quels que soient les faits reprochés au candidat susceptible d'être évincé, l'acheteur doit laisser audit candidat la possibilité d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause (cf. art. 48-II de l'ordonnance).

b. S'agissant des personnes ayant participé à la préparation du marché

Les organismes peuvent se trouver dans cette situation, notamment avec la possibilité donnée aujourd'hui aux acheteurs de conduire des actions de veille, de benchmark et de sourçage. Au-delà de cette situation, on peut se trouver par exemple dans le cas où un architecte est intervenu aux côtés du maître d'ouvrage pour l'aider à étudier la capacité constructive d'un terrain, ou quand un organisme a été sensibilisé aux solutions qu'un prestataire est venu présenter lors d'une démarche commerciale.

Dans ces différents cas, il appartiendra à l'acheteur de diffuser à tous les candidats l'ensemble des données et documents recueillis lors de la phase de définition des besoins (par exemple : documents d'urbanisme, étude d'impact, etc. dans le cas de l'architecte intervenu en prestation d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) préalablement à la consultation), sans pour autant transmettre de documents relevant soit du secret commercial ou industriel, soit ceux qui relèvent du savoir-faire propre des opérateurs (par exemple, les plans établis lors de l'étude de capacité).

Dans l'hypothèse où ces données et documents ne peuvent pas être transmis aux différents candidats, il sera nécessaire d'exclure de la consultation l'opérateur ayant participé à la définition des besoins.

c. S'agissant des risques de conflits d'intérêt

Par principe, il faut refuser toute candidature de prestataire qui peut se trouver en position de conflit d'intérêt. Ce pourra être le cas notamment dès lors qu'un dirigeant de l'entreprise candidate a des liens avérés avec une personne de l'organisme, a fortiori si cette personne est impliquée dans le marché à attribuer. Dans l'hypothèse où l'organisme suspecte la candidature d'une telle



Eviction d'une entreprise n'ayant pas donné satisfaction antérieurement

Le décret exige que le candidat indésirable ait dû verser des dommages et intérêts, ou ait été sanctionné par une résiliation ou une sanction comparable. Aussi, pour réduire les risques de contentieux, il sera a minima et cumulativement

1. Constitué un dossier solide à l'encontre des entreprises en cause :
 - a. ne pas hésiter à envoyer des courriers en recommandé
 - b. ne pas hésiter à appliquer les différentes clauses coercitives prévues aux marchés (pénalités, réfaction, etc.)
2. Indiqué dans le règlement de consultation que :
 - a. au titre des références fournies, la qualité des prestations constatée au cours de marchés antérieurs sera prise en compte,
 - b. en cas de non-qualités dument constatées par le pouvoir adjudicateur au cours de l'exécution desdits marchés antérieurs, il est demandé au candidat de fournir un mémoire explicitant les actions ou moyens destinés à corriger les dysfonctionnements constatés.

Par ailleurs, il est nécessaire de mettre en place une procédure contradictoire afin de permettre à l'entreprise en cause de s'expliquer sur les conditions ayant conduit à la manifestation des désordres ou des malfaçons et de proposer les solutions correctives à l'occasion du nouveau marché. A cet effet, on doit mentionner dans les documents de la consultation qu'il est possible pour les candidats de « rattraper » les erreurs antérieures en leur donnant la possibilité de produire un mémoire qui expliquera les modalités que ces derniers mettront en œuvre pour éviter la reproduction des dysfonctionnements antérieurs.

entreprise, il lui appartient de demander au candidat de démontrer que sa participation à la consultation n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats avant, si nécessaire, de rejeter définitivement la candidature (cf. art. 48-II de l'ordonnance).

S'agissant des représentants de l'organisme Hlm, il arrive fréquemment que des personnalités relevant de différents secteurs économiques siègent au Conseil d'Administration : représentant de chambre de commerce ou de chambre des métiers, entrepreneur, administrateur d'une société, etc. Considérant les risques de situation de conflit d'intérêt, la vigilance des organismes est appelée pour la constitution de la commission d'appel d'offres, ou de toute autre forme de commission chargée de retenir des prestataires. S'agissant des collaborateurs de l'organisme, il convient également de vérifier qu'ils ne se trouvent pas dans une telle situation lors de la passation d'un marché (époux, parent, etc. d'un dirigeant d'entreprise ayant des activités liées à celles de l'organisme).

Cette situation peut également concerner les prestataires de service. Il peut en effet arriver qu'un prestataire de services intervienne lors de la passation de marché, soit en agissant au nom du pouvoir adjudicateur, soit plus simplement en conseillant le pouvoir adjudicateur (le cas est fréquent avec les maîtres d'œuvre lors de la passation de marchés de travaux). Dans ce cadre, il appartient à l'acheteur de vérifier la probité du prestataire qui participe au déroulement de la procédure et de s'assurer qu'il n'est pas susceptible d'en influencer l'issue, directement ou indirectement, et qu'il n'a pas un intérêt financier, économique ou un autre intérêt qui pourrait être perçu comme compromettant son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché.

Quelle attitude adopter en cas de candidature d'une entreprise en redressement judiciaire ?

Il peut être délicat de refuser par principe l'offre d'une entreprise en redressement judiciaire dans la mesure où cette entreprise a besoin de commandes pour éviter la liquidation. Par ailleurs, un jugement³⁹ a condamné un pouvoir adjudicateur ayant évincé une entreprise en redressement judiciaire pour laquelle un plan de continuation lui avait été accordé. Aussi, on doit accepter une entreprise en redressement judiciaire, sous réserve de vérifier la compatibilité du délai de redressement avec la durée du marché et de s'assurer qu'elle présente des garanties suffisantes. Il est toutefois nécessaire de vérifier que celle-ci est habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché public, ce qui, en d'autres termes interdit à un organisme de contracter avec une entreprise en redressement dès lors que la durée du redressement est inférieure à la durée prévue du marché.

Comment conduire l'analyse des candidatures ?

En application de l'article 55-II du décret, l'acheteur analyse les informations transmises par les candidats en vue de s'assurer de leur capacité à exécuter le marché. Cela concerne l'ensemble des volets relatifs à la capacité économique et financière, technique et professionnelle, y compris celles des capacités de leurs sous-traitants éventuels. Si pour les procédures ouvertes, les justifications permettant de vérifier que le candidat n'est pas dans un cas d'interdiction de soumissionner ne sont demandées qu'au seul attributaire, dans le cas de procédures restreintes, les justifications et les vérifications doivent être conduites avant d'autoriser les candidats à déposer une offre.

Tout candidat qui se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, qui ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou qui ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, ou lorsqu'il produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents (disposition introduite par l'article 8 du décret du 10 avril 2017), doit voir sa candidature déclarée irrecevable, et le candidat est alors éliminé.

Dans le cas des procédures restreintes, l'acheteur classe les candidatures non éliminées au regard des critères de sélection, et retient les mieux classées pour continuer la procédure de passation du marché dans la limite du nombre de candidats qu'il aura fixé dans les documents de la consultation.

Le décret ouvre la possibilité d'analyser les dossiers de candidatures à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché (cf. art. 55-II-1°). Si la logique est poussée à son terme, il est donc possible de n'analyser le dossier de candidature que du ou des lauréats avant l'attribution du marché.

Quand doit-on vérifier que les candidats sont autorisés à soumissionner à un marché public ?

L'article 55-II-2° du décret précise que « l'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner ». A priori donc, l'acheteur n'est tenu de vérifier la capacité juridique des opérateurs qu'auprès du seul attributaire. Toutefois, s'agissant des procédures restreintes pour lesquelles l'acheteur entend limiter le nombre de candidats autorisés à déposer une offre (appel d'offres restreint, procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif et concours notamment, mais aussi procédure adaptée en deux tours), il doit vérifier cette capacité avant d'inviter lesdits candidats à soumissionner (cf. art. 55-II-3° du décret).

³⁹Arrêt du tribunal administratif de Dijon n°0700454 du 16 mars 2007

L'analyse et la sélection des offres

Principes généraux

D'une façon générale, les candidats aux marchés doivent savoir sur quel fondement leur offre est analysée, afin de leur permettre de faire la meilleure proposition possible. C'est notamment en application de ce principe qu'on établit et qu'on diffuse les critères de sélection.

Sur ce point, l'article 52 de l'ordonnance a été modifié par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Elle autorise l'attribution sur la base d'un critère unique dans des conditions qui seront fixées par voie réglementaire.

Alors que l'article 62-II du décret prévoyait déjà, que « pour attribuer le marché public... l'acheteur se fonde sur soit un critère unique qui peut être le prix... ou le coût déterminé selon une approche globale..., soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés au marché ou à ses conditions d'exécution... ». Et le IV du même article 62 d'ajouter que « les critères ainsi que les modalités de leur mise en œuvre, sont indiqués dans les documents de la consultation ». Il est ajouté au § suivant du texte que « l'acheteur s'assure que les critères d'attribution puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base ».



Pluralité de critères pour les marchés de travaux

Les textes sont venus consacrer la jurisprudence : le Conseil d'Etat a considéré, dans une décision en date du 6 avril 2007 « Département de l'Isère », au vu de l'objet du marché en cause, un marché de travaux routier, que compte tenu de sa complexité, le seul critère du prix a méconnu les obligations de mise en concurrence. Aussi, il convient de ne pas se référer au seul critère du prix pour les marchés de travaux au motif que ceux-ci présentent une relative complexité. Ainsi (cf. 62-II-1°-a), le seul critère du prix n'est autorisé que pour les achats de services ou fournitures standardisées. En conséquence, pour les marchés de travaux (et les fournitures et services « non-standardisées »), il faut mettre en place soit une approche en coût global, soit une pluralité de critères, et ce, quelle que soit la procédure utilisée.

Si l'affichage des critères de sélection et leur pondération est obligatoire pour les procédures formalisées, s'agissant d'achats de montants inférieurs aux seuils européens, donc passés selon une procédure adaptée, la mise en place de critères n'est pas expressément exigée. Pour autant, considérant les principes généraux de la commande publique d'une part, et le fait qu'il est logique que tout candidat qui prend du temps à proposer une offre soit informé des conditions d'analyse de celle-ci, il est conseillé de mettre en place des critères de sélection, de les pondérer et de les rendre publics, a fortiori pour des achats dont le montant est conséquent.

Quels critères utiliser ?

Il n'existe pas de liste de critères obligatoires. Il appartient à l'acheteur de définir ceux qui sont le mieux appropriés au regard de l'objet du marché et de ses conditions d'exécution. Tirant les conséquences de nombreuses jurisprudences, l'ordonnance (art. 52) précise que les critères doivent être objectifs, précis et non-discriminatoires. L'article 62-II du décret mentionne toutefois une liste de critères :

- a. *« La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;*
- b. *Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;*
- c. *L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public. »*

Aussi, pour chaque marché, l'acheteur devra choisir les critères de telle sorte qu'ils soient le mieux adaptés à son marché et à ses attentes : on n'attend pas forcément le même type de réponses des entreprises quand on envisage de construire 3 pavillons ou quand on envisage de réhabiliter un ensemble de 100 logements occupés. Les critères choisis doivent toujours être objectifs, opérationnels et liés à l'objet du marché, et suffisamment précis pour ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur.

Dans un contexte où la négociation devient la règle, le choix des critères est plus prégnant qu'auparavant : si le maître d'ouvrage souhaite que le prix de son opération soit le plus bas possible et que le chantier se termine dans le délai le plus court, de toute évidence, le délai devient un critère de sélection et pas seulement une clause du marché.

Il est rappelé que les critères annoncés dans les documents de consultation doivent être appliqués jusqu'à l'attribution du marché... même s'il apparaît qu'au cours des négociations, un candidat propose une solution particulièrement judicieuse ou avantageuse à laquelle on n'avait pas pensé lors du lancement de la consultation.

Comment mettre en œuvre la pondération/la hiérarchisation des critères ?

Pour que les candidats apprécient pleinement dans quelles conditions leur offre va être analysée, ils doivent connaître précisément le poids respectif de chaque critère. En effet, la simple mention « valeur technique » ne suffit pas à l'opérateur pour se positionner efficacement, ... et à l'acheteur de choisir l'offre la plus appropriée puisque les candidats n'auront pas développé celle-ci sur les points particulièrement attendus. Réglementairement, la pondération n'est exigée que pour les seules procédures formalisées, soit au-dessus des seuils européens. Toutefois, dans l'intérêt bien compris tant des candidats que de l'acheteur, on a tout à gagner à préciser le poids des critères, quelle que soit la procédure retenue, ce qui permet d'attirer la vigilance des candidats sur les points importants et de clarifier les attentes de l'acheteur.

C'est à l'aune de l'importance des différentes attentes que devra répondre la pondération des critères. A titre d'exemple, le prix, critère toujours présent, pourra être pondéré à 80% pour une prestation simple et précisément définie, mais pourra ne représenter que 20 ou 30% de la note dès lors qu'il est demandé aux candidats de trouver des solutions à des cas complexes.

Deux modalités de classement des critères peuvent être utilisées : la hiérarchisation ou la pondération.

- la hiérarchisation consiste à classer les critères par ordre décroissant d'importance ;
- la pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux-disante ».

L'information des candidats potentiels de la pondération est obligatoire pour les marchés passés selon une procédure formalisée. Elle est fortement conseillée en dessous des seuils. La pondération ou la hiérarchisation des critères est indiquée dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation. En procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, il indique les critères par ordre décroissant d'importance. Pour autant, il faut admettre que dès lors que les critères permettant de sélectionner des offres auront été retenus, et dès lors qu'on aura pu les hiérarchiser, il n'existera vraisemblablement que peu de cas où il ne sera pas possible de mettre en place une pondération.

Quels que soient les critères de sélection retenus, il faut d'abord examiner les offres au regard du respect des règles de la consultation et du cahier des charges. Les offres inappropriées seront éliminées, c'est-à-dire celles qui sont sans rapport avec le marché public parce qu'elles ne sont manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulées dans les documents de la consultation. Ensuite, il convient de vérifier la conformité des offres aux exigences du cahier des charges. Une offre qui ne répond pas à ces exigences est irrégulière. On notera qu'il est désormais possible de demander aux candidats ayant présenté une offre irrégulière de la compléter ou de la préciser afin de la rendre régulière, y compris dans le cas d'appels d'offres. A défaut d'être régulière –ou régularisée, l'offre doit être éliminée. En effet, laisser dans le classement des offres qui auraient dû être considérées comme irrégulières, conduirait à fausser le jugement et le classement des offres.

La liberté laissée au pouvoir adjudicateur quant à la définition, au nombre, à la précision et à la pondération des critères de sélection ne doit pas cacher la nécessaire information des candidats quant aux règles du jeu de la consultation et des conditions de sélection des offres. A cet égard, le choix de deux critères élémentaires tels que le prix et la valeur technique, s'il présente la vertu de la simplicité, ne permet pas aux candidats de faire des propositions adaptées aux attentes du pouvoir adjudicateur : si le prix permet de comparer des offres entre elles, la valeur technique, par l'étendue des notions qu'elle recouvre, ne donne pas aux candidats la possibilité de se différencier, notamment en cas de cahier des charges précis et « verrouillé », ni au pouvoir adjudicateur de faire un choix réellement transparent (avec donc, corrélativement un risque de contentieux accru). Avant de lancer une consultation, il est conseillé de procéder à une simulation des résultats qui peuvent être obtenus après pondération et avec le procédé de notation prévu. Cette simulation doit permettre de limiter les risques de retenir une offre non-adaptée.

La mise en place des critères

S'il est un domaine où les recours sont nombreux, c'est bien celui qui porte sur le choix des attributaires, et corollairement sur les motifs d'éviction d'un marché, et donc sur les critères de sélection. Aussi, il est conseillé de porter une attention particulière au choix des critères de sélection et à leur pondération.

Quelques principes à appliquer :

1. Les critères doivent être adaptés à la nature des marchés : le choix des critères doit être justifié par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;
2. Le choix des critères ne doit pas être discriminatoire ; en d'autres termes, les critères ne doivent favoriser tel ou tel candidat, telle ou telle offre ;
3. Quelle que soit la technique de pondération retenue (pourcentage, coefficient, système d'attribution de points, fourchette...), les modalités de choix des offres doivent être suffisamment précises, pour ne pas laisser à l'acheteur un choix arbitraire, incompatible avec les principes d'impartialité et de transparence : moins les critères sont précis, plus le pouvoir adjudicateur a l'impression d'avoir de liberté de choix... mais plus les critères sont précis, moins on encourt le risque de contentieux ;
4. Lorsqu'on décompose les critères en sous-critères, on doit pondérer à l'avance et rendre publics les sous-critères s'ils ont une influence sur le classement des offres ; à défaut, les sous-critères sont considérés avoir le même poids ;
5. Plus le cahier des charges est précis, plus le poids du prix doit être prépondérant ; en revanche, plus le cahier des charges est ouvert ou dès lors que les variantes sont autorisées, voire suggérées, plus la « valeur technique » de l'offre doit prendre de l'importance, et plus elle doit être précisée.

Parmi les solutions permettant de juger des offres, une méthode intéressante a été insérée dans le guide « Le prix dans les marchés publics » publié par la DAJ en avril 2013 (disponible sur le site du ministère de l'économie – onglet marchés publics). Il s'agit de l'analyse des offres par le « prix pondéré ». Cette méthode présente comme avantage de prendre en compte l'« offre économique la plus avantageuse », en application de la réglementation, en agglomérant l'ensemble des critères dans une même formule en fonction de leur poids respectif.

La formule est la suivante :

$$P_p = P / (\% \text{prix} + \% \text{critère 1} \times \text{note 1} + \% \text{critère 2} \times \text{note 2} \dots)$$

Pour bien comprendre la formule, voici un exemple :

Les critères de sélection sont les suivants :

- › Le prix est pondéré à 50%.
- › La valeur technique de l'offre à 30% (ce critère est donné comme exemple afin de rester simple pour la démonstration ; il aurait pu être décomposé en sous-critères pour être plus efficace).
- › La prise en compte du développement durable à 20%.

Trois candidats ont présenté des offres avec une notation des critères selon le tableau suivant :

Candidats	Offre de prix	Note sur 10 obtenue au critère « valeur technique »	Note obtenue au critère « Développement durable »
A	100 000 €	8	7
B	80 000 €	2	3
C	85 000 €	5	5

Le calcul du prix pondéré donne les résultats suivants :

- Pour le candidat A : $Pp(A) = 100\,000 / (0,5 + 0,3 \times 8/10 + 0,2 \times 7/10) = 113\,636 \text{ €}$
- Pour le candidat B : $Pp(B) = 80\,000 / (0,5 + 0,3 \times 2/10 + 0,2 \times 3/10) = 129\,032 \text{ €}$
- Pour le candidat C : $Pp(C) = 85\,000 / (0,5 + 0,6 \times 5/10 + 0,4 \times 5/10) = 111\,842 \text{ €}$

En application de cette méthode, c'est le candidat C qu'il conviendra de classer premier.



Quelques jurisprudences

Le critère relatif à la **localisation** des entreprises est formellement interdit (toutes les jurisprudences ayant eu à traiter de ce sujet vont dans le même sens). Dès lors que la rapidité d'intervention est requise pour des raisons de sécurité ou assurer une qualité de service aux locataires ou aux propriétaires dans le cas de l'accession, il faut mettre en place une clause de délai d'exécution de la prestation dans le cahier des charges et l'assortir de pénalités en cas de non-respect. Toutefois, s'agissant de la procédure adaptée, l'article 27 du décret indique que « l'acheteur... *détermine librement les modalités en fonction... de la localisation des opérateurs économiques susceptibles de répondre* ». Il ne faut pas interpréter cet article comme autorisant l'acheteur à prendre en compte la localisation des opérateurs économiques pour privilégier les opérateurs locaux, en effet, cette mention a pour seul objectif d'indiquer à l'acheteur qu'il faut adapter le périmètre géographique de la consultation à l'importance et la nature du marché.

Les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils choisissent d'évaluer les offres par plusieurs critères pondérés, ne doivent pas recourir à une méthode de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de **notes négatives**. Cette méthode induit un risque de surpondération d'un ou plusieurs critères susceptibles de remettre en cause leur pondération telle qu'annoncée par le règlement de consultation (CE n°362532, du 18 décembre 2012).

Comment intégrer des préoccupations de développement durable dans l'achat public ?

La réglementation permet au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des exigences environnementales, économiques et sociales lors de l'achat public dans le respect des principes généraux de la commande publique (cf. art. 62-II précité).

On rappellera par ailleurs que l'article 30 de l'ordonnance n°2015-899 relatif à la définition préalable des besoins indique que ces derniers sont établis « *en prenant en compte les objectifs de développement durable dans leur dimensions économique, sociale et environnementale* ».

Les préoccupations environnementales :

Les préoccupations environnementales pourront être intégrées dans le processus d'achat à différentes étapes et sous différentes formes :

- au moment de la définition et de l'expression des besoins : le pouvoir adjudicateur pourra se référer aux labels environnementaux attribués par des organismes indépendants. Les labels environnementaux sont des déclarations de conformité des prestations à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits ;
- au moment de la présentation des candidatures : il est possible que l'acheteur public précise dans les documents de la consultation qu'il examinera le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques en faisant par exemple référence aux qualifications et certifications (NB : cet aspect sera alors à prendre en compte dans les critères de sélection des candidats) ;
- au moment de la présentation des offres : au titre de la mise en œuvre des critères de sélection, en application de les articles 38 de l'ordonnance et 62 du décret (cf. infra), voire même s'il ne s'agit pas de critères purement économiques⁴⁰.

Ce critère devra toujours être lié à l'objet du marché, et expressément mentionné dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation. Comme pour les autres critères, celui-ci ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public, lors du choix de la meilleure offre.

La possibilité de présenter des variantes peut être un moyen efficace d'intégrer la protection de l'environnement au stade des spécifications techniques, sans que le pouvoir adjudicateur ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière. Ainsi, l'acheteur peut préciser qu'il est disposé à accueillir des offres répondant à certaines variantes plus écologiques, par exemple sur la teneur en substances dangereuses pour l'environnement, ou au regard du bilan carbone®.

Les acheteurs peuvent imposer dans le cahier des charges des conditions d'exécution environnementales. Ces conditions ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire. A titre d'exemple de conditions d'exécution envisageables, on citera : livraison/emballage en vrac plutôt qu'en petit conditionnement, récupération ou réutilisation des emballages, livraisons des marchandises dans des conteneurs réutilisables, collecte et recyclage des déchets produits, produits bio, solutions informatiques de bureau labellisées Energy Star⁴¹ ou équivalent, papier recyclé, conditions de déplacements ou de livraison, etc.

Ces outils permettent aux acheteurs publics de fixer eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale qu'ils souhaitent voir atteint dans l'exécution de leurs marchés. Ils couvrent l'ensemble du champ de l'achat public sans restriction de montant ou d'objet.

⁴⁰Cour de justice des Communautés européennes, 17 sept. 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, aff C-513/99

⁴¹Nom d'un programme gouvernemental américain chargé de promouvoir les économies d'énergie aux États-Unis et utilisé au Canada, Australie, Union Européenne

L'acheteur peut également prendre en compte les incidences environnementales en s'appuyant sur l'analyse du cycle de vie des prestations offertes. Il s'agit notamment de connaître et de pouvoir comparer la pression d'un produit sur les ressources et l'environnement, tout au long de son cycle de vie, depuis l'extraction des matières premières jusqu'à son traitement en fin de vie (mise en décharge, recyclage...) en passant par les ressources naturelles utilisées. Dès lors qu'il fait appel à une analyse du cycle de vie, l'acheteur doit alors préciser la méthode qu'il retient pour conduire les comparaisons des offres (cf. art 63-II du décret).

Les préoccupations sociales⁴² :

En matière sociale, le pouvoir adjudicateur a intérêt à utiliser principalement la condition d'exécution qui lui permet, par exemple, de faire effectuer la prestation en intégrant des heures de travail d'insertion ou toute autre considération sociale.

Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation, l'exigence d'une clause d'exécution, détaillée dans le cahier des charges. L'intégration de clauses sociales, notamment celles destinées à promouvoir la diversité, peut répondre à l'un au moins des objectifs suivants :

- l'insertion des personnes éloignées de l'emploi notamment par l'affectation, dans une proportion raisonnable, d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics déterminés en situation de précarité ou d'exclusion (heures de travail d'insertion) : chômeurs notamment de longue durée, bénéficiaires de minima sociaux, jeunes ayant un faible niveau de qualification ou, travailleurs handicapés au-delà des exigences légales nationales ;
- la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics ;
- la promotion du commerce équitable.

Par exemple, l'acheteur peut insérer dans son marché une clause prévoyant que l'attributaire s'astreint, pour les besoins du marché, à recruter au moyen de curriculum vitae anonymes, à recourir à la technique de mutualisation des stages ou à mener des actions de sensibilisation de leurs sous-traitants et de leurs fournisseurs.

Le pouvoir adjudicateur s'assurera, d'une façon générale, de l'équilibre de la mesure : proportion de main d'œuvre dans le marché, disponibilité des structures de l'insertion par l'activité économique (SIAE) intervenant dans le secteur d'activité concerné et sur le territoire d'exécution de la prestation (travaux ou services) ou aide d'un « facilitateur ». Le « facilitateur » est une personne appartenant ou lié au service public local de l'emploi (plan local d'insertion pour l'emploi ou maison de l'emploi). Le « facilitateur » peut conseiller l'acheteur dans l'élaboration et la rédaction de la clause, renseigne les entreprises soumissionnaires sur les réponses possibles localement (embauche directe, mise à disposition de personnel par des structures de l'insertion par l'activité économique, cotraitance ou sous-traitance avec des entreprises d'insertion), puis contrôle l'exécution de la clause et évalue son résultat.

Il est recommandé de formuler une telle clause en nombre d'heures de travail dans le cas de l'insertion. Ces clauses qui doivent être pertinentes, socialement utiles et bien ciblées, doivent être rédigées en respectant les règles suivantes :

- offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ;
- ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause, mais offrir plusieurs possibilités ;
- ne pas être discriminatoire à l'égard des candidats potentiels et s'imposer, de manière égale, à toutes les entreprises concurrentes ;
- ne pas limiter la concurrence.

⁴²Voir le « Guide sur l'ouverture des marchés publics au handicap » publié par la DAI en décembre 2014, ainsi que le « Guide de la commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » publié en octobre 2015

Que faire quand on ne reçoit qu'une seule offre ?

On doit d'abord s'interroger sur les conditions de publicité : Celle-ci a-t-elle été suffisante ? Les délais laissés aux candidats ont-ils été adéquats ? Les critères utilisés ont-ils été pertinents ? Etc. Dès lors que la réponse à cette question est positive, on analyse l'offre. Si cette offre répond aux critères de sélection, on attribue le marché à son auteur.

S'il apparaît que la publicité n'a pas été suffisante, il est nécessaire de relancer une consultation en élargissant la publicité, après avoir déclaré sans suite la consultation initiale.

Comment analyser les prix dans un accord-cadre à bons de commandes ou un accord-cadre « traditionnel » ?

Il est difficile de comparer les prix pour les marchés à montants variables tels les accords-cadres (dont les marchés à bon de commandes).

S'agissant des accords-cadres « traditionnels », on demande en général un prix de base ou une fourchette de prix qui permet de comparer les offres, étant précisé que l'accord-cadre doit intégrer une clause qui permet de savoir à l'avance comment sera calculé le prix des marchés subséquents. S'il s'agit d'un accord-cadre multi-attributaires, c'est dans la lettre de consultation diffusée aux titulaires de l'accord en vue de l'attribution des marchés subséquents que seront précisés les critères pour l'attribution des marchés subséquents.

Généralement pour les accords-cadres à bons de commande, on utilise soit un devis type portant sur une ou plusieurs simulations, soit une grille de prix unitaires sur laquelle les candidats vont se positionner en proposant un coefficient qui s'appliquera à l'ensemble des prix unitaires du bordereau, soit des coefficients établis sur la base de la récurrence des prestations et affectés à chacun des prix unitaires du bordereau. Cela permet de classer les offres et d'indiquer aux candidats comment leurs offres vont être jugées. L'essentiel est d'afficher cette règle de comparaison dans les documents de mise en concurrence, et de bien préciser que les devis types ou les coefficients de récurrence n'ont pas de valeur contractuelle puisqu'ils ne servent qu'à la comparaison des offres.

Doit-on classer les offres ?

L'article 62-I du décret précise que « *Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées..., sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution* ».

Par ailleurs, l'article 55-IV du décret dispose : « *Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé. Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires.* »

En conclusion, on doit classer les offres pour éviter d'être contraint d'annuler une procédure de consultation en cas de non fourniture desdites pièces par le candidat choisi.

Peut-on déclarer infructueuse une consultation quand une partie des lots seulement est infructueuse ?

Les textes sont muets sur ce sujet mais une jurisprudence⁴³ permet d'éclairer le propos. Aussi, sauf à déclarer la consultation sans suite, on devra considérer dès lors que :

- Pour les lots fructueux, il convient de les attribuer aux candidats choisis,
- Pour les lots infructueux, il convient de relancer une consultation ou d'engager une négociation dès lors que les conditions s'y prêtent.

Que faire lorsqu'une erreur est décelée dans l'offre ?

L'offre est celle qui est stipulée dans l'acte d'engagement du candidat. En dehors des cas où la négociation est permise, cette offre ne peut pas être modifiée. En application du principe d'égalité de traitement des candidats, il n'est pas possible de corriger une offre, quand bien même une erreur y aurait été décelée : soit l'offre est acceptée par l'organisme et le prestataire doit exécuter le marché aux conditions qu'il a indiquées dans son acte d'engagement, soit l'offre doit être rejetée. L'article 59 du décret a toutefois admis que l'on peut inviter le candidat à corriger une offre irrégulière. La jurisprudence⁴⁴, a également admis qu'en cas d'erreur matérielle manifeste facilement décelable l'offre peut être corrigée.

Quelle différence entre une offre irrégulière, inacceptable et une offre inappropriée ?

Le I de l'article 59 du décret indique que l'acheteur doit vérifier les offres et précise que :

- « Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.
- Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.
- Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation. »

Que faire face à des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ?

C'est au sein de l'article 59 du décret que les modalités à appliquer sont répertoriées :

- II. « Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.
- III. Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.
Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

⁴³CAA Nantes, n°99NT02378, 3 octobre 2003, Préfet d'Eure-et-Loir

⁴⁴CE n°349149 du 21 septembre 2011

IV. La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres».

En d'autres termes, dès lors qu'on est en présence d'une consultation pour laquelle la négociation n'est pas possible (appel d'offres ou en procédure adaptée pour laquelle l'acheteur a clairement mentionné dans le règlement de la consultation qu'il n'y aura pas de négociation), la seule possibilité laissée à l'acheteur est de permettre aux candidats de régulariser leurs offres, c'est-à-dire de la compléter ou de les préciser, sans que cela n'entraîne de modification substantielle. En revanche, dans les autres cas, il est possible de demander aux candidats de modifier leurs offres afin de les rendre régulières ou acceptables.

Pour rendre régulière une offre qui ne l'est pas à l'origine, il convient que les candidats précisent certaines données, ou fournissent les documents absents lors de la présentation de l'offre initiale. Pour rendre acceptable une offre, les candidats devront soit proposer un rabais sur leur offre initiale, soit proposer une ou des variantes qui permettent de ramener le prix dans une proportion telle que le prix « limite » fixé par l'acheteur ne soit pas dépassé, tout en respectant les documents de la consultation (dont les exigences essentielles). Dans ce cadre, il appartient à l'acheteur d'accepter les variantes, car dorénavant, une consultation jugée infructueuse est à recommencer entièrement.

La négociation

Peut-on négocier les offres ?

S'agissant de la procédure formalisée d'appel d'offres (ouverte ou restreinte), il est totalement interdit de modifier les offres présentées par les candidats (sauf pour les erreurs manifestes, ou dès lors que la régularisation n'entraîne pas de modification substantielle). En revanche, pour la procédure concurrentielle avec négociation et dans le cadre du dialogue compétitif, c'est le fondement même de ces procédures, bien qu'il soit toujours possible, dans le cas de la procédure concurrentielle, de ne pas négocier sous réserve de le mentionner dans le règlement de la consultation ou l'avis d'appel à la concurrence. Pour les marchés passés en dessous des seuils de procédures formalisées, il est possible et même conseillé de négocier avec les candidats les mieux placés, mais, pour respecter le principe de transparence, uniquement quand le règlement de la consultation en a prévu la possibilité.



Une clause à insérer dans le règlement de consultation (procédure adaptée)

Pour s'autoriser à négocier avec les candidats dans le cadre d'une procédure adaptée, il est conseillé d'insérer une clause dans le règlement de consultation telle que : « L'acheteur s'autorise à négocier les offres avec au plus les trois candidats les mieux classés. Toutefois, il se réserve de ne pas négocier ».

Que peut-on négocier ?

Il est possible de négocier sur :

- Le prix ou ses éléments : le coût d'acquisition, de stockage ou de livraison, le prix des options, des accessoires, des garanties, des frais d'entretien ou d'assurance, etc.,
- La qualité : la réponse au juste besoin, l'incidence d'une modification de la qualité (supérieure ou inférieure...),
- Les délais de livraison, de garantie...
- Les garanties apportées à l'exécution du marché : conditions et méthodes d'exécution, personnel affecté à l'exécution...

Comment conduire une négociation ?

Qu'il s'agisse de marchés passés selon une procédure adaptée ou selon une procédure formalisée, la conduite d'une négociation doit répondre à certaines règles.

La rigueur des critères de choix peut paraître contraire à la souplesse nécessaire aux négociations. En fait, il n'en est rien. Les critères permettent aux candidats de connaître les priorités de l'acheteur et, à ce dernier, de disposer d'une base objective pour effectuer son choix. Ainsi, il est opportun d'appliquer les critères au moins deux fois lors d'une négociation :

- la première fois après la réception des propositions afin d'examiner sur quels aspects elles doivent être améliorées,
- la seconde fois afin de départager les offres définitives.

La négociation pourra être mise en œuvre en trois temps :

1. Préparer la négociation. La négociation ne s'improvise pas. Avant de négocier, il faudra s'attacher aux points suivants :

- cerner les points sur lesquels la négociation est possible et les préparer de telle sorte qu'ils conduisent à susciter des réponses adaptées : se ménager, le cas échéant, une zone à concéder lors de la négociation, exemple : délai, prix, performance des matériels, délai de garantie... ;
- se renseigner sur les usages professionnels : certains achats sont peu propices à la négociation alors que d'autres le sont plus.

2. Fixer les règles de la négociation. A cet égard, deux écueils doivent être évités :

- la négociation mal anticipée : les acheteurs ne préparent pas suffisamment la phase de négociation. Ils n'ont pas de grille d'analyse, improvisent les questions en cours de séance ou ne demandent pas aux candidats les indications leur permettant de faire évoluer leur proposition ;
- la situation dans laquelle les acheteurs ne savent pas achever la négociation : ils reviennent sur des points déjà discutés ou demandent des informations et des documents qui ne seront pas exploités.

Pour éviter cela, il est nécessaire de cadrer la négociation :

- › fixer les règles de transmission des informations (courrier, mail...),
- › pour autant que cela soit possible selon la nature du marché, fixer à l'avance les thèmes des cycles de discussion, voire, indiquer le nombre de réunions et les moyens dont les intervenants disposeront (temps alloué ou durée de la réunion, vidéoprojecteurs...),
- › en cas de rencontre, limiter le nombre des interlocuteurs et imposer que les mêmes personnes soient présentes tout au long de la négociation ;
- › identifier les marges de manœuvre, entre la position minimale (les exigences essentielles) et la position maximale (l'idéal) ;
- › formaliser les acquis de la négociation par l'envoi d'un compte-rendu retraçant les points actés lors de la discussion. Cela est particulièrement utile lorsque la négociation comporte plusieurs phases.

3. Mener la négociation de telle sorte qu'elle permette de réaliser le meilleur achat possible ; à cet effet, les acheteurs doivent s'attacher aux points suivants :

- › déceler les éventuels points d'irrégularité des offres, afin de les rendre régulières,
- › se concentrer sur un nombre peu important de candidats. Les documents de consultation pourront prévoir par exemple dans le cas de procédures adaptées que les négociations ne seront menées qu'avec les trois meilleures entreprises, ou que ce cycle de discussion donnera lieu à l'élimination de candidats au fur et à mesure des discussions (selon des modalités qui devront être précisées dans le RC) ;
- › respecter la confidentialité des propositions : une entreprise doit être assurée que les informations techniques et commerciales confidentielles de ses propositions ne seront pas divulguées aux autres candidats ;
- › indiquer aux candidats les points sur lesquels leur offre doit être améliorée : il faudra veiller à ne pas contrevenir à la règle précédente : s'abstenir d'informer un candidat de la solution technique imaginée par son concurrent ou d'indiquer le montant de la remise supplémentaire à consentir afin de passer en première position ;
- › garder les candidats au même niveau d'information : si les données techniques et économiques évoluent, tous les candidats doivent en être informés et chacun doit pouvoir remettre une offre tenant compte des nouvelles données.



Les exigences essentielles

Il appartient à l'acheteur de préciser les exigences essentielles sur lesquelles la négociation ne portera pas. Dans bien des cas, il ne sera pas aisé de définir les prestations sur lesquelles on ne souhaite pas discuter. A tout le moins, il sera nécessaire de préciser le niveau de performances (en marchés de travaux par exemple) et/ou le résultat attendu (pour les prestations de service notamment).

S'agissant des opérations réalisées par les organismes en vue de l'accession à la propriété, on pourra considérer que la notice descriptive constitue une bonne définition des exigences essentielles, et si tel est le cas, il pourra figurer au titre des pièces contractuelles.

Les variantes

Comment analyser les variantes, doit-on les prendre en compte ?

La nouvelle réglementation parle de variantes proposées par les candidats (ce qu'on appelait antérieurement simplement « les variantes ») ou de variantes exigées par l'acheteur (souvent appelées « options techniques » que les candidats devaient chiffrer). On rappellera à cet effet les dispositions de l'article 58 du décret :

« I. – Les acheteurs peuvent autoriser ou exiger la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

- 1. Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée :*
 - a. Lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;*
 - b. Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice... (NB : organismes Hlm non concernés)*
- 2. Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.*
- 3. Quelle que soit la procédure, l'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.*

II. L'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

III. Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

IV. Pour les marchés publics de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché public de services au lieu d'un marché public de fournitures ou à un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services».

Aussi, s'agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, en considérant les différentes procédures, différentes choses à savoir :

- 1. Dans le cas des appels d'offres**
 - a. Les candidats ne peuvent proposer des variantes que si les documents de consultation le permettent ; en d'autres termes, si rien n'est précisé ni dans la publicité ni dans le règlement de consultation, les candidats n'ont pas le droit de présenter de variante et l'organisme doit s'interdire de les analyser ;
 - b. L'organisme, dès lors qu'il autorise expressément les variantes, doit préciser dans les documents de consultation les contraintes ou exigences minimales auxquelles les variantes doivent répondre (en d'autres termes, il appartient à l'acheteur d'indiquer dans quelles conditions les variantes sont acceptables) et préciser comment les variantes seront présentées et analysées, on citera à ce sujet l'article 62-IV du décret : « l'acheteur s'assure que les critères d'attribution du marché puissent être appliquées tant aux variantes qu'aux offres de base ».

2. Si on rappelle que, dans le cas de la **procédure concurrentielle avec négociation**, « *le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres* » (cf. Art. 71 du décret), il semble que les variantes sont intrinsèques à cette procédure. Toutefois, en application de l'article 58 cité ci-dessus, l'acheteur devra néanmoins faire mention des conditions d'acceptation des variantes dans les documents de la consultation.
3. Pour le **dialogue compétitif**, l'offre de variantes par les candidats fondent l'essence même de cette procédure puisque le dialogue compétitif est « *la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats... en vue de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins* » (cf. art. 75 du décret). L'acheteur reste, comme pour la procédure concurrentielle avec négociation, dans l'obligation d'en faire mention dans les documents de la consultation.
4. S'agissant des **procédures adaptées** enfin, la logique qui prévaut pour les procédures formalisées s'inverse : il n'est pas besoin de préciser dans les documents de la consultation que les variantes sont autorisées, puisqu'elles le sont de fait en application de l'article 58 susvisé... Aussi, il conviendra de rappeler les exigences minimales dans les documents de la consultation, et de vérifier que les critères de sélection pourront s'appliquer tant aux offres de base qu'aux variantes. Dans l'hypothèse où l'acheteur ne souhaite pas se voir proposer des variantes, il devra le préciser explicitement dans le règlement de consultation.

En termes de méthode à appliquer, la DAJ précise dans sa fiche technique relative à l'examen des offres que « *L'introduction de variantes rend plus complexe l'examen des offres et leur comparaison. Les offres de base et les variantes doivent être jugées sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, tels que définis dans les documents de la consultation.*

Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur compare séparément les offres conformes à la solution de base et les variantes proposées. Dans un second temps, celui-ci compare l'offre la plus intéressante en solution de base et la meilleure offre variante.

Le marché est attribué à l'offre de base ou l'offre variante économiquement la plus avantageuse. Ainsi, l'offre choisie est celle qui obtient la meilleure note de l'ensemble des offres, conformes à la solution de base ou variantes.

Le soumissionnaire peut également proposer au pouvoir adjudicateur des prestations supplémentaires. Dans la mesure où elles ne sont pas demandées, le pouvoir adjudicateur doit classer les offres de base sans tenir compte de ces propositions. Dans l'hypothèse où l'offre économiquement la plus avantageuse comprend effectivement des prestations supplémentaires, celles-ci devront être examinées par l'acheteur qui, le cas échéant, pourra décider de les retenir ».

Dans sa fiche technique relative à l'examen des offres, la DAJ rappelle que « *Les variantes correspondant aux solutions alternatives doivent être analysées de la même manière que les variantes à l'initiative des soumissionnaires. Dès lors que la solution alternative proposée par un candidat s'avère être l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur n'a d'autre choix que d'attribuer le marché à celui-ci* ».



Les variantes et le règlement de consultation

Quel que soit le mode de consultation, il est conseillé de systématiquement prévoir un article dans le règlement de consultation portant sur l'autorisation ou non des variantes, lequel article précisera ce sur quoi les variantes peuvent porter et dans quelles conditions elles seront acceptées ; il pourra notamment être précisé que les variantes ne seront analysées que dès qu'une offre aura été présentée sur les conditions fixées par le cahier des charges de la consultation (solution dite « de base ») ;

Par ailleurs, les variantes proposées par des candidats ne doivent pas être diffusées aux autres candidats car cela contreviendrait aux règles de la propriété industrielle et nuirait au secret commercial : les bonnes idées des uns leur appartiennent !

Enfin, il est recommandé de préciser dans le RC que les variantes ne doivent pas remettre en cause les performances et ou les exigences minimales prévues au cahier des charges. Par ailleurs, lorsque le marché est alloté, il convient de s'assurer des impacts éventuels de certaines variantes concernant un lot sur les autres lots.

Les offres anormalement basses

Comment détecter une offre anormalement basse ?

L'article 53 de l'ordonnance a été modifié par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Il impose à l'acheteur de mettre en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter.

Aucun texte réglementaire ne précise comment détecter une offre anormalement basse. Aussi, c'est sur un ensemble d'éléments qu'on se fondera pour qualifier ainsi une offre.

On peut se fonder sur l'estimation qu'on aura faite de la prestation. Toutefois, cette seule méthode ne peut être suffisante au motif que l'acheteur dispose rarement de l'ensemble des conditions qui permettent de fixer un prix.

On pourra comparer les offres entre elles : Constaté un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents est un élément permettant de qualifier l'offre d'anormalement basse. Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé ou par la moyenne des offres reçues, avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes. On prendra toutefois garde, si on ne raisonne qu'avec cette méthode, de ne pas se trouver en présence d'offres « de couverture » destinées à « faire passer » une offre, elle-même surévaluée.

À NOTER

il est possible d'utiliser une formule mathématique de détection des offres anormalement basses (par exemple « toute offre d'un montant inférieure à x% de la moyenne des offres est anormalement basse »), mais en revanche, il n'est pas possible d'exclure de facto les offres ainsi décelées. À titre d'exemple, la FFB et l'association des Villes de France, ont mis au point un cadre de questionnaire⁴⁵ qui peut être adressé aux auteurs des offres suspectées d'être trop basses.

⁴⁵Questionnaire disponible sous : <http://www.villesdefrance.fr/upload/files/harte%20FFB-Villes%20de%20France.pdf>

Que faire en présence d'une offre anormalement basse ?

Une offre est anormalement basse quand le prix de vente est inférieur au coût de production : c'est le dumping, et celui-ci est interdit. Il n'est pas aisé de démontrer le dumping, sauf peut-être quand la prestation est composée d'éléments en nombre réduit dont le coût individuel est connu. Il peut en être ainsi pour certains contrats où la main d'œuvre représente la partie essentielle : un contrat de maintenance de chaudières individuelles en est un bon exemple dans la mesure où dès lors que l'on connaît le temps moyen d'intervention pour le contrôle de chaque chaudière, que l'on estime le « taux de pénétration » (soit le nombre de chaudières effectivement contrôlées, inférieur à 100% pour tenir compte des absences et des refus de certains locataires), que l'on connaît bien sûr le nombre de chaudières, il est facile de vérifier si le nombre d'heures ainsi calculé entre bien dans les prix « de la profession », à tout le moins s'il est conforme au taux minimum (SMIC horaire).

On notera qu'une offre ne peut pas être jugée comme anormalement basse sur la seule application d'une formule de calcul et directement évincée, au motif que des raisons recevables peuvent justifier un prix bas⁴⁶. En revanche, rien n'interdit de mettre en place une formule de calcul, tenant compte éventuellement des autres offres proposées, afin de déclencher un seuil d'anomalie à partir duquel il sera demandé à son auteur de justifier.

Dès lors qu'une offre est considérée comme anormalement basse, et quelle que soit la méthode retenue pour arriver à ce résultat, on ne peut pas l'écarter de façon automatique; en effet, le pouvoir adjudicateur doit demander par écrit à l'auteur de cette offre les justifications de son prix (cf. article 60 du décret). Au titre des raisons qui peuvent expliquer une offre a priori basse, peuvent être prises en compte les considérations suivantes selon l'article 60 (liste a priori non exhaustive):

1. *Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction;*
2. *Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux;*
3. *L'originalité de l'offre;*
4. *La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations;*
5. *L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.*

Le pouvoir adjudicateur doit alors analyser les raisons avancées par l'auteur de l'offre pour justifier son prix, et selon les résultats de cette analyse, soit accepter l'offre si les motifs invoqués peuvent expliquer le coût, soit rejeter celle-ci si les motifs ne sont pas probants. Dans le cas où l'offre anormalement basse est avérée, le pouvoir adjudicateur doit la rejeter et informer le candidat du motif de rejet de son offre.

Ces dispositions s'appliquent pour tous les marchés qu'il s'agisse de marchés passés selon une procédure formalisée ou en procédure adaptée.

⁴⁶CJCE, 22 juin 1989, sté Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan, aff. C-103/88

- › On ne peut pas exclure une offre sans avoir préalablement demandé à son auteur ses justifications⁴⁷ : un courrier doit lui être adressé, l'informant que son offre est suspectée d'être anormalement basse et lui demandant de fournir toutes justifications qu'il jugera utiles. Le pouvoir adjudicateur doit formuler clairement sa demande aux candidats concernés afin de permettre à ceux-ci de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de leur offre et il doit préciser dans son courrier le délai qui est laissé au candidat pour fournir les justifications demandées ;
- › L'acheteur doit procéder à un examen attentif des informations fournies par l'entreprise pour justifier son prix. Si ces éléments sont probants, le pouvoir adjudicateur peut requalifier l'offre de « normale » ; en revanche, si les explications

demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise et de démontrer que le marché ne peut être exécuté dans les conditions prévues, le pouvoir adjudicateur est tenu de la rejeter par décision motivée ;

- › L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications de l'acheteur permet d'exclure l'offre du candidat⁴⁸ ;
- › L'analyse du caractère anormalement bas d'un prix s'applique également à celui des sous-traitants, aussi bien quand le sous-traitant est présenté en même temps que l'offre du candidat que lorsque le sous-traitant est proposé par l'attributaire en cours d'exécution du marché (cf. art. 134 du décret).

L'ATTRIBUTION DES MARCHÉS

Principes généraux

L'attribution du marché consiste à choisir le titulaire du marché public. Le classement des offres doit être organisé en fonction des avantages qu'elles procurent, et bien sûr au regard des critères mentionnés dans les documents de la consultation, le marché est attribué à celui qui est arrivé au premier de la liste. Si ce candidat ne peut fournir les pièces justificatives quant à sa situation fiscale et sociale dans les délais fixés, c'est le second sur la liste qui devient attributaire.

Dorénavant, qu'il s'agisse des marchés passés selon une procédure formalisée ou des marchés conclus à l'issue d'une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur doit tenir les candidats informés des résultats de la consultation.

Enfin, qu'il s'agisse de marchés « formalisés » ou de ceux conclus à la suite d'une procédure adaptée, les candidats qui s'estiment injustement évincés à l'issue d'une consultation peuvent déposer un recours auprès du Tribunal compétent (de Grande Instance pour les organismes de statut privé, et administratif pour les OPH).

⁴⁷CJUE, 22 juin 1989, Sté Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan, C-103/88.

⁴⁸CAA Bordeaux, 17 novembre 2009, SICTOM Nord, n°08BX01571.

A quelles vérifications le pouvoir adjudicateur est-il tenu avant de conclure le marché ?

La loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale instaure des obligations de vérification, d'injonction et d'information, à la charge des acheteurs publics, dont la méconnaissance est sanctionnée par une amende administrative, une sanction pénale ou une solidarité financière. En outre, l'article L. 243-2 du code des assurances impose la production d'une attestation d'assurance décennale par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer un marché public de travaux. Les différentes vérifications concernent :

1. Le travail dissimulé,
2. Les travailleurs détachés,
3. L'assurance décennale pour les marchés de travaux,
4. L'égalité homme-femme.

I - Travail dissimulé : Avant la signature du contrat (art. L. 8222-1 du code du travail), à compter du seuil de 5 000 € HT (art. R. 8222-1 du code du travail), le donneur d'ordre (personne morale de droit public et personne physique ou morale de droit privé), est tenu de solliciter la production des pièces établissant que son futur cocontractant n'est pas en contravention avec les articles L. 8221-3, L. 8221-5 du code du travail sanctionnant le travail dissimulé respectivement par dissimulation d'activité et dissimulation d'emploi salarié.

Concrètement, le donneur d'ordre doit se faire remettre les pièces prévues par les articles D. 8222-5 du code du travail pour le cocontractant établi en France et D. 8222-7 pour celui établi à l'étranger. En particulier, le cocontractant établi en France doit justifier qu'il est à jour de ses obligations de déclaration et de paiement auprès des organismes de recouvrement que sont les URSSAF, les caisses générales de sécurité sociale, les caisses d'allocations familiales et les caisses de mutualité sociale agricole, dans les conditions de l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale.

Le donneur d'ordre est tenu de s'assurer de l'authenticité de cette attestation auprès de l'organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale (art. D. 8222-5 et D. 8222-7 du code du travail).

A défaut de ces vérifications préalables, si son cocontractant s'avère avoir recours au travail dissimulé, le donneur d'ordre sera reconnu solidairement responsable des sommes dues par le contrevenant, en application de l'article L. 8222-2 du code du travail

II- Travailleurs détachés : L'article L. 1262-4-1 du code du travail impose aux donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage publics de contrôler si l'opérateur économique, qui est établi hors de France et détache temporairement des salariés sur le territoire national, a respecté ses obligations en matière de détachement fixées par l'article L. 1262-2-1 du même code. Ainsi, l'acheteur public doit vérifier si l'employeur, qu'il soit titulaire du marché, sous-traitant (quel que soit son rang) ou même entreprise d'intérim, qui détache un ou plusieurs salariés a bien adressé une déclaration, préalablement au détachement, à l'inspection du travail et a désigné un représentant de l'entreprise sur le territoire national.

La production desdites pièces est obligatoire « avant le début du détachement », que celui-ci intervienne au cours de la procédure de passation ou en cours d'exécution du marché public. Toutefois, la preuve de la régularité de la situation de l'employeur, au regard de ses obligations en matière de salariés détachés, ne peut être exigée que du seul candidat dont l'offre a été retenue. Selon l'article L. 1262-4-1 du code du travail, « A défaut de s'être fait remettre par son cocontractant une copie de la déclaration mentionnée au I de l'article L. 1262-2-1 du code du travail, le maître d'ouvrage ou le donneur

d'ordre adresse, dans les quarante-huit heures suivant le début du détachement, une déclaration à l'inspection du travail du lieu où débute la prestation».

Le décret n°2016-27 du 19 janvier 2016 est venu compléter l'arsenal réglementaire en ajoutant les articles suivants au code du travail :

Article R. 1263-13 : *La déclaration que doit faire le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, en application du deuxième alinéa de l'article L. 1262-4-1, lorsque son cocontractant ne lui a pas remis copie de la déclaration de détachement lui incombant en vertu du premier alinéa de l'article L. 1262-2-1, est adressée à l'unité territoriale compétente mentionnée aux articles R. 1263-4-1 et R. 1263-6-1.*

La déclaration est rédigée en langue française et justifie par tout moyen lui conférant date certaine qu'elle a été faite dans le délai prévu à l'article L. 1262-4-1.

Article R. 1263-14 : *La déclaration du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre mentionnée à l'article R. 1263-13, dont le modèle est fixé par arrêté du ministre chargé du travail, comporte les informations suivantes :*

- 1. Le nom ou la raison sociale, les adresses postale et électronique, les coordonnées téléphoniques, l'activité principale du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre déclarant ainsi que son numéro d'identification SIRET ou, à défaut, les références de son immatriculation à un registre professionnel ou toutes autres références équivalentes ;*



Travailleurs détachés

La loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale est venue renforcer les obligations du donneur d'ordres : elle lui impose de vérifier avant de contracter et pendant la durée du contrat que le prestataire s'est bien acquitté des obligations liées au détachement des travailleurs.

L'entreprise établie hors de France qui détache un ou plusieurs salariés en France est tenue d'adresser une déclaration, préalablement au détachement, à l'inspection du travail du lieu où débute la prestation. Cette déclaration permet à l'inspection du travail d'être informée des situations de détachement et de vérifier que les règles minimales applicables aux salariés détachés en France et notamment le paiement du salaire minimum légal ou conventionnel sont respectées, ainsi que le respect du droit du travail et de conditions d'hébergement de ces derniers.

Afin de limiter les cas de non-déclaration, la loi a prévu deux modifications :

- l'entreprise détachant ses salariés désigne un représentant de l'entreprise sur le territoire national qui aura notamment en charge de réaliser la déclaration susvisée ;
- le donneur d'ordre vérifie, avant le début du détachement, que son prestataire étranger a déclaré un représentant sur le territoire national et a effectué les déclarations de détachement à la DIRECCTE. Ces déclarations sont annexées au registre du personnel du donneur d'ordre.

Attention, le donneur d'ordre qui n'opère pas les vérifications relatives au détachement s'expose à une amende administrative de 2 000 euros par salarié détaché (4 000 euros si réitérée) plafonnée à 500 000 euros, ainsi que le paiement des sommes qui seraient dues au salarié détaché (différentiel de salaire entre ce qui a été versé et le minimum réglementaire ainsi que les frais d'hébergement).

2. *Le nom ou la raison sociale ainsi que les adresses postale et électronique, les coordonnées téléphoniques de l'entreprise ou de l'établissement qui emploie habituellement le ou les salariés, la forme juridique de l'entreprise, les références de son immatriculation à un registre professionnel ou toutes autres références équivalentes et les Etats sur le territoire desquels sont situés les organismes auxquels il verse les cotisations de sécurité sociale afférentes au détachement des salariés concernés ;*
3. *L'adresse des lieux successifs où doit s'accomplir la prestation, la date du début de la prestation et sa date de fin prévisible, l'activité principale exercée dans le cadre de la prestation ;*
4. *Les nom, prénoms, date et lieu de naissance, adresse de résidence habituelle et nationalité de chacun des salariés détachés ;*
5. *Les nom et prénoms, les coordonnées téléphoniques et les adresses électronique et postale en France du représentant de l'entreprise détachant des salariés.*

Ces dispositions sont entourées des modalités de mise en œuvre suivantes :

► **Des obligations d'injonction et de résultat en matière d'hébergement collectif :** L'article L. 4231-1 du code du travail prévoit ainsi que tout acheteur public, informé par écrit par un agent de contrôle « *du fait que des salariés de son cocontractant ou d'une entreprise sous-traitante directe ou indirecte sont soumis à des conditions d'hébergement collectif incompatibles avec la dignité humaine mentionnées à l'article 225-14 du code pénal* », doit enjoindre, aussitôt et par écrit, à ce cocontractant ou ce sous-traitant de faire cesser cette situation sans délai.

En la matière, les maîtres d'ouvrage ou les donneurs d'ordre publics ont une obligation de résultat. En effet, le défaut de régularisation de la situation par leur cocontractant ou leur sous-traitant est sanctionné par la prise en charge, par le pouvoir adjudicateur, de l'hébergement collectif des salariés.

► **Des obligations d'injonction et d'information en matière de sous-traitance :** L'article L. 8281-1 du code du travail prévoit ainsi que tout acheteur public, informé par écrit par un agent de contrôle d'une infraction aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables au salarié d'un sous-traitant direct ou indirect, dans l'une des matières constitutives du noyau dur de la législation du travail, doit enjoindre, aussitôt et par écrit, à ce sous-traitant de faire cesser cette situation sans délai.

En outre, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de transmettre à l'agent de contrôle une copie de la preuve écrite de régularisation de la situation, qui lui aura été fournie par le sous-traitant concerné. De même, il doit aussitôt informer l'agent de contrôle, « *en l'absence de réponse écrite du sous-traitant dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat* ».

Tout manquement des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre publics à leurs obligations d'injonction du sous-traitant et d'information de l'agent de contrôle est sanctionné.

► **Des obligations d'injonction et d'information en matière de paiement des salaires :** L'article L. 3245-2 du code du travail prévoit ainsi que tout acheteur public, informé par écrit par un agent de contrôle du non-paiement partiel ou total du salaire minimum légal ou conventionnel dû au salarié de son cocontractant, d'un sous-traitant direct ou indirect ou d'un cocontractant d'un sous-traitant, doit enjoindre, aussitôt et par écrit, à ce cocontractant ou ce sous-traitant de faire cesser cette situation sans délai.

En outre, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de transmettre à l'agent de contrôle une copie de la preuve écrite de régularisation de la situation, qui lui aura été fournie par le sous-traitant concerné. De même, il doit aussitôt informer l'agent de contrôle, « en l'absence de réponse écrite du sous-traitant ou du cocontractant dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat ».

Tout manquement des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre publics à leurs obligations d'injonction du cocontractant ou du sous-traitant et d'information de l'agent de contrôle est sanctionné. Ils seront tenus, solidairement avec l'employeur du salarié, du paiement des rémunérations, indemnités et charges dues.

Les articles R 1263-15 à 19 du code du travail mentionnent les obligations et responsabilité financière du maître d'ouvrage ou du donneur d'ordre.

III - Attestation d'assurance décennale avant l'attribution d'un marché public de travaux : L'article L. 243-2 du code des assurances précise que la justification d'une couverture « garantie décennale » prend la forme d'une attestation d'assurance. Cette attestation doit comporter les mentions minimales fixées par l'arrêté du 5 janvier 2016 (JO du 13 janvier 2016, applicable à compter du 1^{er} juillet 2016).

IV - Egalité hommes-femmes : L'article 16 de la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes impacte directement les opérateurs économiques et les acheteurs publics en modifiant le dispositif des interdictions de soumissionner. Ces modifications s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1^{er} décembre 2014.

V - Travailleurs handicapés : En vertu de l'article 29 de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, les candidats doivent justifier qu'ils satisfont à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, conformément à l'article L. 323-1 du code du travail. Ce dernier prescrit que toute entreprise occupant au moins vingt salariés est tenue d'employer, à temps plein ou à temps partiel, des personnes handicapées dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés. A ce titre, les personnes concourant à un marché public ont l'obligation de produire, à l'appui de leur candidature, une « déclaration annuelle relative aux emplois [de travailleurs handicapés] par rapport à l'ensemble des effectifs existants » (article L. 323-8-5 du code du travail) ou justifier du paiement de la contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (article L. 323-8-2 du code du travail).

Comment vérifier la capacité « administrative » des attributaires

Le donneur d'ordre doit vérifier l'exactitude des informations figurant sur l'attestation transmise par le cocontractant en application de l'article D. 243-15 du code de la sécurité sociale⁴⁹.

L'attestation indique un code de sécurité et mentionne :

- dans tous les cas, l'identification de l'entreprise (dénomination sociale et adresse du siège social, ainsi que la liste des établissements concernés avec leur numéro Siret) et le fait que l'employeur ou le travailleur indépendant est à jour de ses obligations sociales à la date d'exigibilité de la dernière période traitée (les 6 derniers mois échus).

⁴⁹Voir CIRCULAIRE INTERMINISTÉRIELLE N°DSS/SD5C/2012/186 du 16 novembre 2012 relative à l'attestation de vigilance (obligations déclaratives et paiement des cotisations sociales)

- › lorsque le cocontractant emploie des salariés, le nombre de salariés et le montant total des rémunérations déclarés sur le dernier bordereau récapitulatif des cotisations sociales transmis à l'Urssaf, le dernier bordereau de versement mensuel des cotisations ou la dernière déclaration trimestrielle des salaires transmis à la MSA.

Ces informations doivent permettre au donneur d'ordre d'apprécier l'adéquation entre le nombre de salariés déclarés et l'ampleur du travail confié. L'attestation donne un degré d'assurance supplémentaire que le prestataire qui candidate à un marché est en mesure de réaliser la prestation envisagée, et qu'il déclare effectivement à l'organisme de recouvrement un nombre de salariés employés et des rémunérations cohérentes avec les besoins de la prestation.

Une vérification de l'authenticité des attestations a été prévue par un code de sécurité : le code de sécurité mentionné sur l'attestation permet d'authentifier la validité du document et de sécuriser le contenu des informations portées. La vérification est exercée par voie dématérialisée. Le donneur d'ordre doit se rendre directement sur la page d'accueil du site internet de l'organisme de recouvrement qui a délivré l'attestation remise par le sous-traitant et renseigne le code de sécurité figurant sur l'attestation. Un message l'informe immédiatement quant à la validité et l'authenticité du document remis. Ce message est le reflet de l'attestation et comporte les mêmes informations.

Dans le cas où le sous-traitant ou le prestataire est verbalisé ou condamné pour travail dissimulé, et défaut de s'être assuré de la cohérence entre les déclarations effectuées par le cocontractant et le volume d'emploi nécessaire à l'exécution des travaux, le donneur d'ordre peut voir sa responsabilité engagée pour avoir recouru sciemment et directement aux services d'une personne qui exerce un travail dissimulé. Une condamnation pénale entraînerait alors sa solidarité financière.

Les obligations particulières lorsque le sous-traitant ou le prestataire n'est pas établi en France : dans un souci d'harmonisation des obligations à la charge des sous-traitants ou prestataires établis en France et de ceux établis à l'étranger, l'article D. 8222-7 du code du travail a été modifié.

Le donneur d'ordre doit recueillir auprès de son sous-traitant ou prestataire établi à l'étranger une attestation de portée identique à celle prévue pour les entreprises établies en France quand elle existe.

Si l'attestation est délivrée par le Centre national des firmes étrangères (le CNFE immatricule les entreprises n'ayant pas d'établissement en France mais y réalisant des prestations donnant lieu à déclaration et paiement de cotisations sociales), elle comporte un code de sécurité. Dans ce cas, le donneur d'ordre doit s'assurer de l'authenticité et de la validité de cette attestation auprès du CNFE.

Pour les entreprises étrangères sans établissement en France relevant du régime agricole, l'attestation peut être délivrée par la MSA, chargée du recouvrement des cotisations et contributions sociales pour ces entreprises. Dans ce cas, le donneur d'ordre doit s'assurer de l'authenticité et de la validité de cette attestation auprès de cet organisme.

Pour faciliter la mise en œuvre de ces dispositions, les services de l'Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale (ACOSS) et du Centre des Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale (CLEISS) mettront à disposition une base de données qui recense les attestations existantes délivrées par les régimes de protection sociale obligatoire dans les pays de l'Espace économique européen (Union Européenne, Norvège, Islande et Liechtenstein) ainsi qu'en Suisse.

Dans le cadre des « marchés publics simplifiés » (MPS), un certain nombre d'organismes, publics ou non, donnent accès aux documents propres aux entreprises en indiquant leur numéro SIRET. Il s'agit de⁵⁰ :

- › ACOSS : attestation de régularité sociale et attestation de vigilance
- › AUDIENS : attestation de régularité sociale
- › DGFIP : attestation de régularité fiscale
- › FNTF : attestation professionnelle FNTF
- › INFOGREFFE : informations juridiques
- › INSEE : informations administratives
- › Ministère de l'Intérieur : informations relatives aux associations
- › Mutualité sociale agricole (MSA) : attestation de régularité sociale
- › OPQIBI : attestation de capacité OPQIBI
- › Pro-BTP : attestation de retraite Pro BTP
- › QUALIBAT : attestation professionnelle QUALIBAT

Quelle différence entre attribution, notification et ordre de service ?

L'attribution consiste à choisir le titulaire du marché public parmi les différents candidats, au regard des avantages que procure son offre. Même si le marché a été attribué, tant qu'il n'a pas été conclu par la contre-signature de l'acte d'engagement par exemple, le marché n'est pas entré en vigueur et aucune de ses dispositions ne sont opposables.

Le terme de notification est souvent employé dans le domaine des marchés publics. Il s'agit en fait de transmettre au candidat retenu, après transmission des pièces administratives (certificats fiscaux et sociaux ainsi qu'attestation quant à l'emploi régulier), l'acte d'engagement contre signé par l'organisme pour valoir contrat ainsi que les autres pièces du marchés. Dès lors que la notification du marché est faite, le marché entre en vigueur et toutes ses clauses sont applicables. On rappellera que les OPH doivent transmettre au service de contrôle de légalité les marchés signés d'un montant supérieur à 209 000 € HT avant leur notification aux attributaires ; cette disposition s'applique à tous les marchés, quelle que soit leur nature ou le mode de passation.

L'ordre de service est un document par lequel l'organisme indique au titulaire du marché ce qu'il doit faire dans le cadre contractuel. En cas de marché de travaux, le premier ordre de service indique souvent que l'entrepreneur doit commencer les travaux. Un ordre de service sans marché notifié est contractuellement inopérant.

⁵⁰Source : <http://www.modernisation.gouv.fr/les-services-publics-se-simplifient-et-innovent/par-des-simplifications-pour-les-entreprises/marche-public-simplifie>

LE PRIX DU MARCHÉ

Quelles conditions de prix ?

En application de l'article 17 du décret « *Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché public sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés publics notamment aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production.* »

En application de l'article 19 du décret, on peut conclure un marché avec des prix provisoires. Le III de cet article dispose que le marché doit préciser :

1. « *Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé ;*
2. *L'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé ;*
3. *Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;*
4. *Les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.* »

EXEMPLE

Les marchés de maîtrise d'œuvre sont conclus avec des prix provisoires jusqu'à la fin des études d'avant-projet, en application du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 pris en application de la loi MOP (voir § « marchés de maîtrise d'œuvre »).

Doit-on prévoir une revalorisation des prix ?

Ce sont les clauses contractuelles qui définissent les conditions de revalorisation des prix. En d'autres termes, il appartient à l'acheteur de définir les modalités d'actualisation et/ou de révision des prix du marché, aucune obligation réglementaire ne s'imposant aux organismes de logements sociaux, quel que soit leur statut.

À NOTER

Dès lors que la consultation a été lancée, il ne sera pas possible d'accepter tant au cours des négociations que par avenant une fois le marché notifié, une modification des conditions de paiement par l'introduction par exemple d'une clause de revalorisation des prix si les documents de la consultation ne l'ont pas prévu initialement ; le juge considérera en effet que cela constitue une modification des clauses substantielles du marché.

LA DURÉE DES MARCHÉS

Quelle durée pour les marchés ?

Le I de l'article 16 du décret de mars 2015 indique que : « ...la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ».

Ainsi, un marché pour des prestations ponctuelles ou faisant appel à des technologies évolutives (pour les systèmes d'information, par exemple) sera d'une durée courte, alors qu'un marché pour une action engagée sur le long terme (prestation d'architecte en chef pour l'aménagement d'une ZAC, par exemple) ou portant sur l'entretien-exploitation d'équipements techniques sera d'une durée longue.

Enfin, le décret précise en outre que certains marchés ont des durées limitées. Il s'agit notamment :

- Des accords-cadres (dont les accords-cadres à bons de commande) limités à 4 ans (art. 78-III du décret) ; on peut noter que, sur motivation expresse, en raison notamment d'investissements importants, il est possible de contracter des accords-cadres pour une durée supérieure à quatre ans ;
- Des marchés qui ont pour objet la livraison complémentaire de fournitures contractés dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence limités à 3 ans (art. 30-I-4°-a du décret) ;
- Des marchés réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire limités à 3 ans (art. 37-II de l'ordonnance).

Enfin, d'autres textes fixent également des durées maximales (voire minimales) pour certaines prestations :

- Pour les commissaires aux comptes, la durée est fixée à 6 ans (loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques -NRE- ; cette disposition est impérative pour toutes les personnes morales, que la nomination soit obligatoire ou volontaire – code du commerce, art. L. 820-1).
- Pour les marchés d'assurance, la durée du contrat doit avoir été précisée dans le contrat. Toutefois, les parties peuvent résilier le contrat après une durée d'un an (cf. article L.113-12 du code des assurances) ou en cas de modification du risque (cf. article L.113-4 du code des assurances).

Peut-on reconduire un marché, sous quelles conditions ?

La reconduction de marché est possible en vertu de l'article 16-II du décret d'application de l'ordonnance de 2015 : « *Un marché public peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché public. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché public est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.* »

Ainsi, si les documents de mise en concurrence doivent indiquer les modalités essentielles de reconduction, il appartient à l'acheteur de préciser dans le cadre du marché les conditions de la ou des reconductions :

- ▶ Sur la durée (il est rappelé que si les reconductions tacites sont permises, il est indispensable de fixer le terme du marché) :
 - ▶ soit le marché fixe la date finale du marché, reconductions comprises ;
 - ▶ soit il indique la durée du marché initial et le nombre de reconductions.
- ▶ Sur les conditions de reconduction :
 - ▶ soit les reconductions sont expresses : l'acheteur doit notifier chaque reconduction, il est alors conseillé de préciser les modalités de transmission des notifications de reconduction (forme, dates ou préavis...) ;
 - ▶ soit les reconductions sont tacites : il est conseillé à l'acheteur de mentionner dans le contrat les conditions de résiliation anticipée du marché (délai de préavis en cas de non-reconduction, condition de versement d'une éventuelle indemnité...).

LA SOUS-TRAITANCE

Les dispositions générales portant sur la sous-traitance sont définies par loi modifiée du 31 décembre 1975. Cette loi a pour objectif principal la protection des sous-traitants. On rappellera que la déclaration de sous-traitance est obligatoire à compter de 600 € TTC (article 6). Dans ce cadre, et compte tenu de la volonté de permettre aux PME l'accès aux marchés publics, les dispositions du décret viennent préciser certaines conditions d'application de cette loi : les organismes Hlm, quel que soit leur statut, sont soumis aux dispositions du titre II de la loi précitée, et doivent à ce titre désormais payer directement les sous-traitants (cf. art. 101-III de l'ordonnance). Les conditions d'agrément et de de paiements des sous-traitants sont précisées aux articles 133 à 136 du décret.

Quelles obligations pour le maître d'ouvrage ?

Les sous-traitants doivent être soumis à l'agrément de l'acheteur et les conditions de paiement acceptées par ce dernier (cf. art. 133 du décret).

Si le sous-traitant est présenté en même temps que l'offre du candidat, ce dernier doit fournir une déclaration mentionnant (cf. art. 134 du décret) :

- a. La nature des prestations sous-traitées ;
- b. Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- c. Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;
- d. Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- e. Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

Le candidat doit également remettre une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner à un marché public. Si un candidat présente un sous-traitant en même temps que son offre, et si l'offre est retenue, alors le sous-traitant est accepté en même temps que l'offre.

À NOTER

Si le sous-traitant présenté lors de la remise de la candidature est exclu des marchés publics, l'acheteur doit exiger son remplacement sous 10 jours, à défaut de quoi la candidature doit être rejetée (art. 50-II de l'ordonnance).

⁵¹Cassation du 2 février 2005 - N° de pourvoi : 03-15409 03-15482

Si le sous-traitant est présenté après la notification du marché, le dossier de demande d'acceptation est constitué comme décrit ci-avant. Le titulaire doit préciser qu'aucune cession ni nantissement résultant du marché public ne fait obstacle au paiement direct du sous-traitant. L'acheteur a 21 jours pour agréer le sous-traitant et accepter les conditions de paiement ; dans le silence du maître d'ouvrage pendant ce délai, le sous-traitant est agréé automatiquement.

Avant d'accepter une sous-traitance, l'acheteur doit s'assurer que (cf. art 134 du décret) :

- le sous-traitant n'est pas exclu des marchés publics,
- le sous-traitant possède la capacité requise pour exécuter la partie du marché qui lui sera dévolue,
- le prix proposé pour le sous-traitant n'est pas anormalement bas,
- le montant des cessions ou nantissement du marché accordé au titulaire ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant.

S'agissant des marchés de travaux ou de service, ainsi que des marchés de fourniture intégrant la pose, il est possible pour l'acheteur d'exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire (cf. art. 62 de l'ordonnance).

Il convient de ne pas oublier par ailleurs :

- de mettre en place une coordination SPS dès lors que plusieurs entreprises interviennent sur un chantier,
- lorsqu'on « rencontre » sur chantier des opérateurs non connus, de s'assurer auprès du titulaire qu'il s'agit bien de sous-traitants.

Qu'en est-il pour la sous-traitance « en chaîne » ?

On parle de sous-traitance « en chaîne » quand un sous-traitant du titulaire souhaite lui-même sous-traiter une partie de ses prestations. Le sous-traitant du titulaire est appelé sous-traitant de premier rang, les sous-traitants du sous-traitant sont alors appelé de rang « n » (de second rang pour le sous-traitant de celui de premier rang et ainsi de suite).

Les obligations de l'acheteur pour les sous-traitants de rang « n » consistent uniquement à agréer lesdits sous-traitants. Cela consiste alors, comme pour les sous-traitants de premier rang, à vérifier leur capacité juridique, financière et professionnelle. En revanche, le paiement direct ne s'impose pas et on se trouve alors dans le cas où il est nécessaire de mettre en place :

- Soit une délégation de paiement, avec l'accord de toutes les parties, afin de pouvoir payer directement le sous-traitant de rang « n-2 »,
- Soit de demander au sous-traitant de rang « n-1 » une caution bancaire d'un montant égal au contrat sous-traité (avec le sous-traitant de rang « n-2 »), afin d'offrir une protection financière à l'acheteur en cas d'action directe.

Peut-on refuser un sous-traitant ? Dans quels cas ?

Deux situations peuvent nécessiter le refus d'un sous-traitant :

- ▶ Dans le cas où le sous-traitant n'a pas la capacité pour réaliser les prestations qui lui sont a priori octroyées, notamment quand il est dans un cas d'exclusion des marchés publics,
- ▶ Dans le cas où le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas.

Un acheteur public ne peut pas accepter un sous-traitant, qui se trouverait dans un cas d'exclusion d'un marché public défini à l'article 45 de l'ordonnance (exclusions obligatoires) ou ceux précisés par l'acheteur en vertu de l'article 48 de la même ordonnance (exclusions facultatives).

Si un sous-traitant est présenté lors d'une consultation alors qu'il se trouve dans un cas d'exclusion, il appartient à l'acheteur d'exiger son remplacement, sous délai de 10 jours, à défaut de quoi, le candidat qui a présenté le sous-traitant doit voire sa candidature écartée (cf. art. 50-II de l'ordonnance).

Si un sous-traitant se trouvant dans un cas d'exclusion est présenté en cours d'exécution du marché, l'acheteur doit s'interdire de l'agréer, et demander au titulaire du contrat de proposer un autre opérateur économique.

S'agissant du montant des prestations sous-traitées, ce sont les dispositions de l'article 62-II de l'ordonnance qui viennent à s'appliquer : « *Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que l'opérateur économique lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.* »

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la demande de sous-traitance est présentée après le dépôt de l'offre, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Concernant les OHLM privés, le juge judiciaire s'est prononcé sur le refus d'agréer un sous-traitant en précisant qu'ils n'ont pas à motiver dès lors que c'est un droit discrétionnaire de l'acheteur, sauf à ce que le titulaire du marché démontre un abus de droit. Aussi, dans ce cas, sauf à identifier un motif facile à démontrer, il est conseillé aux organismes de statut privé de ne pas motiver par écrit le rejet d'un sous-traitant.

Quelles obligations pour l'entrepreneur principal ?

Au titre de la loi modifiée n° 75-1334 du 31 décembre 1975, l'entrepreneur principal doit déclarer ses sous-traitants et faire agréer ses conditions de paiement dès 600 € TTC. La principale modification apportée par le décret tient au fait que dorénavant le paiement direct au sous-traitant devient la règle pour tous les marchés publics quel que soit le statut de l'acheteur (auparavant, il était possible pour le titulaire, dans le cas des marchés passés par les organismes privés d'Hlm, de régler lui-même son (ou ses) sous-traitant(s) sous réserve de mettre en place une caution bancaire qui couvrirait la totalité des sommes dues à son (ou ses) sous-traitant(s) en application des articles. 14 et 14-1 de la loi).

Il n'y a pas de relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Seul le titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle : il est responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par ses sous-traitants. Toutefois, l'article 48-II du décret permet de demander à ce que le titulaire et ses sous-traitants soient solidaires dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne réalisation du marché (NB : en cas de besoin, l'acheteur devra être en mesure de démontrer cette nécessité). Dans ce cas, l'acheteur doit justifier cette exigence dans les documents de la consultation (RC ou CCAP).

L'entrepreneur principal ne peut nantir le contrat qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des prestations qu'il effectue personnellement. Il peut appliquer une retenue de garantie aux contrats de sous-traitance, mais il reste responsable de l'exécution du contrat et des garanties qui y sont attachées vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Toutefois, le maître d'ouvrage ne peut appliquer la retenue de garantie que vis-à-vis de l'entrepreneur principal, dans la limite de 5% du montant total du contrat, sous-traitance incluse.

En cas de demande du pouvoir adjudicateur, l'entrepreneur principal doit lui remettre copie du contrat de sous-traitance (cf. article 3 de la loi de 75 précitée).

Enfin, dès lors que les créances du titulaire auront été nanties ou cédées, il appartiendra à l'acheteur de vérifier que le montant cédé ou nanti ne vienne pas grever les droits du ou des sous-traitants. En pareil cas, il faudra demander au titulaire de réduire le montant des sommes cédées ou nanties.



Mieux encadrer les conditions d'agrément des sous-traitants

Afin de permettre au maître d'ouvrage de s'assurer que les prestations sous-traitées correspondent aux prescriptions du marché et que le prix de celles-ci est justifié, il est conseillé de n'agréer le sous-traitant que sous la condition de production du contrat sous-traité dans un délai à fixer.

Quelles prestations ne sont pas de la sous-traitance ?

La loi sur la sous-traitance est, comme indiqué précédemment protectrice pour le sous-traitant. Aussi, il n'est pas rare de voir certains opérateurs économiques s'en prévaloir, alors même qu'ils ne sont pas sous-traitants. On rappellera à cet égard l'article 1^{er} de la loi de décembre 75 qui définit la sous-traitance ainsi : « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ». Aussi, à partir de cette définition, il apparaît que le sous-traitant doit exécuter une partie du contrat.

Dans ce cadre, les fournitures pour un chantier par exemple, ne sont pas des prestations sous-traitées et la location de matériels n'en est pas plus⁵⁸.



Sous-traitants et fournisseurs

Il ne faut pas confondre sous-traitant et fournisseur⁵⁹ : le sous-traitant est celui qui intervient directement sur le chantier ou délivre une fourniture conçue et fabriquée spécifiquement pour les besoins de l'opération. Le sous-traitant doit alors être en possession d'un « contrat d'entreprise ». Ainsi, le fabricant d'un escalier usiné spécialement pour répondre aux dimensions particulières d'un chantier sera un sous-traitant, alors que celui qui fournit un escalier aux dimensions standard restera un fournisseur, et il ne pourra se prévaloir des dispositions de la loi de 75 sur la sous-traitance. De même, un fournisseur de béton ou de chaudières individuelles ne sera pas un sous-traitant.

Dès lors, si on souhaite offrir au titulaire du marché des facilités de trésorerie lui permettant de régler ses fournisseurs, il convient de prévoir dans le marché des clauses relatives au paiement des approvisionnements :

- Bordereau des prix des matériaux rendus sur chantier,
- Indications quant aux lieux de stockage et de garde des matériaux et autres matériels,
- Conditions de réception et d'assurances des matériaux et matériels payés sur approvisionnement,
- Conditions de paiement et de remboursement des avances faites au titre des approvisionnements.

⁵²La pose d'échafaudage n'est pas une sous-traitance : Cour de cassation / chambre civile 3 / Audience publique du 28 mai 2002 / N° de pourvoi : 00-12680

⁵³Les critères jurisprudentiels permettant de distinguer le contrat de vente du contrat de sous-traitance sont les suivants : un fournisseur qui procure à l'entreprise principale de simples fournitures comme des matériaux standardisés ou une simple charpente, sans être néanmoins chargé de la pose, ne peut être considéré comme sous-traitant (cf. CAA Nantes, 2^{ème} chambre, 30 décembre 1999, Sté Biwater). En revanche, le prestataire qui participe à l'exécution du marché principal en appliquant à ses fournitures des spécificités techniques particulières, imposées par l'entrepreneur principal, a la qualité de sous-traitant (CC° 3^{ème} Civ., 5 février 1985, Pernot c/ SCI les nouveaux marchés d'Osny).

INFORMATION, TRAÇABILITÉ, ARCHIVAGE

Les principes

Pour démontrer que l'acheteur a bien mis en œuvre les principes de la commande publique, et notamment pour respecter le principe de transparence des procédures d'achat, différentes dispositions imposent que certaines informations soient diffusées, et que les moyens de preuves soient disponibles pendant un certain temps. Ces mesures sont destinées prioritairement aux candidats aux marchés afin de les informer des suites données au dépôt de leur candidature ou de leur offre et de leur donner les moyens de contester les choix faits par l'acheteur. Elles sont également destinées à l'ensemble du public, donc y compris les opérateurs économiques qui n'ont pas répondu à une consultation, afin de mettre à leur disposition les conditions dans lesquelles les achats ont été conduits. Enfin, il est demandé à l'acheteur public de conserver tous moyens de preuve afin de démontrer, au juge le cas échéant, qu'il a bien respecté les principes et dispositions formulées par les textes.

Quelles obligations d'information des candidats après l'attribution du marché ?

Plusieurs mesures sont destinées à informer les candidats, voire plus généralement le public dans son ensemble, des suites données à une consultation :

- ▶ L'information directe des candidats,
- ▶ La publication d'un avis d'attribution (obligatoire en cas de procédure formalisée),
- ▶ Les données essentielles du marché et de ses éventuelles modifications pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT (Cf. article 11 du décret du 10 avril 2017).

Que faire quand un candidat évincé demande des explications, quelles données transmettre ?

En termes d'informations à communiquer aux candidats, les modalités à mettre en œuvre par l'acheteur sont différentes selon qu'il s'agit de procédure adaptée ou formalisée (cf. article 99 du décret).

Pour les procédures adaptées, il appartient à l'acheteur d'informer les candidats dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue dès qu'il a fait son choix. Il sera par ailleurs tenu de communiquer les motifs du rejet dans un délai de quinze jours après réception d'une demande écrite dans ce sens par ledit candidat ; il précisera les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire si l'offre évincée n'est ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable.

Pour les procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur doit préciser les motifs de rejet de la candidature ou de l'offre dès sa décision, et, lorsque l'information est donnée après l'attribution du marché, le nom de l'attributaire, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue, ainsi que la date prévue de signature du marché.

En cas d'abandon ou de la relance de la procédure d'achat, l'acheteur doit tenir informés les candidats de sa décision en précisant les motifs qui l'ont conduit à en décider ainsi (cf. art. 98 du décret).

S'agissant des informations que l'acheteur peut ou doit communiquer aux candidats, il est précisé que :

- ▶ Si le candidat demande la transmission du rapport d'analyse des offres, celui-ci pourra lui être remis, sous réserve toutefois que ce rapport soit purgé de toute information confidentielle au regard des offres concurrentes (les informations confidentielles sont celles qui portent sur le secret tel que défini par la loi, celles qui violeraient le secret industriel ou commercial, celles qui portent sur des données personnelles ; à ce titre, le mémoire technique ou la présentation des moyens humains et matériels de l'entreprise retenue ne sont pas communicables) ;



Les informations transmissibles aux candidats évincés

La commission d'accès aux documents administratifs (CADA) publie sur son site les documents qui peuvent être transmis aux candidats (voir : <http://www.cada.fr/marches-publics.6085.html>).

Une fiche par ailleurs a été co-rédigée par la CADA et la direction des affaires juridiques du ministère des finances (DAJ) afin de détailler les informations transmissibles (voir : <http://www.economie.gouv.fr/daj/etude-cada-daj>)

Quelles informations diffuser après l'attribution du marché ?

C'est l'article 107 du décret qui définit ce qui doit être porté à la connaissance des candidats, et plus généralement du public, et qui précise les conditions de diffusion de cette information, au-delà de la publication éventuelle de l'avis d'attribution : « Au plus tard le 1^{er} octobre 2018, l'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles de ce marché public, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

Ces données comprennent notamment les informations suivantes :

- 1. Au plus tard deux mois à compter de la date de notification définie à l'article 103, le numéro d'identification unique attribué des marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT et les données relatives à son attribution :*
 - a. L'identification de l'acheteur ;*
 - b. La nature et l'objet du marché public ;*
 - c. La procédure de passation utilisée ;*
 - d. Le lieu principal d'exécution des services ou des travaux faisant l'objet du marché public ;*
 - e. La durée du marché public ;*
 - f. Le montant et les principales conditions financières du marché public ;*
 - g. L'identification du titulaire ;*
 - h. La date de notification du marché public par l'acheteur.*
 - 2. Les données relatives à chaque modification apportée au marché public :*
 - a. L'objet de la modification ;*
 - b. Les incidences de la modification sur la durée ou le montant du marché public ;*
 - c. La date de notification par l'acheteur de la modification du marché public.*
- Les données essentielles du marché public sont publiées selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. »*

Quand faire paraître un avis d'attribution ?

La publication d'un avis d'attribution est obligatoire pour tout marché d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens (cf. art. 104 du décret). Cet avis d'attribution est publié au JOUE, sous délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché, selon le formulaire standard disponible sur le site « simap ». En revanche, aucune publication n'est imposée pour les marchés passés selon une procédure adaptée.

À NOTER

Les marchés subséquents conclus en application d'un accord-cadre ne sont pas soumis à l'obligation de publication d'un tel avis. En revanche, les marchés spécifiques passés sur le fondement d'un système d'acquisition dynamique ainsi que les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques doivent faire l'objet d'une publication d'un avis d'attribution dès lors que leur montant est supérieur au seuil européen ; toutefois, l'acheteur peut choisir de regrouper l'information quant à l'attribution de ces marchés par une publication trimestrielle, au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre (cf. art 104-III du décret).



Publication volontaire ex ante d'un avis d'attribution au JOUE en procédure adaptée

L'acheteur peut décider de publier un avis d'attribution pour un marché passé au moyen d'une procédure adaptée, alors que les textes ne l'imposent pas.

Cette disposition lui permet de raccourcir les délais de recours. En effet, en l'absence d'une telle publication, les candidats ont la possibilité de déposer un recours pendant une durée de 6 mois après le lendemain de la conclusion du contrat ; ce délai est ramené à 31 jours en cas de publication d'un avis au JOUE⁵⁴.

Comment assurer la traçabilité des procédures ?

Quelle que soit la procédure à laquelle il a été recouru pour la passation du marché, l'acheteur doit pouvoir démontrer qu'il a respecté les principes de la commande publique. A cet effet, il est conseillé de conserver au maximum les différents ayant eu lieu lors de la procédure de passation, qu'il s'agisse des échanges par courriers postaux ou par voie électronique, qu'il s'agisse de correspondances avec les candidats ou de pièces établies en interne (rapport d'analyse, rapport des commissions, etc.).

S'agissant notamment des négociations, il est également conseillé de conserver toutes les traces. Ainsi, il sera établi autant que faire se peut des comptes-rendus (ou des « mémos »), quand bien même ces derniers ne sont pas transmis aux opérateurs économiques.

Par ailleurs, s'agissant des marchés conclus au moyen d'une procédure formalisée, il y a lieu d'établir un rapport de présentation comportant au moins (voir art. 105 du décret) :

1. « Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché public ou du système d'acquisition dynamique ;
2. Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
3. Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix ;
4. Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené l'acheteur à la juger anormalement basse ;
5. Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché public que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le nom des sous-traitants.

II. Le cas échéant, le rapport de présentation comporte également les éléments suivants :

1. Les motifs de la passation d'un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ou du recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif ;
2. Les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a pas alloué le marché public, s'il ne les a pas indiqués dans les documents de la consultation ;

3. *Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé au III de l'article 44 a été exigé, si celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ;*
4. *Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres ;*
5. *La description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public en application des articles 4 et 5 ;*
6. *Les conflits d'intérêts décelés et les mesures prises en conséquence ;*
7. *Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché public ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique.*

Il est par ailleurs précisé que :

- ▶ l'établissement du rapport de présentation n'est pas exigé pour les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre lorsque ceux-ci sont conclus sans remise en concurrence, soit, en d'autres termes, les accords-cadres mono-attributaire,
- ▶ ce rapport doit être communiqué le cas échéant :
 - ▶ pour les OPH, aux autorités chargées du contrôle de légalité des marchés publics en même temps que les documents contractuels,
 - ▶ pour tous les organismes, à la Commission européenne sur sa demande.

Quelle durée de conservation des documents ?

En application de l'article 108 du décret, pour tous les marchés, quel que soit leur montant, l'acheteur doit conserver, à compter de la date de fin d'exécution du marché :

- ▶ pour les marchés de services ou de fournitures, pendant au moins cinq ans l'ensemble des pièces constitutives du marché,
- ▶ pour les marchés de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique, pendant au moins dix ans après la fin des obligations contractuelles (soit 10 ans après la fin de la période de parfait achèvement) l'ensemble des pièces constitutives du marché,
- ▶ quelle que soit la nature du marché, pendant au moins cinq ans, les candidatures et les offres, ainsi que l'ensemble des données et informations échangées pendant la passation du marché (publicité, dossier de consultation, ainsi que tous les échanges, relevés de décision, etc. relatifs aux négociations).

Les autres actions d'information

Deux autres sortes d'information sont également prévues par les textes :

- ▶ L'information du Conseil d'Administration ou de Surveillance de l'organisme (voir § « quelles informations au Conseil d'administration ? »),
- ▶ La transmission des données sur les marchés aux fins de statistiques (voir § « traitement statistique »).

LE CONTENTIEUX

Quelles possibilités de recours pour les candidats évincés ?

L'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 et son décret d'application n°2009-1456 du 27 novembre 2009 organisent les conditions de recours des candidats évincés. Il existe deux formes de recours :

- ▶ le recours précontractuel qui doit être déposé par les requérants avant la conclusion du contrat,
- ▶ le recours contractuel qui pourra être déposé après la conclusion du contrat.

Ces deux recours ne peuvent être cumulés : un requérant ayant déposé un recours précontractuel ne pourra plus déposer un recours après la conclusion du contrat dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas signé le contrat attaqué à compter de la saisine du juge et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

Au titre du recours précontractuel et à la demande du requérant, le juge peut prendre les mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Dans tous les cas, la signature du marché est suspendue à compter de la saisine du juge (cf. ordonnance n°2009-515).

Le requérant peut également demander l'annulation des décisions qui se rapportent à la passation du contrat et la suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence.

En cas de recours précontractuel, le jugement est pris en la forme de référé par le tribunal compétent (voir infra).

S'agissant des référés contractuels, à la demande du requérant, le juge peut suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages. Le juge peut également :

- ▶ Annuler le contrat lorsque :
 - ▶ aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne ;
 - ▶ le contrat a été conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;

- ▶ le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou avant la notification du jugement après recours précontractuel si de façon cumulative, la méconnaissance des obligations précitées a privé le demandeur du droit d'exercer le recours et les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ;
 - ▶ le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou avant le prononcé du jugement pris en référé à la suite d'un recours précontractuel ;
- Sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur (pénalité à payer au Trésor limitée à 20 % du montant hors taxes du contrat, mais des indemnités peuvent être également être octroyées au requérant), si le prononcé de la résiliation du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.



Les délais de recours

En procédure formalisée :

- Référé précontractuel : avant la signature du marché, pendant le délai de suspension, lequel est au minimum de 11 (envoi dématérialisé) ou 16 jours (envoi postal) ;
- Référé contractuel : 31 jours après la publication de l'avis d'attribution au JOUE.

En procédure adaptée⁶¹ :

- Référé précontractuel : avant la conclusion du contrat ;
- Référé contractuel :

Les délais de saisine du juge :

- Il est de 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat en l'absence de publication d'avis d'attribution dudit marché ;
- le délai de 6 mois est ramené à 31 jours en cas de publication d'un avis d'attribution dudit marché au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Les cas de fermeture du recours :

- Il est fermé totalement à condition de publier un avis de transparence dit « avis ex ante volontaire », nommé en français « avis relatif d'intention de conclure un marché », dans le JOUE et de respecter un délai de 11 (en cas de transmission électronique) ou 16 jours avant de signer le marché (en cas de transmission postale) (Cf. article 13 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique) ;
- Il est fermé totalement au demandeur ayant précédemment introduit un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours (Cf. article 12 de l'ordonnance précitée).

Qui peut déposer un recours ?

Les personnes ayant intérêt à conclure un marché et susceptibles d'être lésées par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat. En d'autres termes, les possibilités de recours sont ouvertes pour tout type d'achat (même pour les procédures adaptées) d'une part, et les candidats ne sont pas les seuls à pouvoir déposer un recours d'autre part.

Quels tribunaux sont compétents pour juger des recours ?

Pour les sociétés privées d'Hlm, les tribunaux compétents en matière de marchés sont les Tribunaux de Grande Instance (TGI). Attention toutefois, tous les TGI ne sont pas compétents, et seuls ceux cités par le décret n° 2009-1455 du 27 novembre 2009 sont appelés à intervenir pour la gestion des contentieux relatifs à la passation des contrats. Il s'agit :

SIÈGE	RESSORT
Bordeaux	Ressort des cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Limoges, Pau et Toulouse.
Lille	Ressort des cours d'appel d'Amiens, Douai, Reims et Rouen.
Lyon	Ressort des cours d'appel de Chambéry, Grenoble, Lyon et Riom.
Marseille	Ressort des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Bastia, Montpellier et Nîmes.
Nanterre	Ressort de la cour d'appel de Versailles.
Nancy	Ressort des cours d'appel de Besançon, Colmar, Dijon, Metz et Nancy.
Paris	Ressort des cours d'appel de Bourges, Paris et Orléans.
Rennes	Ressort des cours d'appel d'Angers, Caen, Poitiers et Rennes.
Fort-de-France	Ressort des cours d'appel de Basse-Terre et Fort-de-France.
Saint-Denis	Ressort de la cour d'appel de Saint-Denis.
Saint-Pierre-et-Miquelon	Ressort du tribunal supérieur d'appel de Saint-Pierre.
Mamoudzou	Ressort du tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou.

Pour les OPH, leurs marchés étant des contrats administratifs (cf. art. 3 de l'ordonnance), les contentieux seront examinés par le tribunal administratif. Toutefois, les litiges nés de l'exécution des marchés publics relatifs à la propriété intellectuelle relèvent du juge judiciaire⁵⁴ (cf. Tribunal des conflits, 7 juillet 2014, arrêts N°3954 et 3955, M. A. c. Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle, et arrêt du 6 mars 2015, par lequel le Conseil d'Etat confirme que le juge judiciaire est compétent pour connaître du contentieux de la responsabilité des personnes publiques, fondée sur la méconnaissance par ces dernières de droits en matière de propriété littéraire et artistique, quand bien même le contrat serait un marché public).

⁵⁴Article L.331-1, alinéa 1, du Code de la propriété intellectuelle : « Les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire. »

LES RELATIONS ENTRE ACHETEURS

Les possibilités de collaboration entre les organismes Hlm ont sensiblement évolué à l'occasion de la refonte des textes portant sur la commande publique. On notera entre autres une plus grande liberté de « traiter hors cadre de la commande publique » pour les organismes disposant de filiale(s) ou adhérant notamment à un GIE. En dehors de ces schémas, il existe toujours la possibilité de passer des commandes en commun au travers de groupement de commandes ; enfin, les modalités permettant d'acheter des prestations à des centrales d'achat ont été ouvertes et précisées, celles-ci pouvant même offrir des prestations d'assistance à l'achat sans être mises en concurrence.

Les groupements d'achats ou de commandes

Plusieurs organismes peuvent-ils se réunir pour passer une commande ?

L'article 28 de l'ordonnance de juillet 2015 laisse une assez grande liberté, tant dans la constitution du groupement que dans son mode de fonctionnement. En effet, un groupement de commandes peut être constitué de pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance ou non (mais dès qu'un des membres du groupement est soumis à l'ordonnance, c'est l'ensemble du groupement qui y sera soumis), et les modes de fonctionnement sont définis par une convention signée par chacun des membres du groupement. Ainsi, dès lors qu'un groupement constitué, par exemple, d'organismes Hlm et de promoteurs, c'est l'ordonnance de juillet 2015 qui viendra à s'appliquer.

De façon pratique, pour que le groupement fonctionne, il faut notamment qu'au travers de la convention les acheteurs désignent l'un d'entre eux pour être coordinateur des procédures de passation ; la convention pourra ensuite préciser si ce coordinateur a pour fonction uniquement de passer les marchés, ou de les signer ou encore d'en suivre l'exécution, et préciser également les attributions de chacun des membres du groupement. Il est également nécessaire de préciser comment sera constituée la Commission d'Appel d'Offres du groupement (ce pourra être celle du coordinateur ou d'une commission composée de représentant de tout ou partie de chacun des membres du groupement), les pouvoirs de ses membres (voix délibératives ou consultatives) et également son fonctionnement. A cet égard :

- ▶ Au titre de l'article R.433-1 du CCH, les organismes de statut privé peuvent se grouper pour procéder à des achats « selon des modalités qu'ils déterminent librement ».
 - Dans le cas où le groupement de commandes est composé en majorité de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux (dont les OPH), la commission d'appel d'offres devra être composée selon les dispositions de l'article R. 433-3.-Lorsqu'un groupement de commandes est composé en majorité d'offices publics de l'habitat, il est institué une commission d'appel d'offres composée d'un représentant pour chacun des membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres.
« La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement. Pour chaque membre titulaire est prévu un suppléant ».

II. Le cinquième alinéa de l'article R. 421-18 du même code est supprimé.

Dans quels cas peut-on mettre en place un groupement de commandes ?

Il peut être intéressant de constituer un groupement de commandes soit quand une opération fait intervenir plusieurs maîtres d'ouvrage (opération à vocations multiples par exemple), soit quand il peut sembler opportun de se grouper afin d'obtenir des prix plus compétitifs en raison du volume d'achat.

On peut également penser à cette formule en vue de passer un accord-cadre (voir le § plus loin) permettant à chaque participant du groupement de passer individuellement ses propres marchés dans le cadre de cet accord cadre.

Dans tous les cas, les dispositions de l'ordonnance et du décret s'appliquent au groupement de commande dès lors qu'au moins un membre du groupement est un pouvoir adjudicateur. A ce titre, les dispositions relatives à l'allotissement doivent être mises en œuvre⁵⁵.

Le mandat de maîtrise d'ouvrage – La co-maîtrise d'ouvrage – L'AMO

Dans les domaines d'intervention des organismes Hlm, celui de la maîtrise d'ouvrage est récurrent. Dans ce cadre, il arrive fréquemment que plusieurs organismes aient à intervenir en commun sur un tènement important en vue de construire un bâtiment qui est destiné à plusieurs fonctions et propriété de plusieurs entités. Notamment quand il s'agit de construire un bâtiment unique, se pose alors la question de l'organisation de la maîtrise d'ouvrage. Pour éviter l'intervention simultanée de différents maîtres d'ouvrage sur un même bâtiment, plusieurs solutions sont alors possibles :

1. Un seul maître d'ouvrage construit le bâtiment puis cède les parties qui ne lui reviennent pas aux autres intervenants, avec différents schémas possibles : VEFA et copropriété, vente en volumes, création d'une AFU notamment ;
2. Les différents maîtres d'ouvrages se réunissent au sein d'un groupement de commandes, et peuvent confier au coordinateur le soin de conclure les marchés, voire d'en assurer l'exécution ;
3. Un des maîtres d'ouvrage se fait confier par les autres intervenants un mandat de maîtrise d'ouvrage : on notera que dans ce cas, s'il s'agit de maîtres d'ouvrage soumis à l'ordonnance de juillet 2015, la passation du contrat de mandat doit être faite en application de cette ordonnance, donc avec mise en concurrence ;
4. Un des maîtres d'ouvrage se fait confier par les autres intervenants une prestation d'assistance à maîtrise d'ouvrage : on notera que l'ordonnance de juillet 2015 s'appliquera dans les mêmes conditions que pour le mandat ;
5. Enfin, il est possible d'organiser une « co-maîtrise d'ouvrage » au titre de l'article 2-II de la loi MOP.

⁵⁵CE du 18 septembre 2015 n° 389740

Les avantages et inconvénients de ces différentes formules sont les suivantes :

Type d'organisation	Avantages	Inconvénients
Deux maîtres d'ouvrage	Chacun est maître chez lui	▶ Deux maîtres d'ouvrage différents avec deux ensembles de marchés (conception, réalisation, contrôle technique, CSPS...) ▶ Difficultés à harmoniser les prestations, les délais, etc.
Un organisme assure la maîtrise d'ouvrage de l'ensemble, puis cède les parties de l'ouvrage aux autres organismes	Un organisme gère l'ensemble des marchés, pendant toutes les phases	Montage des dossiers de cession qui peut être assez complexe selon la formule choisie (vente en volume, mise en place d'une association foncière...)
Un des maîtres d'ouvrage assure une prestation d'AMO pour le compte de l'autre	Chacun est maître chez lui, mais les marchés et les prestations sont coordonnées	▶ Prestation soumise à l'obligation de mise en concurrence ▶ Deux maîtres d'ouvrage différents avec deux ensembles de marchés (conception, réalisation, contrôle technique, CSPS...)
Mandat de maîtrise d'ouvrage	▶ Un maître d'ouvrage unique pour diriger les différents contrats qui seront passés au nom du mandant ▶ Possibilité de n'avoir qu'un contrat par nature de prestations pour les deux MO	▶ Prestation soumise à l'obligation de mise en concurrence ▶ Le mandataire doit avancer les fonds ▶ Les règles d'exécution des marchés seront celles de l'ordonnance de juillet 2015 (avec celles notamment sur l'interdiction des clauses de paiement différé si un des maîtres d'ouvrage est une collectivité locale, ou un OPH pour la partie qui les concerne) au motif que le mandataire doit appliquer les règles du mandat
Groupement de commandes	▶ Possibilité de n'avoir qu'un contrat par nature de prestations pour les deux maîtres d'ouvrage ▶ Un maître d'ouvrage unique pour diriger les contrats, si la convention permet au coordinateur de le faire ▶ Chaque maître d'ouvrage paie les prestations de son ressort, et les dépenses communes sont gérées par la convention de groupement	Les règles d'exécution des marchés seront celles de l'ordonnance de juillet 2015 (avec celles notamment sur l'interdiction des clauses de paiement différé t si une collectivité locale fait partie du groupement de commandes, ou un OPH pour la partie qui les concerne)
Co-maîtrise d'ouvrage	▶ Possibilité de n'avoir qu'un contrat par nature de prestations pour les deux maîtres d'ouvrage ▶ Un maître d'ouvrage unique pour diriger les contrats si la convention permet au coordinateur de le faire ▶ Chaque maître d'ouvrage paie les prestations de son ressort, et les dépenses communes sont gérées par la convention de co-maîtrise d'ouvrage ▶ La CAO est celle du maître d'ouvrage « pilote » (mais peut comprendre des membres de l'autre maître d'ouvrage) et le marché peut être régi par les seuls textes qui lui sont imposés	La responsabilité de l'opération est assumée par le seul maître d'ouvrage « pilote » qui conduit l'opération

La co-maîtrise d'ouvrage

A titre de focus sur la solution de la co-maîtrise d'ouvrage, il faut se rappeler que l'ordonnance du 17 juin 2004, en modifiant l'article 2 de la loi MOP sans en bouleverser les principes, a néanmoins ouvert la possibilité de transférer la maîtrise d'ouvrage à un autre maître d'ouvrage à condition que ce dernier ait « compétence » sur une partie de l'ouvrage ou de l'ensemble des ouvrages concernés : *« Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme »*

Cette disposition ne peut être utilisée qu'entre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices soumis à la loi MOP. Sont notamment concernées toutes les personnes publiques soumises au droit de la commande publique

Chaque maître d'ouvrage concerné doit avoir une « compétence » sur une partie de l'ouvrage ou sur l'ensemble d'ouvrages concernés. Cette disposition pourra être mise en œuvre lorsque la compétence est multiple sur le même équipement ou ouvrage, lorsque l'équipement abrite plusieurs fonctions séparées ou lorsqu'il s'agit d'ouvrages distincts qui concourent à la réalisation d'une opération d'ensemble. C'est par exemple l'hypothèse d'un bâtiment abritant des logements sociaux et une crèche municipale.

Il s'agit là pour une opération donnée, d'un transfert temporaire de maîtrise d'ouvrage d'une durée déterminée dans des conditions fixées par une convention. Le bénéficiaire du transfert exerce la fonction de maîtrise d'ouvrage pour l'ensemble de l'opération concernée. En sa qualité de maître d'ouvrage, il assume à compter du transfert toutes les attributions et responsabilités attachées à cette fonction. Pour ce faire, il met en œuvre les règles qui lui sont applicables en propres, en particulier pour la passation des marchés. En effet, contrairement au mandat de maîtrise d'ouvrage dans lequel le mandataire doit appliquer les règles du mandant, l'entité à qui est transférée la maîtrise d'ouvrage applique ses propres règles (seuils de procédure, commission d'appel d'offre, assemblée délibérante, jury de concours, contrôle, etc.) pour choisir les prestataires.

Le maître d'ouvrage désigné ne peut percevoir une rémunération pour l'exercice de cette fonction. Cependant, il pourra demander le remboursement des frais et des dépenses correspondant à l'exercice de cette fonction, engagés auprès de prestataires extérieurs, au prorata de l'investissement de chacun.

Une convention négociée entre les parties fixe très précisément la mise en œuvre de ce transfert temporaire. Il n'y a pas de convention type. Elle doit énumérer les maîtres d'ouvrage concernés, leur qualité, leurs responsabilités dans l'opération, les conditions de financement de l'ouvrage et notamment les échéanciers de remboursement, le partage des frais et des dépenses, la propriété des ouvrages etc. Elle est rédigée en fonction des attentes de chacun.

EXEMPLE

Si A est l'entité qui transfère sa maîtrise d'ouvrage à une entité B, la convention doit prévoir, outre les questions relatives à la propriété des biens et des éventuelles conditions de leur transfert :

- que l'entité A demeure responsable de la mobilisation des financements correspondant à sa partie d'ouvrage ;
- que pour le choix de la maîtrise d'œuvre appartenant à l'entité B, l'entité A sera membre du jury ;
- les conditions dans lesquelles l'entité A doit être consultée par B aux étapes clés de l'élaboration du projet ;
- les conditions de livraison des ouvrages et d'achèvement de ce transfert (par exemple, après l'année de parfait achèvement et l'apurement des comptes et des réclamations d'entreprise).

Cette convention peut être modifiée par avenant en tant que de besoin.

Les organismes sont-ils soumis aux règles de la commande publique dans le cadre de leurs coopérations ?

L'article 17 de l'ordonnance exclut de son champ d'application, sous conditions, les marchés qualifiés de **quasi-régie**, et l'article 18, également sous conditions, les **coopérations entre pouvoirs adjudicateurs**.

Concernant ces possibilités de coopération hors marché, un espace collaboratif « coopération public-public » a été mis en ligne par l'Union sociale pour l'habitat à l'adresse suivante : <http://cooperationpublicpublic.hlm.union-habitat.org/ush/>

PARTIE 2

La procédure adaptée

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Champ d'application de la procédure adaptée

La mise en place de procédures adaptées est possible en raison du montant des achats (inférieur aux seuils communautaires, et pour les « petits lots ») ou en raison de leur nature.

La procédure est dite « adaptée » par opposition aux procédures dites « formalisées ». C'est cette procédure qu'il y a lieu de mettre en œuvre dès lors que :

- ▶ Soit le montant estimé des achats est inférieur au seuil européen, soit de 209 000 € HT pour les marchés de services et les marchés de fournitures et de 5 225 000 € HT pour les marchés de travaux ;
- ▶ Soit la prestation relève des services sociaux ou spécifiques, même pour des montants supérieurs au seuil européen ; en raison de la spécificité de ces marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire (voir article 28 du décret). Il s'agit, par exemple, des prestations de services juridiques, de services sociaux, sanitaires, culturels, sportifs ou récréatifs (la liste des marchés spécifiques est mentionnée en annexe) ;
- ▶ Soit il s'agit de « petits lots » dans le cadre d'une procédure formalisée : lots inférieurs à 80 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services et à 1 000 000 € HT dans le cas des marchés de travaux, à la condition que le montant cumulé des lots n'excède pas 20% de la valeur de la totalité des lots (cf. art. 21 du décret).

Bon nombre d'achats sont susceptibles d'être conduits selon une procédure adaptée ; cela peut représenter l'essentiel des achats, voire la quasi-totalité, pour certains organismes. En effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en place une procédure adaptée pour les achats d'un montant inférieur aux seuils de procédures communautaires. Ainsi, dans le domaine des travaux par exemple, les opérations de construction neuve de moins de 30 à 40 logements (selon leur localisation et leurs caractéristiques) pourront faire l'objet d'une procédure adaptée. Dans le domaine des fournitures, également bon nombre d'acquisitions seront faites au travers d'une telle procédure. S'il en est de même pour les prestations de service, il ne faut pas oublier d'une part que le seuil est assez bas, et qu'il prend en compte la notion de prestations homogènes (voir § « Comment apprécier les seuils ? »).

Dans les faits, il vaudrait mieux parler des procédures adaptées que de la procédure adaptée. En effet, si chaque organisme définit librement ses modalités d'achat, il doit assurer une certaine proportionnalité dans les modalités de consultation qu'il met en place afin de garantir au mieux le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Les principes à mettre en œuvre

L'adaptation des règles des procédures dites formalisées doit se faire en application des principes généraux qui régissent l'ensemble des marchés soumis à l'ordonnance, à savoir permettre l'accès à la commande de l'ensemble des candidats potentiels, donc en faisant une publicité adéquate en fonction du montant et de la nature de la prestation, et en mettant en place des modalités qui permettent de respecter la transparence de la dévolution du marché et de maintenir l'égalité de traitement des candidats. Pour les achats sous les seuils européens, les procédures d'achat doivent être proportionnées au montant et à la nature de la prestation. A ce titre, les niveaux de publicité et de mise en concurrence devront être proportionnés au montant et à la complexité des prestations à mettre en œuvre : si pour des prestations simples et de montant faible, une demande de devis pourra suffire, en revanche, pour des prestations d'un montant significatif, une publication dans la presse devra être retenue. Ces procédures doivent concourir à la « bonne utilisation des deniers publics », ce qui, en d'autres termes, peut se traduire par un recours fréquent à la négociation.

Il faut également se rappeler que le principe de liberté a des limites fixées par les notions d'opérations et de prestations homogènes : toutes les prestations qualifiées d'homogènes doivent être cumulées pour savoir si on atteint ou pas les seuils à partir desquelles les procédures formalisées sont d'application obligatoire.



Rappel sémantique

A toutes fins utiles, il est vivement conseillé de ne pas utiliser les termes « appel d'offres » ou « procédure concurrentielle avec négociation » ou « dialogue compétitif » dès lors que le montant des marchés est inférieur aux seuils de 209 000 € HT pour les fournitures et services et de 5 225 000 € HT pour les travaux : en effet, cette qualification doit être réservée aux procédures dites formalisées telles que définies dans le décret. En dessous de ces montants, on préférera les termes de « procédure adaptée ».

Que faire en dessous des seuils ?

En premier lieu, s'il est écrit dans le décret que l'organisme détermine librement les modalités de passation de ces marchés (art. 27 du décret), il est nécessaire de rappeler qu'il faut respecter les principes généraux rappelés au paragraphe plus haut. Aussi, dans ce cadre, il est conseillé de mettre en place des procédures internes afin de :

1. garantir l'application des principes fondamentaux de libre accès à la commande, de transparence et d'égalité de traitement des candidats, tout en restant pragmatique,
2. acheter dans les meilleures conditions possibles en utilisant des procédures de mise en concurrence adaptées à l'objet et au montant des marchés,
3. responsabiliser les acteurs, chacun à son niveau (nota : ne pas oublier de mettre en place les délégations de signature et les pouvoirs d'engagement).

Plus précisément, le mode de consultation doit être en adéquation avec l'objet et le montant de la prestation à acheter, et la procédure de consultation retenue proportionnée à ces derniers ; l'article 27 du décret indique que doivent être pris en compte le nombre et la localisation des opérateurs économiques susceptibles de répondre, ainsi que les circonstances particulières de l'achat. A cet égard, il convient de mettre en place une politique d'achat qui permette d'adapter le mode de consultation et le niveau de mise en concurrence au montant et à la nature de la prestation à commander, et ce, au regard du tissu concurrentiel.

EXEMPLE

Pour passer un marché de travaux d'un montant de 4 000 000 d'euros, il sera nécessaire de consulter le plus largement possible, en faisant par exemple paraître une publication dans la presse professionnelle ; en revanche, il sera suffisant de consulter quelques opérateurs en leur demandant des devis pour des achats de faible montant, voire, de consulter les barèmes de

tarifs pour des achats de fournitures courantes. Ainsi, si une relative souplesse et liberté d'actions sera possible pour des achats de faible montant, les conditions de publicité et de mise en concurrence seront accentuées pour s'approcher des conditions prévues pour les procédures formalisées dès lors qu'on côtoie les seuils européens.

La souplesse de cette procédure permet de répondre de manière optimale à l'impératif que doit respecter tout acheteur public : la meilleure utilisation des deniers publics.

LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE ADAPTÉE

La publicité

Quelle publicité en-dessous des seuils de procédures formalisées ?

Pour respecter les dispositions législatives et réglementaires et pour garantir une concurrence effective, la publicité doit être organisée de telle sorte qu'on puisse justifier de son efficacité. Ainsi :

- ▀ pour des marchés importants, une publicité large s'impose. Il sera d'ailleurs souvent de l'intérêt de l'acheteur de compléter les mesures de publicité obligatoire à compter du 1^{er} octobre 2018 (mise en ligne du DCE sur le profil d'acheteur) par des actions complémentaires telles que publication dans la presse spécialisée ou régionale,
- ▀ pour des achats de montant moindre, la publicité devra être adaptée à la nature du besoin et de son montant, à la concurrence espérée et pourra même consister à consulter directement quelques fournisseurs pour des petits achats.

Pour des achats de très faible montant (moins de 10 000 euros, par exemple), l'approche « directe » des fournisseurs peut être suffisante : consultation de barèmes ou de tarifs, demande de devis, etc.

Pour des achats d'un montant supérieur, la publicité peut s'appliquer par demande de devis à plusieurs opérateurs : publicité ne veut pas dire publication. Les moyens sont alors courrier, mail, etc. L'objectif est de trouver une juste mesure entre l'efficacité de l'achat, qui suppose un minimum de mise en concurrence et l'équilibre économique de l'opération. L'investissement consacré à la mise en concurrence ne doit pas constituer un élément excessif de surcoût (frais de personnel, de publication et de traçabilité de la commande). Pour autant, le juge (CE Nord- Pas-de Calais n°278732) a considéré que même pour un faible montant (35 000 euros en l'occurrence), une publicité diffusée sur la presse régionale n'était pas suffisante au regard de l'objet du marché (prestation de programmiste avec présentation de références récentes en matière de conception et de programmation de grands musées).

La procédure adaptée laisse donc à chaque acheteur une grande liberté d'appréciation dans le choix de sa publicité, dès lors qu'il sera à même de justifier de la qualité de sa procédure d'achat et de la transparence de son choix. Elle peut faire l'objet d'une publicité dans la presse. Lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse spécialisée apparaît d'un coût disproportionné par rapport au montant et aux circonstances de l'achat, d'autres moyens de publicité sont disponibles : la communication dans la presse d'une annonce renvoyant au profil d'acheteur ou à son site, ou la seule publication sur le profil d'acheteur. Cependant, ce dernier moyen de publicité ne peut être un moyen unique suffisant que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché. Pour des sites à audience réduite, ce mode d'information ne doit être utilisé que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

La publicité adaptée est donc appréciée au regard d'un faisceau d'indices appliqué à la procédure examinée. Son degré peut influencer sur le nombre d'offres déposées et donc offrir une concurrence accrue : la publicité faite sur de multiples supports, entraînant de fait une plus grande visibilité, est susceptible d'être vue par de nombreux opérateurs, alors tentés de déposer une offre.

Le choix du support de publicité doit être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, à l'urgence du besoin, au degré de concurrence entre les entreprises concernées, à leur localisation (cf. jurisprudence citée ci-dessus), et assurer une audience suffisante. 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. Le montant n'est donc pas le seul élément à prendre en compte.

En tout état de cause, dès lors que le montant estimé du marché atteint 25 000 € HT, il doit faire l'objet d'une publicité et les documents de la consultation doivent être disponibles sur le profil d'acheteur (cf. art 34 et 39 du décret).

Quels supports pour une publicité adaptée ?

Comme indiqué ci-dessus, le support doit être adapté au montant et à l'objet du marché.

Ainsi, plutôt que de publier un avis de consultation dans un organe à diffusion confidentielle ou sans rapport avec le secteur économique concerné par la prestation, il sera plus efficace de contacter directement cinq prestataires dont on peut raisonnablement espérer des réponses, sous réserve, bien sûr, de s'être assuré que les prestataires consultés sont les mieux à même de faire une offre. En effet, un candidat potentiellement intéressé à répondre mais non consulté pourrait faire valoir devant un juge que la mise en concurrence n'a pas été suffisante, et le juge lui donner droit.

Dans une procédure adaptée, les supports de publicités peuvent être :

- › **La presse spécialisée** : utile, voire nécessaire pour toucher les professionnels du secteur concerné par la prestation ;
- › **L'affichage** : utilisable quand les fournisseurs potentiels sont avertis de ce choix de support (à n'utiliser que pour des montants faibles, voire en complément d'un autre support) ;
- › **Le site internet de l'organisme** : dito affichage,
- › **Le profil d'acheteur** (obligatoire pour les marchés d'un montant supérieur à 25 000 € HT).

Il est également possible de faire connaître les prestations à réaliser aux candidats potentiels par :

- › **La presse locale** : même si elle n'est pas agréée pour l'insertion de publications légales, la presse locale est souvent lue par un lectorat varié au sein desquels on trouvera des fournisseurs potentiels. Ce choix peut s'avérer pertinent pour des prestations « usuelles » et sans complexité particulière (fournitures de bureaux, petites interventions d'entretien courant, petites opérations...) ;

- › **La revue d'information destinée aux fournisseurs ou aux institutionnels (quand elle existe) :** moyen privilégié d'information qui favorise le relationnel et le partenariat, ce support peut servir à la publication notamment des avis de consultation, mais il est alors nécessaire soit d'adapter sa périodicité soit de cibler les prestations dont il permet la publicité afin d'en assurer toute l'efficacité voulue ;
- › **Les revues, les lettres d'information ou autres,** diffusées par les organisations professionnelles des fournisseurs, leurs tableaux d'affichage peuvent être de bons supports pour autant qu'on se soit assuré de la publication selon une forme sous le contrôle de l'acheteur et dès lors qu'on aura vérifié la qualité du lectorat ;
- › **Des approches directes des fournisseurs potentiels avec toutefois possibilité d'assurer la traçabilité :** courriers, télécopies et courriels peuvent constituer des modes de publicité qu'il ne faut pas ignorer (« publicité » ne veut pas systématiquement dire « publication ») ; selon la nature de la prestation et son montant prévisionnel, l'étendue des fournisseurs à contacter peut être plus ou moins large : pour des faibles montants, quelques fournisseurs suffisent, alors que si les montants s'évaluent en plusieurs dizaines de milliers d'euros, il peut être conseillé de ne pas consulter uniquement ses fournisseurs habituels (de consulter les « pages jaunes pour faire appel à d'autres fournisseurs ; à cet égard, on pourra privilégier l'utilisation de courriels qui permet de joindre rapidement un nombre conséquent de fournisseurs pour un prix modique (il suffit de faire des groupes d'envoi incorporant l'ensemble des prestataires potentiels par secteur d'activité) ;
- › **Des approches directes des fournisseurs potentiels :** appels téléphoniques, organisation de réunions de fournisseurs, participation à des réunions de syndicats professionnels, à des foires locales avec stand, entretiens directs... Leur utilisation doit toutefois être assortie des précautions d'usage : la traçabilité permettant de démontrer la réalité de la publicité par ces moyens ne repose que sur des comptes-rendus éventuels.

Au-delà de la liste des supports possibles pour diffuser la publicité évoqués ci-dessus, l'efficacité de la publicité sera obtenue dès lors que les différentes propositions des fournisseurs auront démontré qu'une réelle concurrence a bien eu lieu. Il faut en effet admettre que les mêmes supports n'ont pas la même efficacité selon les régions et que les plus onéreux ne sont pas forcément les plus performants.

En fonction notamment de la nature de la prestation, le champ des fournisseurs potentiels à contacter peut être plus ou moins large : si pour certaines prestations, le secteur économique local est actif, pour d'autres prestations, il pourra être moins dynamique ; dans le premier cas une publicité locale suffira, alors que dans le second, il sera nécessaire d'étendre la publicité à une zone géographique plus large.

Quelles indications porter dans la publicité pour les procédures adaptées ?

S'agissant des procédures adaptées, l'article 34 du décret indique que les « acheteurs définissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché », il laisse donc le champ libre quant aux modalités de la publicité. En tout état de cause, pour lui donner un minimum d'efficacité, le contenu de la publicité doit permettre à son lecteur de savoir s'il a intérêt ou non à présenter sa candidature ou une offre. Il est donc nécessaire de mentionner l'objet du marché et de donner des indications quant à son importance. Doivent donc être au moins portées à la connaissance des candidats potentiels les informations suivantes : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, et hormis pour des prestations simples et de bas coût, les critères d'attribution du marché, et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères.

À NOTER

Les marchés d'un montant inférieur à 25 000 € HT, aucune publicité formelle n'est imposée, étant précisé que les modalités de mise en concurrence relèvent de la responsabilité de l'acheteur (cf. article 30-8° du décret « L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin).

Quels délais de consultation appliquer ?

Aucun délai n'est fixé par les textes. Comme en matière de publicité, il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer le délai adéquat au regard de la nature de la prestation, de sa complexité, de son montant, du tissu concurrentiel, etc. Ainsi, plus la prestation sera simple à chiffrer, moins le délai de consultation sera long (par exemple, pour l'achat de ramettes de papier pour imprimante, un délai de 48 heures pourrait suffire) ; en revanche, plus la prestation sera complexe, plus le délai sera large (par exemple, pour la pose de 10 ml de bordures de trottoir, un délai d'une semaine peut être suffisant et pour une consultation pour des travaux de construction de quelques logements, un délai de trois semaines semble admissible⁵⁶). Plus les montants se rapprocheront des seuils des procédures formalisées, plus les délais devront s'approcher de ceux imposés pour ces procédures. Le délai de consultation doit également tenir compte d'une éventuelle visite sur les lieux d'exécution ou d'une analyse de nombreux documents, ainsi que de la nature et de la complexité des pièces à fournir par les candidats.

Quels documents de consultation ?

Comme en matière de publicité, il faut adapter les documents de la consultation aux enjeux de l'achat. Deux types de documents sont à transmettre aux candidats potentiels : les règles du jeu de la mise en concurrence, et ceux qui permettent aux candidats de formuler une offre. En d'autres termes, il s'agira d'une lettre ou d'un règlement de consultation d'une part, et d'un cahier des

⁵⁶Le tribunal administratif de Lille (n°1101226 du 16 mars 2011 – Sté FORNELLS) a considéré qu'un délai de 16 jours était insuffisant au motif notamment que le règlement de consultation imposait aux candidats une visite des lieux.

charges définissant la prestation. Si s'agissant des marchés un montant inférieur à 25 000 € HT, aucun formalisme n'est imposé, en revanche, pour les marchés d'un montant supérieur à ce seuil, l'article 15 du décret se borne à préciser que le contrat doit être écrit, et qu'il peut faire référence aux documents généraux tels que les CCAG ou CCTG.

Quant aux dispositions relevant de la règle de mise en concurrence, comme toujours en matière d'achat selon la procédure adaptée, celles-ci seront adaptées à la nature, à la complexité et au montant de la prestation. Une simple demande de devis sous un délai de x jours pourra suffire pour des prestations simples ; en revanche, l'établissement d'un « vrai » règlement de consultation avec forme et délai de réponse, indication de critère de sélection, etc., sera nécessaire pour des travaux de 4 000 000 € HT par exemple.

L'information appropriée des candidats suppose que le pouvoir adjudicateur indique les documents et renseignements, au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures. Si le pouvoir adjudicateur fixe des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent, aussi, être portés à la connaissance des candidats.

Quant à la description des prestations à mettre en œuvre, il revient à l'acheteur de définir ses besoins avec le maximum de précision afin d'avoir des offres pertinentes et adaptées à sa demande : l'objet du contrat, la nature des prestations à mettre en œuvre avec, selon les prestations en cause, description des moyens ou des résultats à obtenir. S'agissant d'un achat de ramettes de papier, leur nombre, le format, la qualité du papier assorti d'un délai et d'un lieu de livraison pourront suffire, en revanche, s'agissant de la construction de logements, la fourniture d'un descriptif des travaux devra accompagner les plans ainsi qu'un cahier des clauses administratives pour organiser la gestion et les règles de fonctionnement du marché.

À NOTER

Plus le cahier des charges est précis, plus les offres seront adaptées, mais attention toutefois à :

- Ne pas fixer de marques ou de modèles afin de respecter la libre concurrence, sauf cas particuliers (cf. article 8 du décret),
- Laisser une latitude aux candidats afin d'ouvrir, le cas échéant, la possibilité de négociation ultérieure (voir infra).

Il est précisé qu'en vertu de l'article 39 du décret, les documents sont fournis gratuitement aux candidats. A compter du 1^{er} octobre 2018, ils doivent être déposés sur le profil d'acheteur selon un format dématérialisé (un arrêté à paraître viendra préciser les modalités). Ils doivent être disponibles dès la publication de l'avis d'appel à la concurrence.

À NOTER

les articles 40 à 42 du décret imposent la dématérialisation des échanges avec les candidats à compter du 1^{er} octobre 2018.

Les documents à demander aux candidats et attributaires

Quelles pièces demander pour les contrats passés selon une procédure adaptée ?

Encore une fois, la nature des pièces demandées aux candidats dépendra de la nature de la prestation et de son importance.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minima de capacité, ces derniers doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché : le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas demander aux entreprises, et notamment aux PME, des pièces excessives qui s'avèrent superflues.

Un pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats qu'ils justifient de leur capacité technique au moyen d'un certificat de qualification professionnelle. L'exigence d'un tel certificat ne doit pas avoir pour effet de limiter arbitrairement l'accès des opérateurs économiques. On doit donc permettre aux candidats d'apporter tout moyen de preuve équivalent à ces certificats.

En raison de leurs montants, de nombreuses entreprises nouvellement créées candidatent souvent à des marchés passés selon une procédure adaptée. Les entreprises de création récente peuvent se voir demander des pièces dont elles ne disposent pas. C'est notamment le cas du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années. Il est pourtant important que les sociétés créées récemment puissent accéder aux marchés publics. Le pouvoir adjudicateur devra donc veiller à autoriser les candidats, de manière systématique, à prouver leurs capacités financières par tout autre moyen qu'il juge équivalent à ceux listés par l'arrêté du 29 mars 2016. Il peut ainsi être demandé aux candidats de fournir, en remplacement des bilans, une « déclaration appropriée de banque ».

Après vérification que l'entreprise n'est pas dans un cas d'interdiction de marchés publics (cf. art 45 et 48 de l'ordonnance), les pièces à demander pour la contractualisation, donc aux seuls attributaires, sont les mêmes qu'en procédures formalisées. Il en est ainsi notamment pour :

- les entreprises titulaires d'un marché d'un montant supérieur à 5 000 €, les pièces qui relèvent de l'obligation prescrite par le Code du travail exigeant la fourniture tous les 6 mois de l'attestation de « travail régulier » (cf. articles R 8222-1, D 8222-5 et D 8222-7 dudit code)
- les travaux susceptibles de garantie décennale, l'attestation d'assurance,
- les prestations ou interventions nécessitant un agrément, une certification ou une attestation, le document en question (au moins périodiquement, selon la durée de validité desdits documents).

L'article 44 du décret précise que si les acheteurs demeurent en droit d'exiger que les candidats réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné afin de garantir la bonne exécution du marché, le chiffre d'affaires exigé ne peut pas être supérieur au double de la valeur estimée du marché, sauf motivation à apporter.



Utiliser la souplesse de la procédure adaptée

Dans le cas des MAPA lancés selon une procédure ouverte (c'est-à-dire sans sélection préalable des candidatures), il est tout à fait possible d'analyser les propositions techniques et financières, et de ne vérifier les pièces « administratives » qu'aux seuls opérateurs auxquels on envisage d'attribuer le marché. Cette mesure est de nature à simplifier grandement l'analyse des candidatures et des offres. On notera que cette mesure implique :

- qu'il y ait un classement des offres afin de pouvoir attribuer le marché au candidat classé second si le 1^{er} n'est pas en mesure de fournir les pièces demandées dans le délai prescrit ;
- qu'il a été indiqué aux candidats qu'il leur sera demandé les documents ultérieurement les documents permettant de justifier de leur capacité.

L'analyse des candidatures et des offres

La CAO doit-elle intervenir en dessous des seuils de procédures formalisées ?

En dessous des seuils des procédures formalisées définis à l'article 42-1 de l'ordonnance de juillet 2015, le recours à la CAO n'est pas requis.

Toutefois, dès lors que le montant du marché est significatif, il est toutefois conseillé de mettre en place une commission interne afin d'appliquer le principe de transparence des procédures de mise en concurrence. En effet, les seuils à partir desquels le recours à la CAO est obligatoire sont relativement élevés, notamment pour les marchés de travaux ; aussi, la mise en place d'une instance collégiale, fut-elle composée de collaborateurs, permettra de prévenir toute équivoque. Quels que soient la composition et le fonctionnement de l'instance en question pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils, il est conseillé de ne pas la dénommer « commission d'appel d'offres » (on pourra l'appeler « commission des marchés » ou « commission des achats », etc.).

Peut-on ouvrir les plis avant la réunion de la commission interne (procédures adaptées) ?

Pour suivre la logique évoquée au paragraphe précédent et pour alléger les contraintes, on peut analyser les documents de présentation des candidatures avant la réunion de la commission. Dès lors que l'ouverture des plis n'est pas réalisée pendant une séance de la commission, il convient d'assurer la traçabilité des opérations afin de garantir la transparence de la procédure d'achat. Enfin, dès lors qu'il s'agit d'un montant suffisamment conséquent, la présence d'un membre de l'encadrement peut être conseillée.

Quelle position prendre face aux variantes proposées ?

A propos des variantes, une précision importante : si dans le cas des procédures formalisées les variantes sont interdites si elles n'ont pas été expressément autorisées, à l'inverse, s'agissant de la procédure adaptée, si rien n'est précisé dans les documents de la consultation, les variantes sont autorisées. Aussi, si on ne souhaite pas voir les candidats proposer des variantes, il faut obligatoirement les interdire expressément dans le règlement de consultation.

Comme pour tout achat, quel que soit son montant, l'acheteur doit préciser dans les documents de la consultation les exigences minimales sur lesquelles les variantes ne seront pas permises ; il s'agira par exemple, du niveau de performances attendues. L'acheteur doit également indiquer les modalités de leur présentation, notamment dans l'hypothèse où il souhaite que les candidats répondent sur le fondement de la solution de base faisant l'objet du cahier des charges. Dès lors, seules les offres intégrant des variantes répondant à ces exigences seront prises en considération.

Quelle négociation possible en procédure adaptée ?

S'il est un avantage de la procédure adaptée (outre ses moindres contraintes de formalisme), c'est que le pouvoir adjudicateur peut négocier les propositions qui lui ont été remises ; il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation.

Le recours à la négociation, en procédure adaptée, permet de favoriser la concurrence : elle doit permettre de retenir l'offre la plus compétitive et la mieux adaptée aux besoins et garantir ainsi un achat efficace. Outre l'éventuel gain financier, l'intérêt de la négociation réside avant tout dans l'aspect qualitatif de l'offre, notamment dans la mise au point des conditions d'exécution du cahier des charges. Aussi, dans ce cadre, il appartient à l'acheteur de formuler ses exigences de telle sorte que les candidats puissent proposer des solutions alternatives, soit en ouvrant explicitement la possibilité aux variantes, soit en proposant un cahier des charges de type performantiel ou fonctionnel, en tout ou partie.

Toutefois, pour être mise en œuvre, la négociation doit être annoncée dans les documents de consultation afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. A cet égard, il est conseillé d'être précis quant aux conditions selon lesquelles la négociation sera conduite. Une phrase telle que «le pouvoir adjudicateur s'autorise à négocier avec au plus les auteurs des trois offres les mieux placées» permet ainsi de contenir la négociation aux seules offres intéressantes (nota : le nombre de 3 est donné à titre d'exemple) ; en l'absence de précision, on pourrait soit ne pas pouvoir négocier, soit être obligé de négocier avec l'ensemble des candidats ayant déposé une offre.

À NOTER

Le classement des offres ne pourra être opéré que des lors qu'il aura été mis en place des critères de sélection des offres.

La négociation devra être menée méthodiquement, afin de garantir l'égalité de traitement et assurer la transparence de la procédure. La traçabilité de la négociation avec chacun des candidats est importante. La communication d'une liste identique de questions adressées à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes-rendus de négociation ou l'établissement d'une grille de négociation, pourront s'avérer utiles, afin de faciliter le suivi et le choix final de l'offre. Cette documentation permettra de prouver, le cas échéant, que l'ensemble des candidats, ou seuls ceux les mieux classés, ont été invités à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques. La négociation permet aussi d'éclaircir ou de justifier la consistance de certaines offres : dans ce cas, les questions posées à chaque candidat peuvent être, bien sûr, différentes.

La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments. Le pouvoir adjudicateur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues. Une négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse. Il est ainsi possible de négocier, par exemple, sur :

- ▶ la qualité : le niveau de qualité, son incidence sur le prix, les performances proposées... ;
- ▶ le délai : temps de livraison, réactivité... ;
- ▶ la quantité : le volume nécessaire, la fréquence des commandes... ;
- ▶ le prix ou ses éléments : le coût de l'acquisition, le coût du stockage, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien...

La négociation ne peut servir de prétexte à la modification des caractéristiques principales du marché telles que son objet ou les conditions de paiement, ni se fonder sur des critères de sélection des candidatures et des offres qui auront évolué.

L'attention des acheteurs est tout particulièrement appelée sur le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux.

Une fois la négociation terminée, le pouvoir adjudicateur doit, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, classer les offres finales, en appliquant les critères de choix définis dans les documents de la consultation.

Synthèse des dispositions à mettre en œuvre pour les marchés en procédure adaptée

Synthèse des dispositions à appliquer pour tous les marchés, quel que soit leur montant

Quel que soit le montant du marché, l'ordonnance et son décret d'application imposent certaines contraintes. Il s'agit de :

- Obligation de définir les besoins (art. 30 & 31 de l'ordonnance).
- Obligation d'interdire l'accès aux marchés à certains opérateurs économiques (art. 45 de l'ordonnance).
- Obligation d'allotir (art. 32 de l'ordonnance et art. 12 du décret).
- Gratuité obligatoire des documents de la consultation (art. 39 du décret).
- Obligation de vérifier que l'offre est régulière, acceptable et appropriée (art. 59 du décret) et qu'elle n'est pas anormalement basse (art. 60 du décret), y compris pour les sous-traitants (art. 62-II de l'ordonnance).
- Obligation d'information des candidats évincés, et si demande écrite, indication du motif du rejet et nom de l'attributaire (art. 55 de l'ordonnance et 99-I du décret).
- Obligation de paiement direct des sous-traitants (art. 135 du décret).
- Plafonnement des avenants (art. 139 du décret).
- Dématérialisation des échanges à compter du 1^{er} octobre 2018 (art. 41 du décret).
- Interdiction de refuser le DUME électronique à compter du 1^{er} octobre 2018 (art. 49 du décret).

Synthèse des dispositions à appliquer pour les marchés d'un montant supérieur à 25 000 € HT

Au-delà des dispositions rappelées ci-dessus, le décret impose des contraintes spécifiques pour les marchés d'un montant supérieur à 25 000 € HT. Ainsi, à partir de ce montant :

- Ecrit obligatoire : les clauses peuvent être déterminées par référence aux CCAG ou CCTG (art. 15 du décret).
- Obligation de publicité et de mise en concurrence avec disponibilité des documents de consultation sur le profil d'acheteur à compter du 1^{er} octobre 2018 (art. 39 du décret).
- Données essentielles du marché sur le profil d'acheteur à compter du 1^{er} octobre 2018 (art. 107 du décret) des marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT (Cf. article 11 du décret du 10 avril 2017).

PARTIE 3

Les procédures formalisées

L'ORGANISATION DES ACHATS

Les procédures formalisées sont celles à utiliser pour tous les achats dès lors que le montant estimé est supérieur aux seuils communautaires, soit, à la date de publication du présent guide, 209 000 € HT pour les marchés de service ou de fournitures et 5 225 000 € HT pour les marchés de travaux (sauf exceptions, notamment pour les prestations de service juridiques et les services sociaux, culturels, etc.). Il s'agit des procédures suivantes (cf. art. 42 de l'ordonnance n°2015-899) :

- a. « La procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;
- b. La procédure concurrentielle avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- c. La procédure de dialogue compétitif dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ».

Le choix de la procédure à appliquer

Sous l'empire de l'ancienne réglementation, la procédure de base à mettre en œuvre était l'appel d'offres, les autres procédures étant soumises à des conditions d'utilisation assez strictes. Dorénavant, à la lecture de l'article 25 du décret, il apparaît que la logique a été modifiée puisque les conditions de recours aux procédures avec négociation avec les candidats ont été sensiblement élargies. On passe ainsi d'une logique fondée sur des pratiques « fermées » à une culture empreinte d'ouvertures.

En effet, on rappellera que l'appel d'offres impose une alternative simple qui doit être mise en œuvre de façon stricte : acceptation ou un refus des offres proposées sans aucune possibilité de dialogue. Désormais, la nouvelle rédaction des textes favorise largement les négociations entre acheteurs et candidats, et autorise même des corrections, sous certaines conditions, dans le cas de l'appel d'offres (cf. art. 59 du décret par lequel « l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser leurs offres irrégulières » et art. 64 : « Il est possible, en accord avec le soumissionnaire retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché public avant sa signature... »).

Comme indiqué précédemment (voir § « Quelle procédure choisir »), la procédure d'appel d'offres sera privilégiée pour tous les achats de fournitures et de services standard et disponibles « sur catalogue ». Il en sera ainsi par exemple pour l'achat de matériels de bureau, de véhicules, de prestations d'imprimerie, de chaudières individuelles ou de cumulus électriques ainsi que pour les organismes disposant de régie, de tous les matériaux de construction, etc.

On rappellera que, s'agissant des procédures autorisant les négociations avec les candidats, la procédure concurrentielle avec négociation sera privilégiée dès lors que la prestation attendue peut-être décrite avec précision, alors que le dialogue compétitif sera réservé à la situation dans laquelle l'acheteur souhaite laisser aux candidats le soin de définir les conditions d'exécution du marché pour répondre à des performances.

Ainsi, par exemple, on retiendra la procédure concurrentielle avec négociation pour des marchés de travaux quand on met à disposition des candidats un DCE comportant un cahier des charges (et notamment un CCTP) assez précis ; en revanche, on recourra plutôt à un dialogue compétitif dès lors qu'on laissera aux candidats le soin de proposer un système constructif pour répondre à un niveau de performance élevé.

Comme autre exemple, les marchés de services de prestations informatiques : on peut passer par une procédure d'appel d'offres traditionnelle dès lors qu'on aura défini avec suffisamment de précision la nature, les caractéristiques et les performances des prestations. Dès lors qu'on n'est pas en capacité de fixer ces éléments, la procédure concurrentielle avec négociation se trouve alors pleinement justifiée.

L'achat de certaines prestations doit être conduit au moyen d'une procédure concurrentielle avec négociation en raison de leur nature ; il en est ainsi par exemple des prestations de maîtrise d'œuvre (cf. art. 25-II-3 du décret^o). En revanche, on pourra hésiter entre la formule « appel d'offres » ou « procédure concurrentielle avec négociation » dans un certain nombre de cas.

EXEMPLE

- ▶ Pour des prestations de contrôle technique, de coordination SPS, de géomètre ou d'étude de sols : celles-ci sont assez normées pour recourir à l'appel d'offres ; néanmoins, dès lors qu'il s'agit d'opérations particulières, on pourra justifier le recours à une procédure concurrentielle avec négociation ;
- ▶ Pour l'achat d'énergie (gaz, électricité), mais aussi d'entretien ménager (nettoyage des bureaux et parties communes des immeubles) ou d'entretien des espaces verts, de téléphonie, etc. : les pratiques et usages de ces différentes professions sont relativement homogènes, métier par métier, pour consulter au moyen d'un appel d'offres, mais l'acheteur peut avoir des exigences particulières qui nécessitent de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation.

La publicité

Quelle publicité au-dessus des seuils de procédures formalisées ?

Les articles 31 à 37 du décret précisent les modalités d'organisation de la publicité :

- ▶ Pré-information possible au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) (cf. art. 31 du décret),
- ▶ Recours obligatoire aux modèles de formulaires fixés par le règlement communautaire (cf. art. 33 du décret),
- ▶ Publication au JOUE a minima, et, si une publicité est faite sur un autre support que le JOUE, elle ne doit pas donner plus d'indications que la publicité européenne et ne pas paraître avant cette dernière (cf. art. 36 du décret).



Date de publication dans la presse nationale ou régionale

Pour éviter toute distorsion de la concurrence, dès lors qu'une publication au JOUE est obligatoire, il ne faut pas qu'une éventuelle publicité faite au niveau national ou local paraisse avant la publication au JOUE.

Aussi, il est nécessaire d'attendre 48 heures après la confirmation par le JOUE de la réception de l'avis de marché pour demander la publication dans une revue nationale ou locale, laquelle publie souvent l'avis de consultation le lendemain de sa réception (Cf. art. 36-II du décret).

Quelles indications porter dans la publicité pour les procédures formalisées ?

Le principe de la publicité est de donner aux candidats suffisamment d'informations afin qu'ils puissent déterminer s'ils ont intérêt ou non à demander le dossier de consultation en vue de proposer une offre. Aussi, la publicité doit indiquer :

- ▶ Le nom et les coordonnées du pouvoir adjudicateur,
- ▶ L'objet du marché (nature et importance de la prestation),
- ▶ Le lieu de mise à disposition des documents de la consultation (cf. art. 39 du décret),
- ▶ La procédure retenue pour la mise en concurrence, avec indication, le cas échéant, de la réduction du nombre de candidats pour les procédures restreintes (cf. art. 47 du décret),
- ▶ Les conditions de participations (cf. art. 44 du décret),
- ▶ Les modalités essentielles de la consultation (dates de remise des offres ou des candidatures, lieux où on peut retirer les dossiers de consultation, obtenir des informations...),
- ▶ Les conditions de dématérialisation (cf. art. 40-I du décret),
- ▶ Ainsi que, soit dans la publicité elle-même, soit dans les documents de consultation :
 - ▶ Les pièces demandées aux candidats,
 - ▶ Les critères de sélection des candidatures et des offres, avec la pondération de ces critères (cf. art. 62-IV du décret) (NB : en cas de concours ou de système d'acquisition dynamique, les critères doivent être mentionnés dans l'avis de marché),
 - ▶ Le cas échéant, la part de marché que les candidats ont l'intention de sous-traiter (cf. art. 57-II du décret),
 - ▶ Le cas échéant, la possibilité laissée aux candidats de présenter une variante (NB : à défaut d'indication, les variantes sont interdites) (cf. art. 58 du décret),
 - ▶ Le cas échéant, la forme de groupement attendue pour l'exécution du marché (cf. art. 45-II du décret),
 - ▶ La demande éventuelle d'une maquette, d'échantillon, etc. (cf. art. 57-III du décret),
 - ▶ Le montant des éventuelles primes et les conditions de leur attribution.



Comment remplir un « avis de marché » européen ?

L'avis de marché, obligatoire pour les achats d'un montant supérieur aux seuils européens, est constitué de différentes sections, elles-mêmes composées de plusieurs cadres à renseigner.

La DAJ a publié une fiche technique « Comment remplir les formulaires européens ? » destinée à aider les acheteurs à compléter lesdits formulaires.

Qu'est-ce que la pré-information, quand doit-on y recourir ?

En premier lieu, il faut préciser que le recours à la pré-information n'est pas obligatoire. La pré-information est le moyen pour l'organisme de réduire les délais des procédures de consultation, puisque les délais de réception des offres sont portés :

- à 15 jours au lieu de 35 pour les appels d'offres ouverts (cf. art. 67 du décret),
- à 10 jours au lieu 30 pour les appels d'offres restreints (cf. art. 70 du décret),
- à 10 jours au lieu de 30 pour la procédure concurrentielle avec négociation (art 72-I du décret)

La pré-information (article 31 du décret) consiste à faire connaître l'intention de passer un marché par le biais de la publication d'un avis établi selon un formulaire standard disponible sur le site simap.

L'organisme a la possibilité soit de le publier sur son site dès que la publication au JOUE aura été faite, soit de le publier sur son profil d'acheteur sous réserve d'envoyer au JOUE un avis annonçant la publication sur ledit profil. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser un avis de pré-information en lieu et place d'un avis d'appel public à la concurrence, à condition que l'avis remplisse les conditions suivantes :

1. Il fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;
2. Il mentionne que ce marché public sera passé selon une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, ou une procédure concurrentielle avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel public à la concurrence et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;
3. Il a été envoyé pour publication entre trente-cinq jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché.

De tels avis ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire peut être réalisée sur un profil d'acheteur. La durée maximale de la période couverte par l'avis de pré-information est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

Peut-on interdire les variantes ?

S'agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, en vertu de l'article 58 du décret, si l'organisme ne précise rien dans sa publicité ou dans ses documents de consultation, les variantes sont interdites. En conséquence, si l'organisme souhaite que les candidats proposent des variantes, il doit l'indiquer dans les documents de consultation et préciser les exigences minimales auxquelles les variantes doivent répondre.

À NOTER

L'acheteur peut imposer la présentation de variantes ; il doit dans ce cas en faire expressément mention soit dès la publicité, soit dans les documents de la consultation.

Enfin, dans le cas de marchés mixtes (seulement pour les marchés combinant fourniture et service), une variante ne peut être rejetée au motif qu'elle entraînerait la transformation d'un marché initialement de service en marché de fourniture, et inversement.

La gestion des délais de mise en concurrence

Les délais entre l'envoi de la publicité et la date minimale de réception des candidatures et des offres s'établissent comme suit pour les procédures formalisées :

- › Pour les appels d'offres ouverts : 35 jours ;
- › Pour les appels d'offres restreints : 30 jours pour la réception des candidatures et 30 jours pour la réception des offres ;
- › Pour les procédures concurrentielles avec négociation : 30 jours pour la réception des candidatures, puis 30 jours pour la réception des offres initiales ;
- › Pour la procédure de dialogue compétitif : 30 jours pour les candidatures ;
- › Pour le concours : 30 jours pour les candidatures.

Les envois de documents aux candidats et les réponses aux demandes de renseignement doivent être faits sous le délai de 6 jours (réduit à 4 jours en cas d'urgence motivée).



Calcul des délais

Le décompte du délai s'effectue en jours francs car ne sont comptés dans celui-ci ni le jour de publication, ni le jour du terme du délai.

Si la publicité est envoyée le 1^{er} juin, le délai ne commence à courir que le 2 juin à zéro heure (la première journée de publication, le 1^{er} juin, est neutralisée) et elle s'achèvera si le délai prévu est de deux mois, au plus tard quel que

soit le nombre de jours existant dans le mois, soit le 2 août à zéro heure, la remise des offres est toujours recevable toute la journée du 2 août, laquelle s'ajoute par neutralisation du dernier jour du délai de publication. Si la date limite de réception des offres s'achève un dimanche ou un jour férié, la remise des offres est reportée au premier jour ouvrable qui suit.

Peut-on réduire les délais ?

Il est possible pour le pouvoir adjudicateur de réduire les délais cités ci-dessus de 5 jours quand il offre aux opérateurs économiques la possibilité de transmettre leurs offres par voie électronique, mais uniquement pour la procédure d'appel d'offres, qu'elle soit ouverte ou restreinte (la réduction n'est donc pas possible en cas de procédure concurrentielle avec négociation ou de dialogue compétitif).

Compte-tenu du fait que l'acheteur doit désormais mettre à disposition des opérateurs économiques les documents de la consultation sur son profil d'acheteur, on notera qu'il n'existe plus de réduction de délai supplémentaire.

En cas d'urgence motivée ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, les délais peuvent être réduits comme suit :

- › En appel d'offres ouvert : 15 jours
- › En appel d'offres restreint : l'appel à candidatures peut être ramené à 15 jours et le délai de remise des offres à 10 jours
- › En procédure concurrentielle avec négociation : 15 jours pour les candidatures et 10 jours pour la remise des offres
- › Il n'existe pas de possibilité de réduction de délai pour urgence dans le cas de dialogue compétitif.

En cas de pré-information, il est possible de réduire le délai de réception des offres à 15 jours en appel d'offres ouvert et à 10 jours en appel d'offres restreint (il n'existe pas de réduction de délai pour les autres procédures).

Enfin, s'agissant uniquement de la procédure d'appel d'offres restreint, il est également possible de réduire le délai de remise des offres à un minimum de 10 jours, dès lors que l'ensemble des candidats en est d'accord.

Le tableau ci-dessous fait la synthèse des délais applicables en application des textes de 2015 et 2016 :

Procédures Délais	Appel d'offres ouvert	Appel d'offres restreint		Procédure concurrentielle avec négociation		Dialogue compétitif	
		Candidatures	Offres	Candidatures	Offres	Candidatures	Offres
Droit commun	35 j.*	30 j.	30 j.*	30 j.	30 j.	30 j.	Non précisé
Si avis de pré-information	15 j.	Pas de réduction possible	10 j.	Pas d'allègement		Pas d'allègement	
Si accord des candidats	Sans objet	Sans objet	10 j.	Sans objet	10 j.	Sans objet	Non prévu
Si urgence**	15 j.	15 j.	10 j.	15 j.	10 j.	Pas de réduction possible	

*Possibilité de réduire le délai de 5 jours en cas de transmission des candidatures et des offres par voie électronique (NB : il est probable que cette réduction soit annulée à compter du 1^{er} octobre 2018, date à laquelle la dématérialisation « totale » sera obligatoire).

**L'urgence doit être motivée (voir infra)

Quand peut-on invoquer l'urgence ?

Le recours à l'urgence pour réduire les délais doit être motivé : elle s'apprécie au cas par cas et ne se conçoit que si les délais normaux de réception de candidatures et des offres sont rendus impraticables ; la cause de l'urgence cette dernière doit être indépendante de l'organisme, et le retard pris par l'organisme ne pourra pas être retenu. Par exemple, l'urgence pourra être invoquée dans le cas de construction de centres d'hébergement dans le cadre de l'immigration massive que l'Europe connaît actuellement, on pourra alors recourir à la réduction de délai en cas d'application de procédures formalisées. Dans le cas évoqué, pour éviter une perte de temps, il sera également possible de demander au titulaire défaillant de céder son marché à un autre prestataire.

Par ailleurs, « dans le cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait » (NB : chaque mot compte !), l'organisme aura la possibilité de recourir à la procédure négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence en application de l'article 30-I-1° du décret. L'urgence impérieuse pourra être invoquée notamment en cas de catastrophe naturelle ou technologique ainsi que dans le cas d'exécution d'office de travaux en application de certains articles du code de la santé ou du code de la construction et de l'habitation (cf. p. XX).

Quand doit-on allonger les délais ?

Les délais de remise des offres mentionnés dans le tableau ci-dessus doivent être allongés de 5 jours quand certains documents ne sont pas disponibles sur le profil d'acheteur (cf. art. 43-I du décret).

Par ailleurs, l'acheteur doit s'assurer que les délais sont suffisants quand les offres ne peuvent être déposées qu'après consultation sur place de documents complémentaires ou si une visite sur les lieux d'exécution est nécessaire (cf. art. 43-II du décret).

Enfin, le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants (cf. art. 43-III du décret) :

1. « *Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus au III de l'article 39 (soit au plus tard six jours avant la date d'expiration du délai fixé pour la réception des offres ou au plus tard quatre jours avant cette date si le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence) ;*

2. *Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.*

La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou de la modification apportée. »

La sélection des candidats

Peut-on évincer un candidat qui n'aurait pas fourni les pièces demandées ?

L'acheteur peut demander aux candidats la transmission des pièces ou informations qu'ils n'auraient pas transmises lors du dépôt de leur candidature (cf. art. 55-I du décret). Il peut également demander aux candidats de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs ou moyens de preuve fournis ou obtenus (cf. art. 55-III du décret). Dans l'hypothèse où un candidat se trouve dans un cas d'interdiction de marché public ou ne peut produire les éléments permettant de démontrer qu'il répond aux conditions de participation fixées par l'acheteur, sa candidature doit être déclarée irrecevable, et le candidat doit être éliminé (art. 55-IV du décret).

Peut-on solliciter des entreprises n'ayant pas candidaté lors d'une procédure restreinte ?

En vertu de l'article 55-II-3° du décret, l'acheteur doit s'assurer de la capacité des candidats à soumissionner avant de les autoriser à déposer une offre ; aussi, un organisme n'a pas le droit d'inviter à participer à la remise d'une offre une entreprise qui n'aurait pas été retenue lors du premier tour de la procédure restreinte, donc a fortiori une entreprise qui n'aurait pas candidaté.

La traçabilité des échanges

Comme cela a été mentionné précédemment, la philosophie des procédures d'achat a sensiblement évolué avec les nouveaux textes, puisqu'on passe de l'ère « appel d'offres » à l'ère de la négociation. Cette possibilité de discussion avec les candidats s'accompagne logiquement d'une plus grande transparence dans la conduite des achats, et par voie de conséquence d'une exigence accrue de traçabilité.

Ainsi, s'agissant de la procédure concurrentielle avec négociation ou du dialogue compétitif, la vigilance de l'acheteur est appelée sur les moyens à mettre en œuvre pour démontrer, en cas de besoin (recours

d'un candidat par exemple), que le principe d'égalité de traitement des candidats a bien été respecté tout au long de la procédure. A cet effet, il convient de mettre en place toutes les dispositions permettant de garantir l'application de ce principe et de conserver tous les moyens de preuve.

Pour assurer la traçabilité, il conviendra de mettre par écrit un maximum d'éléments qui se rapportent aux échanges avec les candidats. A titre d'exemples :

- ▶ Toutes les réunions et tous les entretiens (même téléphoniques) avec les candidats devront faire l'objet soit d'un compte-rendu, soit d'un relevé de décision, soit d'un courrier,
- ▶ Tous les échanges par voie électronique devront être conservés.

Si la transmission aux candidats des comptes-rendus de réunion ou des relevés de décision n'est pas obligatoire, elle est néanmoins conseillée afin de garantir la transparence de la procédure.

On conviendra que ces mesures devront également s'appliquer au prestataire qui accompagne l'acheteur dans sa procédure d'achat (le maître d'œuvre par exemple lors de la passation de marchés de travaux).

Il est rappelé que l'ensemble des documents (dont les éléments de preuve) relatifs à la procédure de passation sont à conserver pendant une durée de cinq ans à compter de la signature du marché, et dix ans dès lors qu'il s'agit de marchés de travaux, de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique, etc. (cf. art. 108 du décret).

Les instances de sélection et l'attribution du marché

Quelle composition de la Commission d'Appel d'offres ?

POUR LES ORGANISMES DE STATUT PRIVÉ

L'article R.433-6 du CCH indique : « *Les organismes privés d'habitation à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux constituent une commission d'appel d'offres dont ils déterminent la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs* ».

En conséquence, il appartient à chaque organisme de statut privé de définir la composition de la Commission d'Appel d'Offres, en choisissant soit parmi les membres du Conseil d'Administration ou de Surveillance de l'organisme, soit parmi les collaborateurs. Il est toutefois conseillé de :

- ▶ désigner les membres de la commission par leur fonction, plutôt que nominativement, dès lors que les membres sont choisis parmi les collaborateurs,
- ▶ Désigner autant de suppléants que de titulaires afin d'avoir le quorum, dès lors qu'il en est fixé un.

POUR LES OPH

L'article L. 1414-2 du CGCT prévoit que pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens, le titulaire du marché est choisi par une CAO composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 du même code. Cet article précise que la commission est composée, lorsqu'il s'agit d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Pour les offices publics de l'habitat (OPH), soumis à cette règle en tant qu'établissements publics locaux, « l'assemblée délibérante » est le conseil d'administration prévu à l'article L. 421-8 du code de la construction et de l'habitation (CCH). « L'autorité habilitée à signer la convention », qui préside la CAO, est le directeur général en application de l'article R. 421-18 du CCH, qui dispose qu'« *il passe tous actes et contrats au nom de l'office et le représente dans tous les actes de la vie civile* ».

Cependant, la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi SAPIN II) a modifié ces dispositions. Elle renvoie à un décret en Conseil d'Etat, le soin de fixer la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la commission d'appel d'offres (CAO) des offices publics de l'habitat. Il en va de même pour les CAO des groupements de commande composé en majorité des offices publics de l'habitat (OPH).

Durant l'absence de publication du dit décret, les dispositions applicables aux OPH ont été celles du CCH. En vertu de ces dernières dispositions, les OPH étaient libres de fixer la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de leur commission d'appel d'offres.

Le décret pris en application de la loi SAPIN II est paru le 12 avril au JORF. Il s'agit du décret n°2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique. Son article 27 régit la CAO des OPH.



Article 27 dudit décret précité :

« I. La section 1 du chapitre III du titre III du livre IV de la partie réglementaire du code de la construction et de l'habitation est remplacée par les dispositions suivantes :

« Section 1

« Marchés publics des offices publics de l'habitat

« Art. R. 433-1.-Les marchés publics des offices publics de l'habitat sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

« Art. R. 433-2.-Chaque office public de l'habitat constitue une commission d'appel d'offres, composée de trois membres du conseil d'administration de l'office, qu'il désigne. Pour chaque membre titulaire, y compris son président, est prévu un suppléant.

« Le quorum est atteint lorsque deux membres au moins sont présents. Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

« La commission établit son règlement intérieur.

« La commission d'appel d'offres procède à l'ouverture des plis contenant les candidatures et les offres dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée, sauf en cas d'urgence impérieuse. Elle émet un avis sur ces candidatures et offres.

« Le directeur général de l'office prend les décisions relatives aux marchés de l'office au vu, le cas échéant, de l'avis de la commission.

« Art. R. 433-3.-Lorsqu'un groupement de commandes est composé en majorité d'offices publics de l'habitat, il est institué une commission d'appel d'offres composée d'un représentant pour chacun des membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres.
« La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement. Pour chaque membre titulaire est prévu un suppléant. »

II. Le cinquième alinéa de l'article R. 421-18 du même code est supprimé. »

A la lecture de ces nouvelles dispositions, la CAO des OPH :

- › est composée de 3 membres issus du conseil d'administration. Pour chaque membre titulaire, y compris son président, est prévu un suppléant ;
- › le quorum est atteint lorsque 2 membres sont présents en CAO ;
- › les marchés soumis à la CAO sont ceux dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance ; c'est-à-dire les procédures formalisées ;
- › la CAO établit son règlement intérieur, ouvre les plis et émet un avis sur les candidatures et les offres ;
- › le DG ne préside plus la CAO. Cependant, il attribue le marché. Sur ce point, il faut savoir qu'il n'est pas lié par l'avis de la CAO.

A la lecture de ces nouvelles dispositions lorsqu'un groupement de commandes est composé en majorité d'offices publics de l'habitat :

- › il est institué une commission d'appel d'offres composée d'un représentant pour chacun des membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres ;
- › elle est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement ;
- › pour chaque membre titulaire est prévu un suppléant.

Peut-on mettre en place plusieurs Commissions d'Appel d'Offres ?

POUR LES OPH :

Selon la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie⁵⁷, il est possible aux OPH de créer une ou plusieurs Commissions d'Appel d'Offres. Celles-ci peuvent par exemple être appelées à intervenir chacune sur différents types de marchés. Par ailleurs, cette ou ces commissions peuvent avoir un caractère permanent (au moins sur la durée des mandats) ou être créées à l'occasion de chaque marché, au fur et à mesure des besoins.

POUR LES ORGANISMES À STATUT PRIVÉ :

Interrogé, le ministère du Logement (Direction de l'habitat, de l'urbanisme et des paysages) a considéré que, dans la lecture de l'article R.433-6 du CCH, la liberté de composition de la CAO est laissée à l'organisme qui en définit les modalités de fonctionnement et les pouvoirs dans les mêmes conditions que celles qui préexistaient à l'article R. 433-15 dans sa rédaction antérieure. Sur ce point, il est rapporté que les rédacteurs du texte n'ont jamais envisagé de restreindre la liberté laissée à l'organisme d'adapter la CAO aux réalités des marchés et, au besoin, en constituant plusieurs commissions.

⁵⁷Voir fiche technique de la DAI en date du 19 juillet 2016

Dans le cas de concours, comment est composé le jury ?

L'article 89-I du décret précise que *« Le jury est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doivent posséder cette qualification ou une qualification équivalente »*.

L'article 89-IV du décret indique que *« pour les concours organisés par les autres acheteurs, les membres du jury sont désignés selon des règles propres à chaque établissement »*.

Alors même que les textes ne prévoient pas que les membres de la CAO font partie du jury, il est conseillé de faire appel à leurs compétences pour constituer le « noyau dur » du jury. Pour déterminer le nombre de « personnes compétentes » afin qu'elles représentent le tiers du jury, il suffit de diviser le nombre de participants à la CAO par deux (exemple : la CAO composée de 6 personnes devra accueillir 3 personnalités compétentes pour former un jury de 9 membres).

Dans le cas de concours, le jury est-il une instance de décision ?

Si un jury est requis en cas de concours (articles 88-II du décret), il n'est toutefois pas une instance de décision : *« il examine les candidatures et formule un avis motivé sur celles-ci. L'acheteur fixe la liste des candidats admis à concourir et les candidats non retenus en sont informés. Le jury examine les plans et projets présentés par les participants au concours de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères d'évaluation des projets indiqués dans l'avis de concours. Il consigne dans un procès-verbal, signé par ses membres, le classement des projets ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements et les questions qu'il envisage en conséquence de poser aux candidats concernés »*.

L'article 88-III ajoute *« l'acheteur choisit le ou les lauréats du concours au vu du procès-verbal et de l'avis du jury »*.

Le cas particulier des marchés de conception-réalisation et des marchés publics de performance relevant de la loi MOP

S'agissant des marchés de conception-réalisation d'un montant supérieur au seuil européen dont les modalités d'organisation sont déterminées par l'article 91 du décret, le jury est composé par l'acheteur et doit comporter au moins un tiers de personnalités, indépendantes des candidats, ayant une qualification équivalente à celles exigées des candidats. Aussi, dans le cas d'espèce, un marché de conception-réalisation étant par nature confié à une entreprise et à un concepteur, on devra retrouver parmi ces personnalités au moins un entrepreneur et un concepteur.

Le jury doit :

- › Dresser un procès-verbal d'examen des candidatures,
- › Formuler un avis sur la liste des candidats à retenir (et c'est à l'acheteur d'arrêter la liste des candidats autorisés à proposer une offre),
- › Auditionner les candidats,
- › Dresser un procès-verbal d'examen des prestations et des auditions des candidats,
- › Formuler un avis motivé pour permettre au pouvoir adjudicateur d'arrêter son choix.

La constitution d'un jury n'est pas obligatoire pour :

- › les opérations de réutilisation ou de réhabilitation d'ouvrages existants,
- › la réalisation de projets urbains ou paysagers,
- › les ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation,
- › les ouvrages d'infrastructure.

La vérification des pièces du marché

L'acheteur a la possibilité de procéder à la vérification de la transmission des pièces présentées par les différents candidats, puisque l'organisme peut demander aux candidats de compléter leur dossier ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis « *à tout moment de la procédure* » (cf. art. 55-II-1° du décret), étant précisé qu'en procédure restreinte, cette vérification doit être faite avant l'envoi de la demande de soumissionner ou de participer au dialogue (cf. art. 55-II-3).

Qui attribue le marché ?

POUR LES ORGANISMES DE STATUT PRIVÉ :

c'est au directeur général de l'organisme d'attribuer les marchés en application des délégations que lui confie le Conseil d'administration ou de surveillance ; toutefois, l'organisme peut décider que ce sera la CAO qui attribue le marché ;

POUR LES OPH :

au titre de l'article R.421-18 du CCH, « *le directeur général passe tous actes et contrats au nom de l'office... Le directeur général préside la commission d'appel d'offres* ». Mais c'est la commission d'appel d'offres, en vertu de l'article L1414-2 du CGCT, qui choisit le titulaire du marché.

Cependant, le décret d'application de la loi SAPIN II, n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique, publié au JORF du 12 avril 2017, a modifié l'état du droit. Son article 27 régit la CAO des OPH.



Article 27 dudit décret précité :

« I. La section 1 du chapitre III du titre III du livre IV de la partie réglementaire du code de la construction et de l'habitation est remplacée par les dispositions suivantes :

« Section 1

« Marchés publics des offices publics de l'habitat

« Art. R. 433-1.-Les marchés publics des offices publics de l'habitat sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

« Art. R. 433-2.-Chaque office public de l'habitat constitue une commission d'appel d'offres, composée de trois membres du conseil d'administration de l'office, qu'il désigne. Pour chaque membre titulaire, y compris son président, est prévu un suppléant.

« Le quorum est atteint lorsque deux membres au moins sont présents. Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

« La commission établit son règlement intérieur.

« La commission d'appel d'offres procède à l'ouverture des plis contenant les candidatures et les offres dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée, sauf en cas d'urgence impérieuse. Elle émet un avis sur ces candidatures et offres.

« Le directeur général de l'office prend les décisions relatives aux marchés de l'office au vu, le cas échéant, de l'avis de la commission.

« Art. R. 433-3.-Lorsqu'un groupement de commandes est composé en majorité d'offices publics de l'habitat, il est institué une commission d'appel d'offres composée d'un représentant pour chacun des membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres.

« La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement. Pour chaque membre titulaire est prévu un suppléant. »

II. Le cinquième alinéa de l'article R. 421-18 du même code est supprimé. »

A la lecture de ces nouvelles dispositions c'est désormais le directeur général qui attribue le marché.

Ainsi, la procédure concurrentielle avec négociation pourrait être appelée à devenir la procédure « de base » pour l'achat de nombreuses prestations d'un montant supérieur aux seuils européens : pratiquement dans tous les cas de marchés de travaux, et, s'agissant de services notamment, dans tous les cas où l'organisme a besoin d'une prestation « sur mesure » (cf. la fiche « *La procédure concurrentielle avec négociation* » établie par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances (DAJ) en date du 30 mars 2016).

En raison des définitions apportées à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif (cf. l'article 42 de l'ordonnance rappelé ci-dessus) :

- La procédure concurrentielle avec négociation sera destinée à l'achat de prestations que l'acheteur aura défini de façon assez précise, mais en laissant aux opérateurs économiques la possibilité de proposer des variantes (cf. art. 42 précité: « *le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché* »).
- Le dialogue compétitif sera plutôt utilisé quand l'acheteur sait préciser les performances ou les résultats à atteindre, mais soit parce qu'il souhaite laisser aux candidats le choix des moyens à mettre en œuvre ou soit parce qu'il n'est pas en mesure de définir les moyens à mettre en œuvre (cf. le même article « *l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins* »).

Toutefois, dans les deux cas, il appartient à l'acheteur de définir les exigences minimales auxquels les candidats doivent répondre. Aussi, on peut rappeler un autre considérant de la directive qui éclaire le propos : *« il convient de préciser que les exigences minimales à fixer par le pouvoir adjudicateur sont les conditions et caractéristiques (notamment physiques, fonctionnelles et juridiques) que toute offre est tenue de remplir ou de posséder afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché conformément au critère d'attribution retenu. Afin de garantir la transparence et la traçabilité du processus, toutes les étapes devraient être dûment consignées. En outre, tout au long de la procédure, l'ensemble des offres devraient être soumises par écrit. »*.

La conclusion du marché – Les actions après la notification du marché

Que faire après l'analyse par la CAO ou après sa décision ?

Pour chaque marché passé selon une procédure formalisée, l'organisme doit :

- › informer tous les candidats (cf. art. 99 du décret et voir § « Information – Traçabilité – Archivage »),
- › établir un rapport de présentation (cf. art. 105 du décret et voir § dito ci-dessus),
- › envoyer un avis d'attribution (cf. art. 104 du décret et voir § « Après la conclusion du marché »),
- › pour les OPH, transmettre le marché au service de contrôle de légalité de la préfecture.

En termes d'organisation et de documents à établir, on constate souvent que la CAO classe les offres ou fait son choix à partir d'un rapport d'analyse des offres. Ce dernier est soit établi par les collaborateurs de l'organisme, soit établi par un conseil de l'organisme (maître d'œuvre par exemple). Vient ensuite, s'il est prévu par le règlement intérieur de la CAO, l'établissement d'un procès-verbal (ou compte-rendu) de la CAO, souvent signé par les membres de la CAO. Enfin, vient le rapport de présentation exigé par l'article 104 du décret. Il s'agit donc de trois documents distincts, indépendant de l'avis d'attribution à faire publier au JOUE.

Par ailleurs, il convient de noter que « marché attribué » ne signifie pas « marché signé » (cf. § « quelle différence entre attribution, notification et ordre de service »). En effet, il est possible de procéder à une mise au point du marché avec l'attributaire (cf. art. 64 du décret). Il y a lieu toutefois de prendre garde à ce que peut recouvrer cette mise au point. Il ne s'agira en aucun cas de commencer une nouvelle négociation avec l'attributaire, ni de modifier les caractéristiques essentielles du marché ou de l'offre. Il s'agira, notamment après négociation, d'intégrer les éventuelles variantes ou options retenues, de préciser certains points, comme par exemple la désignation des matériels et matériaux qui seront mis en œuvre (une fois la mise en concurrence terminée, rien n'interdit de citer des marques et modèles avec l'attributaire de façon à rendre contractuel la pose de modèles précis).

Quelles informations à destination du Conseil d'Administration ?

Pour les organismes de statut privé, il est prévu au titre de l'article R.433-6 du CCH que tous les marchés passés selon une procédure formalisée fassent l'objet d'un « suivi ». Cela se traduit par la rédaction d'un rapport annuel qui doit être transmis au Conseil d'Administration ou de Surveillance de l'organisme.

Ce rapport comporte pour chacun de ces marchés le montant initial du contrat, le montant total des sommes effectivement versées et, le cas échéant, les raisons de l'écart constaté.

Si aucune disposition similaire n'est actuellement en place pour les OPH, rien n'empêche ces organismes d'appliquer cette règle.

De plus, en vertu de l'article L1414-4 du CGCT, concernant les OPH, lorsque le conseil d'administration est appelé à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis.

Le traitement statistique

Les pouvoirs adjudicateurs doivent transmettre à l'Observatoire économique de la commande publique des données sur leurs marchés, au titre de l'article 141 du décret. Un arrêté à paraître devrait préciser les marchés concernés, la nature des informations à transmettre, ainsi que les modalités de transmission de ces informations.

Dans l'attente d'éventuelles précisions, on rappellera que le décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 et l'arrêté du 21 juillet 2011 relatifs au recensement des marchés publics sont venus préciser les éléments à transmettre : les données communiquées à l'observatoire de l'achat public comportent obligatoirement les informations suivantes :

- › le type de contrat ;
- › le millésime de la date de lancement de la procédure de publicité et de mise en concurrence ;
- › les numéros SIREN et NIC de l'organisme acheteur ;
- › le numéro d'ordre de la procédure au sein de l'organisme acheteur ;
- › lorsqu'une procédure de passation donne lieu à plusieurs marchés, l'identifiant du marché ;
- › le cas échéant, le numéro d'ordre de l'avenant ou de l'acte spécial ;
- › le numéro SIREN du titulaire ou du mandataire du groupement ;
- › le cas échéant, le numéro SIREN du ou des cotitulaires ;
- › le cas échéant, le numéro SIREN du sous-traitant ;
- › l'objet du contrat défini en recourant aux numéros de la nomenclature communautaire « Vocabulaire commun pour les marchés publics » dite « CPV » ;
- › le type de procédure de passation ;
- › le montant hors taxe du contrat ou de l'avenant ;
- › le cas échéant, le montant de la part sous-traitée ;
- › la durée du contrat ;
- › la nature ferme, actualisable ou révisable du prix.

L'article 6 de l'arrêté précité indique que l'organisme qui ne dispose pas d'un comptable public, ou dont le comptable public n'est pas rattaché au réseau des comptables du Trésor public, transmet à l'Observatoire économique de l'achat public, dès notification du contrat, sur support papier ou par voie électronique, une fiche de recensement établie selon le modèle annexé au susdit arrêté.

Ces informations doivent permettre à l'observatoire économique de l'achat public de constituer et d'exploiter une base de données regroupant l'ensemble des opérations d'achat public, chacun des contrats, marchés et accords-cadres. Aussi, à cet effet, les marchés et accords-cadres recensés doivent être identifiés au moyen d'un numéro d'identifiant unique. Ce numéro d'identification est, en application de l'arrêté du 21 juillet 2011, composé de dix-huit caractères définis comme suit :

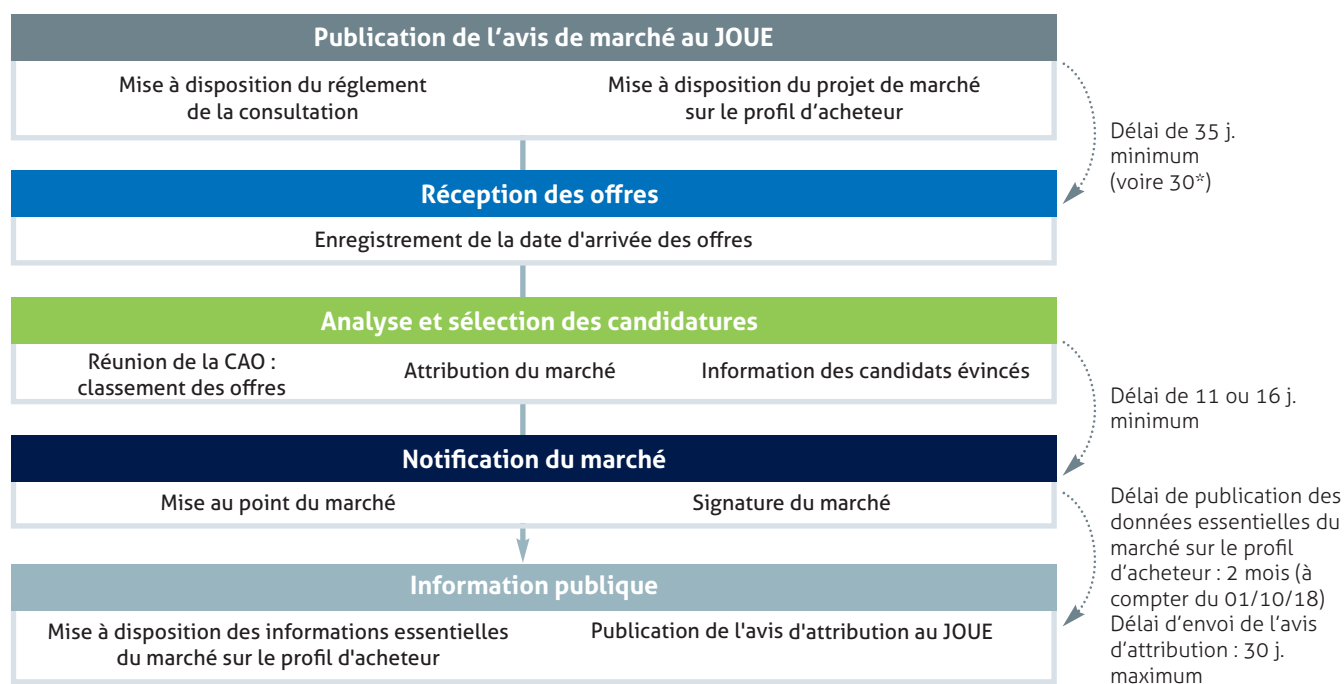
- ▶ Les quatre premiers caractères correspondent à l'année de lancement de la procédure.
- ▶ Les caractères 5 à 14 correspondent au numéro d'ordre interne de la procédure et sont attribués par l'organisme acheteur.
- ▶ Les caractères 15 et 16 constituent les numéros d'ordre, le cas échéant, du ou des avenants qui interviennent postérieurement à la notification.
- ▶ Les caractères 17 et 18 constituent les numéros d'ordre, le cas échéant, du ou des actes spéciaux de sous-traitance qui interviennent postérieurement à la notification.

L'APPEL D'OFFRES

L'appel d'offres est la procédure à appliquer dès lors que le montant du marché atteint ou dépasse le seuil européen, et dès lors que les conditions de recours aux autres procédures formalisées ne sont pas réunies (voir infra). On rappellera que cette procédure n'est désormais à utiliser que pour l'achat de fournitures et services standard ne nécessitant pas d'adaptation pour répondre aux besoins de l'acheteur. En d'autres termes, pour les marchés de travaux ou pour toutes les prestations de service « hors catalogue », on privilégiera une autre forme de procédure formalisée, notamment la procédure concurrentielle avec négociation.

C'est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, **sans négociation**, sur la base de critères objectifs et précis, adaptés à l'objet du marché et préalablement portés à la connaissance des candidats. L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint. L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre. L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection ; le **nombre minimal de candidats** que le pouvoir adjudicateur doit autoriser ne peut être inférieur à 5, sauf si le nombre de candidats en capacité de réaliser le marché est inférieur (cf. art. 47 du décret).

Le déroulement de la procédure ouverte

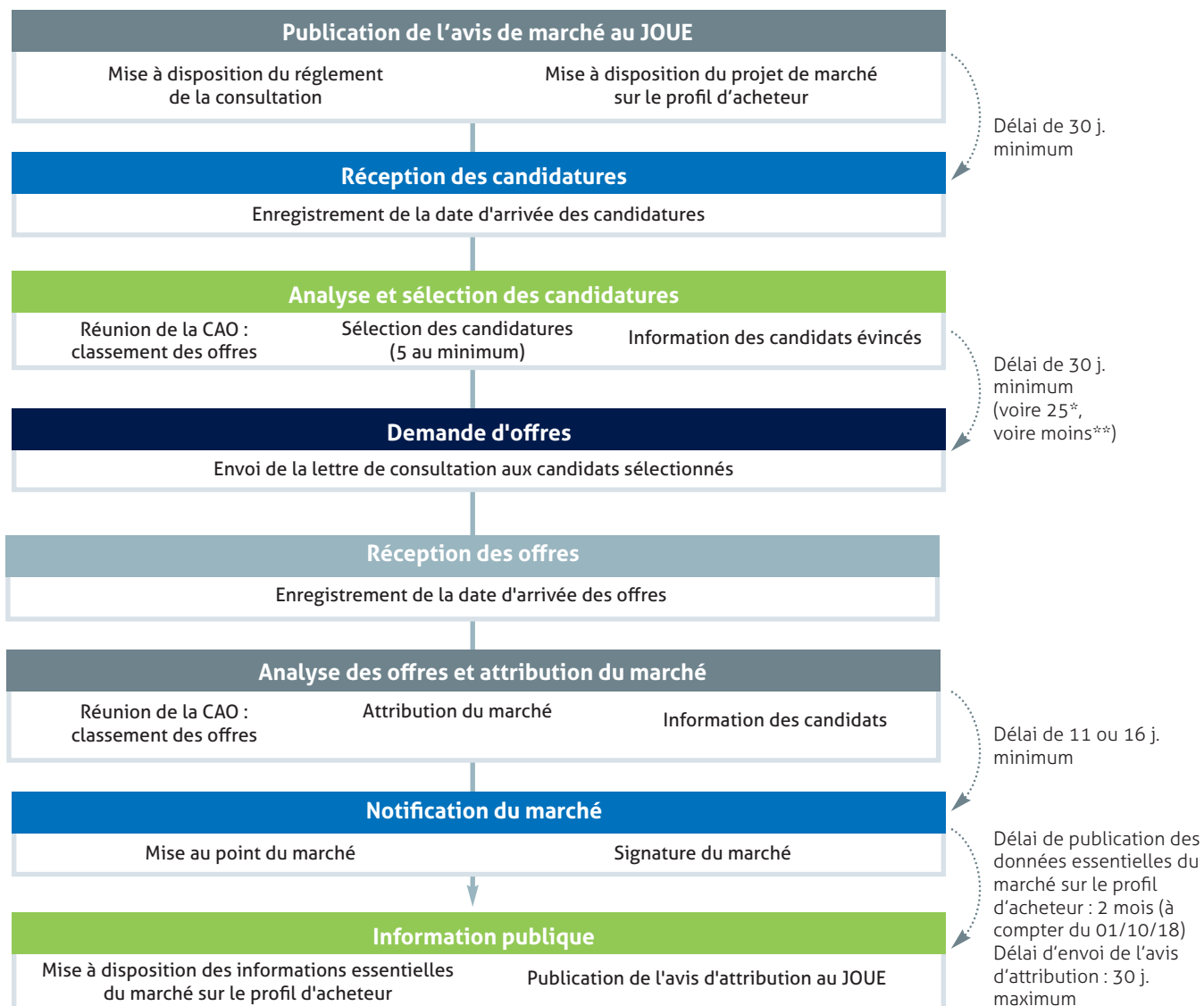


*Le délai de remise des offres peut être réduit de 5 jours si les candidatures et les offres peuvent être transmises par voie électronique (NB : cette disposition devrait s'appliquer automatiquement quand la dématérialisation « totale » sera obligatoire).

À NOTER

L'article 68 du décret offre la possibilité d'examiner les offres avant les candidatures. Pour autant, il appartient à l'acheteur de vérifier que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché ne se trouve pas dans un cas d'exclusion des marchés publics et qu'il possède bien les capacités requises à la réalisation du marché avant de l'informer de l'attribution.

Le déroulement de la procédure restreinte



*Le délai de remise des offres peut être réduit de 5 jours si les candidatures et les offres peuvent être transmises par voie électronique (NB : cette disposition devrait s'appliquer quand la dématérialisation « totale » sera obligatoire).

**En application du dernier alinéa du I de l'article 70-I du décret, il est possible de fixer un délai plus court si tous les candidats en lice en sont d'accord ; ce délai doit être le même pour tous.

LA PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION

Les procédures concurrentielles avec négociation sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques après un appel de candidatures et négocient les conditions du marché avec ceux d'entre eux qui auront été sélectionnés. En cas de procédure concurrentielle avec négociation, il est nécessaire de consulter au minimum 3 candidats, voire moins dès lors que le nombre de candidats en capacité de réaliser le marché est inférieur à ce nombre minimal (cf. 47 du décret).

La négociation se conduit avec des candidats sélectionnés après appel à candidatures, sur la base d'offres initiales qui leur sont demandées sous délai minimal de 30 jours, délai qui peut être réduit à 25 en cas de pré-information et à 10 jours dès lors que tous les candidats sélectionnés en sont d'accord. Au cours de la négociation, il est possible de réduire le nombre de candidats, pour autant qu'on en conserve un nombre suffisant pour maintenir une concurrence réelle. A l'issue de la négociation, l'acheteur doit informer l'ensemble des candidats en lice de la clôture de cette négociation et leur demander la remise d'offres finales dans un délai raisonnable. C'est la Commission d'Appel d'Offres qui classe les offres finales en vue de l'attribution du marché.

Au sein des articles 71 à 73 du décret, il est notamment précisé que :

- ▶ Il est indispensable d'indiquer dans les documents de la consultation les exigences minimales auxquelles les candidats doivent répondre, celles-ci ne pouvant évoluer au cours de la négociation,
- ▶ Il est possible de réduire les délais de remise des candidatures à 15 jours et celle de remise des offres initiales à 10 jours en cas d'urgence motivée,
- ▶ On peut attribuer le marché sans négociation, sous réserve toutefois d'en prévoir expressément la possibilité dans le règlement de la consultation,
- ▶ On doit maintenir l'égalité de traitement des candidats en permanence, et, en cas de changements apportés aux spécifications techniques, l'ensemble des candidats en lice doit en être informé,
- ▶ Le marché est attribué sur le fondement des critères pondérés annoncés dans l'avis de marché ou les documents de consultation initiaux (ceux-ci ne peuvent pas évoluer au fil de la procédure),
- ▶ Il n'est pas admis de négociation sur les offres finales, seule la mise au point du marché avec l'attributaire est possible.

Quand choisir la procédure concurrentielle avec négociation ?

L'article 25 du décret d'application de l'ordonnance indique que la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif peuvent être mis en œuvre dans les cas suivants :

1. *« Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;*
2. *Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;*
3. *Lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;*
4. *Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;*
5. *Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;*
6. *Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. »*

L'introduction de la procédure concurrentielle avec négociation est une évolution majeure dans le corpus réglementaire de la commande publique. A cet égard, on peut citer quelques considérants de la directive européenne : « Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations.

... Pour les marchés de travaux, il s'agit notamment de travaux qui ne concernent pas des bâtiments standards ou qui comportent une conception ou des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures nécessitant des efforts d'adaptation ou de conception, le recours à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est susceptible d'être utile. De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Dans de tels cas, des négociations peuvent être nécessaires afin de garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur...

... Les négociations devraient avoir pour objectif d'améliorer les offres, de manière que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux, des fournitures et des services parfaitement adaptés à leurs besoins spécifiques. Les négociations peuvent porter sur toutes les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services achetés, y compris, notamment, la qualité, les quantités, les clauses commerciales, ainsi que les aspects sociaux, environnementaux et innovants, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'exigences minimales. »

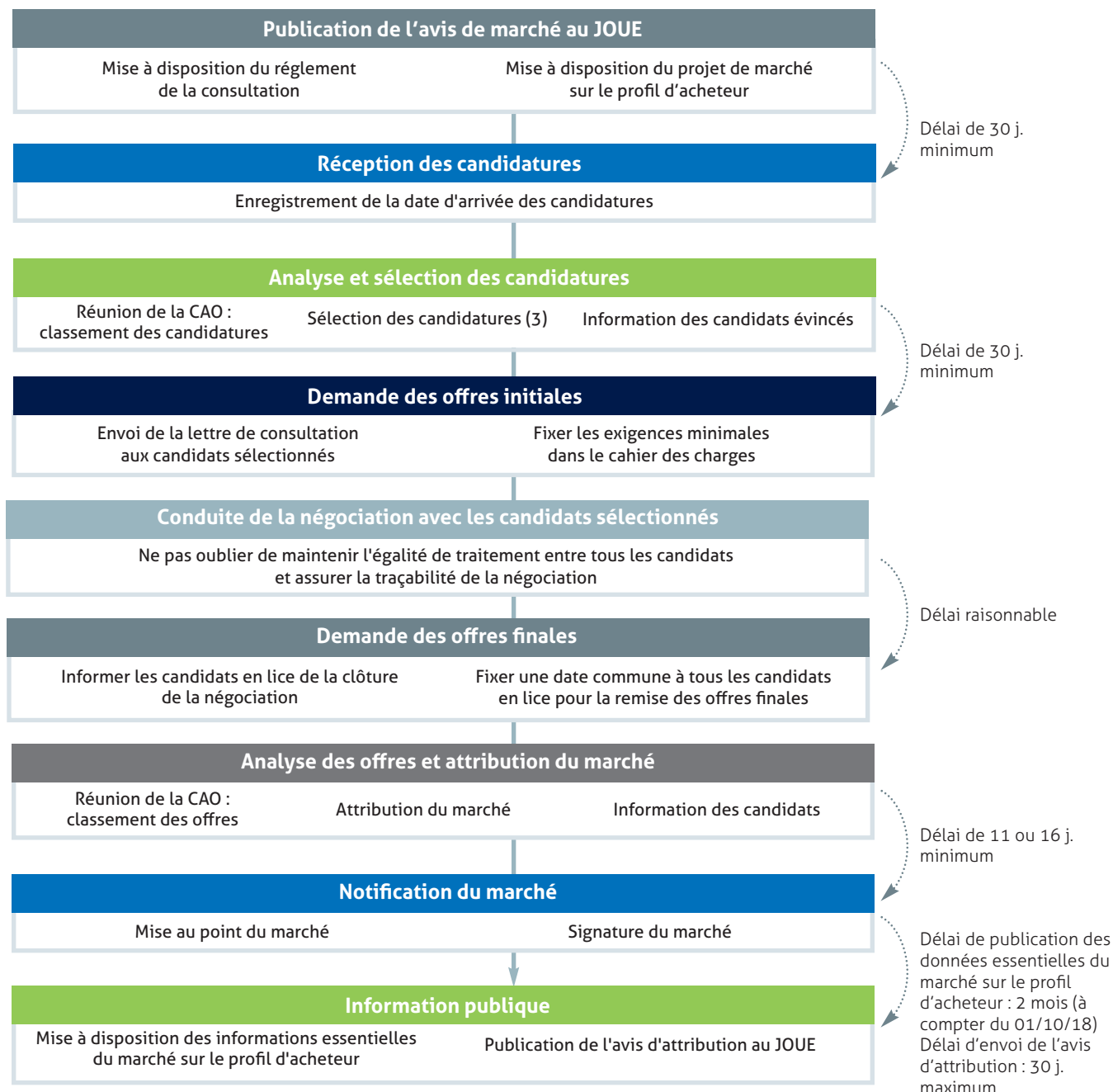
Ainsi, la procédure concurrentielle avec négociation pourrait être appelée à devenir la procédure « de base » pour l'achat de nombreuses prestations d'un montant supérieur aux seuils européens : pratiquement dans tous les cas de marchés de travaux, et, s'agissant de services notamment, dans tous les cas où l'organisme a besoin d'une prestation « sur mesure » (voir la fiche « La procédure concurrentielle avec négociation » établie par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances (DAJ) en date du 30 mars 2016).

En raison des définitions apportées à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif (voir l'article 42 de l'ordonnance rappelé ci-dessus) :

- La procédure concurrentielle avec négociation sera destinée à l'achat de prestations que l'acheteur aura défini de façon assez précise, mais en laissant aux opérateurs économiques la possibilité de proposer des variantes (cf. art. 42 précité : « *le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché* »),
- Le dialogue compétitif sera plutôt utilisé quand l'acheteur sait préciser les performances ou les résultats à atteindre, mais soit parce qu'il souhaite laisser aux candidats le choix des moyens à mettre en œuvre ou soit parce qu'il n'est pas en mesure de définir les moyens à mettre en œuvre (cf. le même article « *l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins* »).

Toutefois, dans les deux cas, il appartient à l'acheteur de définir les exigences minimales auxquels les candidats doivent répondre. Aussi, on peut rappeler un autre considérant de la directive qui éclaire le propos : « *Il convient de préciser que les exigences minimales à fixer par le pouvoir adjudicateur sont les conditions et caractéristiques (notamment physiques, fonctionnelles et juridiques) que toute offre est tenue de remplir ou de posséder afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché conformément au critère d'attribution retenu. Afin de garantir la transparence et la traçabilité du processus, toutes les étapes devraient être dûment consignées. En outre, tout au long de la procédure, l'ensemble des offres devraient être soumises par écrit.* »

Le déroulement de la procédure concurrentielle avec négociation



LE DIALOGUE COMPÉTITIF

L'article 75 du décret indique que « Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre. L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. »

Le dialogue compétitif est une procédure restreinte, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à participer à cette procédure (au minimum 3 pour autant qu'il y ait suffisamment de candidats en capacité de réaliser le marché).

Le déroulement du dialogue compétitif

Le dernier alinéa de l'article 75 du décret précise que : « *Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.* »

L'article 76 du décret indique les modalités de déroulement d'un dialogue compétitif :

« *L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché public peuvent être discutés avec les participants sélectionnés.*

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité.

Dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises.

L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Le dialogue est conduit dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants. À cette fin, l'acheteur s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres.

III. Lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, l'acheteur en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il vérifie que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

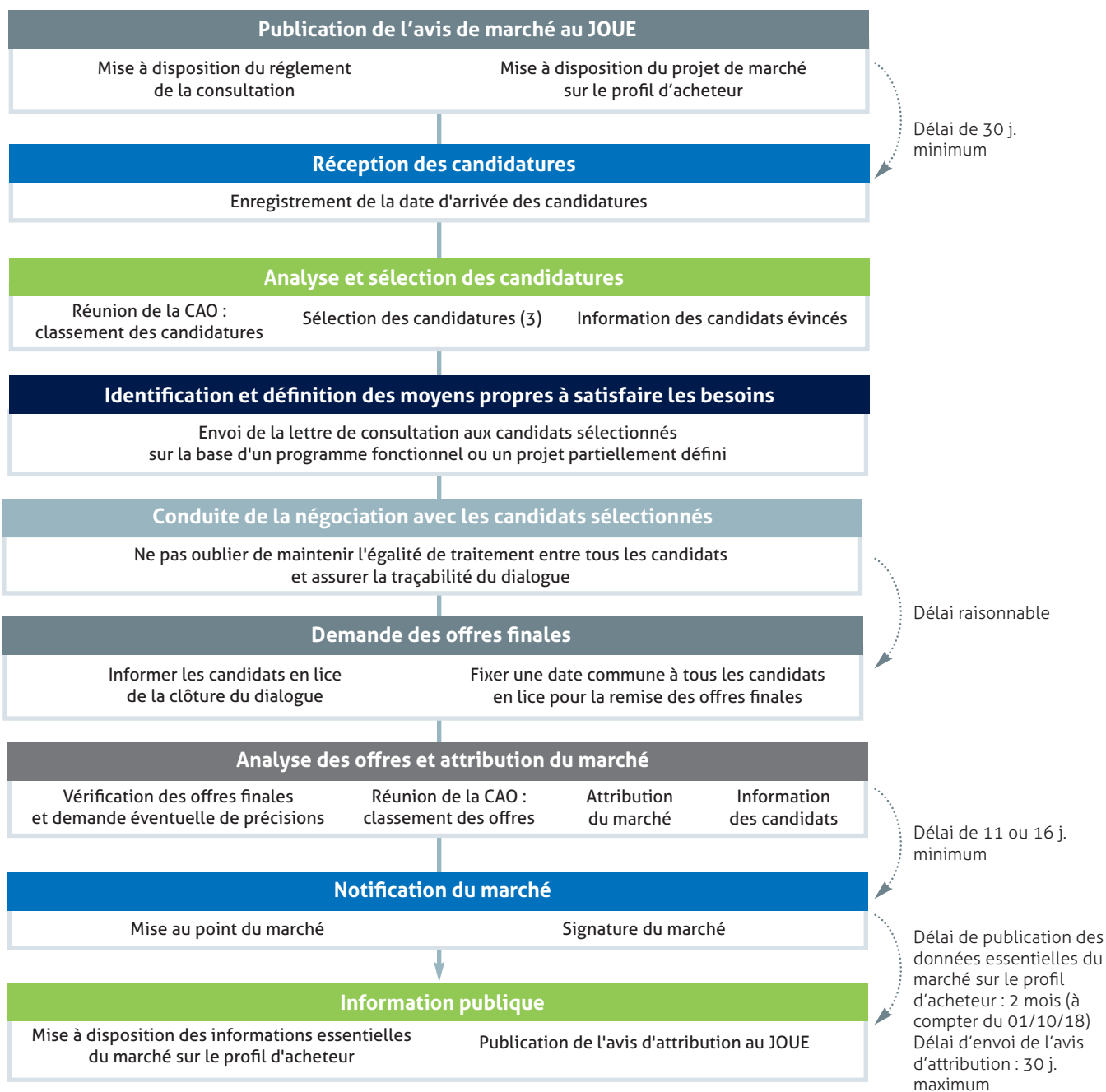
Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation, lorsque les modifications apportées sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

IV. À la demande de l'acheteur, le soumissionnaire retenu peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

V. L'acheteur peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée pour sa participation à la procédure. »

À NOTER

Un certain parallélisme avec la procédure concurrentielle avec négociation, à ceci près qu'il n'est notamment pas fixé de délai pour la remise des offres tant initiales que finales. En revanche, compte tenu des investissements, que les candidats peuvent être amenés à produire dans le cadre du dialogue, et notamment en termes de temps à passer, l'acheteur peut prévoir le versement de primes.



Dans quels cas utiliser cette procédure ?

Le dialogue compétitif présente, par rapport à l'appel d'offres ou à la procédure concurrentielle avec négociation, l'avantage de conférer une vision plus complète et comparative des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir, puisque les offres ne seront pas, dès le début, enfermées dans des spécifications techniques trop précises. Il offre aux acheteurs publics des possibilités plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites.

Dès lors qu'on souhaite (et que l'on peut) recourir à la procédure de dialogue compétitif, le principe est de mettre en concurrence les opérateurs économiques sur la base d'un cahier des charges portant sur les exigences de l'acheteur, un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini ; dans ce document l'acheteur décrit, en termes pratiques, ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre : on indique les performances à atteindre, charge aux candidats de proposer les solutions qui permettent d'atteindre le niveau de performances attendu.

En pratique, une procédure de dialogue compétitif se met en place au travers de séances d'échanges entre le pouvoir adjudicateur et les candidats. Les phases de dialogue sont conduites « en tunnel », ou, autrement dit, on entend et questionne les différents candidats les uns après les autres, en s'interdisant de communiquer les propositions faites par un candidat aux autres, et ce, dans un souci constant d'égalité de traitement (mêmes dates d'audition mais à des heures différentes, mêmes temps d'échanges, mais questions éventuellement différentes pour tenir compte du contenu différencié des propositions).

En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits dans le cahier des charges, mais les offres reçues ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Elles vont pouvoir être améliorées et complétées, grâce au dialogue que chaque candidat aura avec le pouvoir adjudicateur. Un candidat peut avoir besoin d'informations complémentaires sur le site (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique, la présence d'amiante, etc.) ; dans ce cas, il faut s'assurer que l'information complémentaire transmise à un seul candidat ne va pas bafouer l'égalité de traitement des autres candidats (dans cette hypothèse, il convient de diffuser l'information à l'ensemble des candidats). Le pouvoir adjudicateur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications, permettant de mieux tirer profit des potentialités de cette proposition.

Le dialogue est souvent conduit par ce qu'on appelle une commission technique composée de collaborateurs de l'organisme auxquels on peut associer des experts extérieurs selon l'objet du marché et sa complexité. Le nombre de phases de dialogue n'est pas réglementairement fixé ; toutefois il faut au moins une séance avec les différents protagonistes, et éviter d'aller au-delà de trois tours pour éviter d'essouffler les candidats.

En cours de dialogue, on peut exclure certains candidats dont les propositions sont trop éloignées de la solution recherchée. On clôt le dialogue quand au moins une solution répond aux attentes. On en informe alors les candidats et on leur demande de faire une offre finale. Après le choix de l'attributaire (réunion de la CAO), on ne peut discuter avec ce dernier que pour mettre au point le marché, sans toutefois que cette mise au point remette en cause une des conditions essentielles de la proposition et du cahier des charges.

L'élaboration des propositions par les candidats tout au long du dialogue compétitif peut entraîner des coûts élevés susceptibles de dissuader des concurrents potentiels. Bien que la réglementation ne l'exige pas, on peut octroyer des primes aux candidats (à tous, à ceux qui ont fait des propositions ayant fait l'objet de discussion ou aux auteurs des offres les mieux placées) afin de compenser le temps et la matière grise dépensés par les candidats (les conditions de versement de la prime sont à préciser dans les documents de la consultation) ; dans le cas de prime, celle versée à l'attributaire entre dans le prix de son marché. La prime permettra de susciter une réelle concurrence, en incitant le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer au dialogue.

Outre la complexité de la procédure elle-même et sa durée (compter au moins 6 mois), et bien qu'elle puisse apporter une réelle plus-value dans certains cas, son utilisation doit être menée avec précaution, notamment quant à la protection des droits industriels, commerciaux, voire de propriété intellectuelle.

Aussi, on recourra au dialogue compétitif quand les choses en valent la peine ; par exemple, pour des marchés de conception-réalisation-maintenance avec des objectifs ambitieux (au-delà des performances réglementaires), dans le cadre d'une procédure de conception-réalisation pour les opérations de réhabilitation de bâtiments ou pour la passation des contrats de performance énergétique, pour des projets urbains, pour des marchés où la technologie des candidats peut apporter des solutions différentes, voire innovantes (prestations informatiques, télérelève, etc.).

LE CONCOURS

Le concours est une procédure qui permet au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes. Il y a lieu de noter que, s'agissant des concours d'architecture, la procédure est obligatoirement restreinte et la mise en place de prime est obligatoire (cf. art. 90 du décret).

Dans quels cas s'impose cette procédure ?

S'agissant des organismes Hlm, le recours aux concours est devenu obligatoire en vertu de l'article 83 de la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (dite loi CAP). La loi CAP prévoit que les conditions de recours au concours seront fixées par décret. Durant l'absence de publication dudit décret, les conditions de recours au concours ont été celles définies à l'article 90-II-2° du décret du 25 mars 2016. (lequel dispense les organismes Hlm de l'obligation d'organiser un concours).

Le décret d'application de la loi CAP est paru le 12 avril 2017 au JORF. Il s'agit du décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique. Son article 31 prévoit que cette procédure s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} juillet 2017.

Le déroulement d'un concours d'architecture :

Le concours d'architecture est une procédure restreinte. Aussi, il convient de déterminer des « critères clairs et non discriminatoires », comme le souligne le II de l'article 88 du décret pour sélectionner les participants (et ça n'est pas très aisé dès lors qu'on sait qu'en cas de concours d'architecture, il n'est pas rare de recevoir plus de 50 candidatures... le « book » des réalisations ou des réponses aux concours présenté par les architectes peut être un moyen efficace pour sélectionner les candidats au motif que le style développé permet de mesurer les possibilités d'insertion dans le site). C'est un jury qui classe les candidatures en vue de la sélection de ceux qui seront autorisés à concourir. Il est ensuite demandé aux candidats sélectionnés (**au moins 3**) de proposer un projet établi sur la base d'un programme et dans les formes définies au règlement de concours transmis antérieurement à ces candidats. Le projet doit être rendu anonyme pour son examen par le jury.

Le jury analyse les projets et les classe en fonction des critères de sélection. Ça n'est qu'à partir du moment où les résultats de l'analyse et le classement faits par le jury sont consignés dans un procès-verbal, ainsi que, le cas échéant, les questions ou les points nécessitant un éclaircissement sont établis, que l'anonymat peut être levé. Le jury peut alors entendre les candidats formuler leurs réponses aux questions formulées dans le PV. Cette audition fait également l'objet d'un procès-verbal exhaustif de l'ensemble du dialogue entre jury et candidats (un enregistrement des auditions est conseillé puisque le décret précise qu'un procès-verbal « complet » du dialogue doit être établi). Le pouvoir adjudicateur attribue le marché au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury.

S'agissant des primes qui doivent être octroyées aux candidats ayant concouru, elles sont égales à 80% du montant estimé des études demandées. En d'autres termes, s'il est demandé une esquisse, le montant de la prime sera comprise dans une fourchette de 3 à 4% environ du montant total des honoraires qui devraient être versés au titre d'une mission de base, alors que s'il est demandé un avant-projet sommaire, le montant de la prime peut aisément atteindre 12 à 18% de ce même montant (les pourcentages indiqués sont ceux fréquemment constatés dans la profession). Il est en conséquence conseillé de s'assurer que le niveau d'échelle des plans demandé correspond bien au niveau d'étude souhaité (se reporter aux décrets et arrêté d'application de la loi MOP).



PARTIE 4

Les marchés particuliers

LE PARTENARIAT D'INNOVATION

Selon les dispositions de l'article 93 du décret, « *Les partenariat d'innovation ont pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux au sens du 2° du II de l'article 25 ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.*

L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels. Cette décision est indiquée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. »

L'objectif de cette forme contractuelle créée par la directive de 2014 et transposée en droit français par le décret n°2014-1097 est de favoriser l'innovation d'une part et de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'acquérir des prestations qui ne sont pas disponibles sur le marché d'autre part. Ouvert pour tout type de prestation, le partenariat d'innovation a pour objet la recherche et développement (R&D) de travaux, de produits ou de services nouveaux ainsi que l'acquisition de la solution innovante qui en résulte.

Les conditions de mise en concurrence pour sélectionner les candidats sont celles de la procédure concurrentielle avec négociation (cf. art. 94 du décret), avec un processus sensiblement teinté des modalités relatives à celles en vigueur dans le cadre du dialogue compétitif.

Une fiche explicative quant au fonctionnement et aux conditions de mise en concurrence du contrat de partenariat a été établie par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et est disponible sur son site.

LES MARCHÉS DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

En quoi les marchés de maîtrise d'œuvre sont-ils particuliers ?

Les marchés de maîtrise d'œuvre passés par les organismes Hlm ont la particularité de devoir appliquer, outre le décret « marché », la loi n° 85-704 dite loi MOP modifiée notamment par l'ordonnance n° 2004-566 et complétée par le décret du 29 novembre 1993 n° 93-1268 relatif aux missions (nota : les décrets n° 93-1270 relatif à la conception-réalisation et n° 93-1269 relatif aux concours ont été abrogés par le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008).

À NOTER

Les prestations de maîtrise d'œuvre, dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application de la loi MOP doivent être conclues au sein d'un contrat unique et faire l'objet de la mission dite « de base ». En d'autres termes, il est interdit de conclure un contrat avec un architecte pour réaliser certaines prestations et un autre contrat avec un bureau d'études techniques sur d'autres prestations pour une même opération.



Le champ d'application de la loi MOP

Les dispositions de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP, sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure dont les maîtres d'ouvrage sont notamment (cf. art 1 de la loi) :

- › L'Etat et ses établissements publics ;
- › Les collectivités territoriales, **leurs établissements publics**, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle
- › **Les organismes privés d'habitations à loyer modéré** organismes énumérés à l'article L. 411-2 du CCH ainsi que les sociétés d'économie mixte, **pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat** et réalisés par ces organismes et sociétés

Les logements locatifs aidés par l'Etat avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation comprennent les subventions directes ainsi que les aides fiscales. Les logements concernés sont donc les PLAI, les PLUS, les PLS et

éventuellement les logements intermédiaires s'ils bénéficient d'un taux de TVA à 10 %. En revanche, le PSLA ne peut pas être considéré comme du locatif mais comme de l'accession et ne peut donc pas être concerné par le II. de l'article 33.

Toutefois, les dispositions de la loi ne sont pas applicables aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du CCH (les organismes Hlm) et les sociétés d'économie mixte par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil.

Lorsqu'ils sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'autres régimes juridiques, les ouvrages édifiés par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du CCH peuvent être dispensés de tout ou partie de l'application de la loi. Cette dispense est accordée par décision du représentant de l'Etat dans le département.

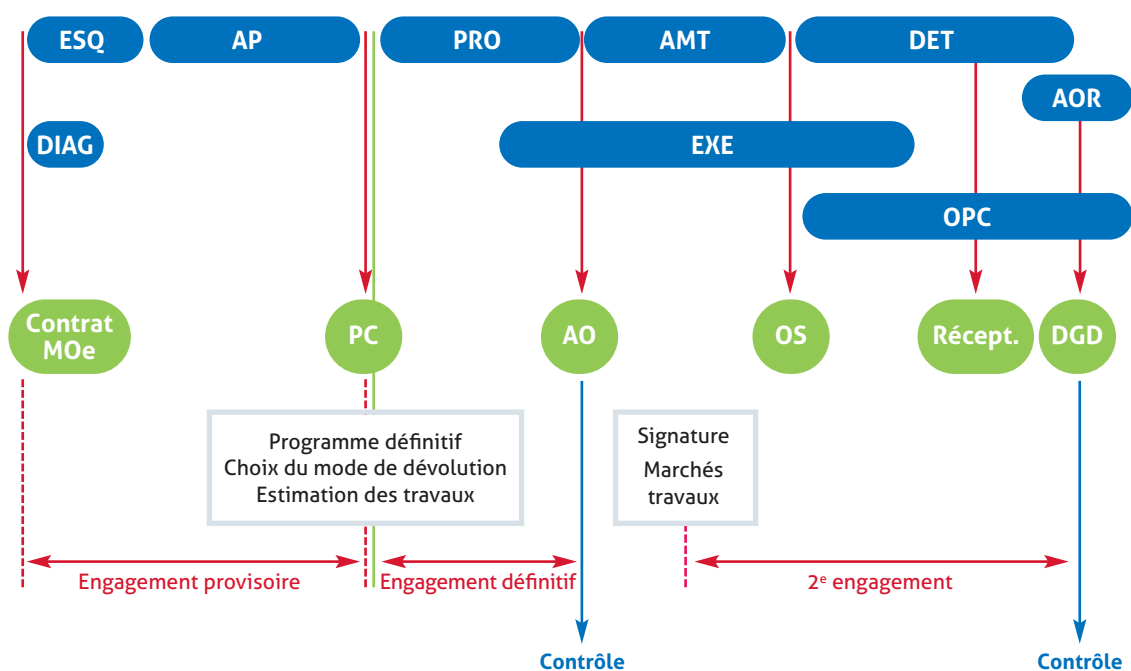


On rappellera que lorsqu'un organisme intervient comme mandataire d'un maître d'ouvrage de statut public, les dispositions de la loi s'appliquent. A titre d'exemple, un organisme de statut privé intervenant comme mandataire d'un OPH pour la construction de logements en accession devra appliquer la loi MOP, alors que s'il intervient seul et pour son compte dans le cadre d'un programme en accession, la loi MOP ne s'appliquera pas.

À RETENIR

En vertu notamment des articles 29 et 30 du décret relatifs aux missions, l'ensemble des conditions du contrat de maîtrise d'œuvre ne devient « définitif » qu'à l'issue des études d'avant-projet lorsque peuvent être arrêtés le programme définitif de l'opération, l'estimation prévisionnelle définitive des travaux ainsi que le mode de dévolution des travaux, et par voie de conséquence, le montant définitif des honoraires (hors application des clauses du contrat).

Ainsi, le contrat de maîtrise d'œuvre s'organise comme suit :



On rappellera également que le prix des marchés de maîtrise d'œuvre, même s'il est provisoire au moment de la signature du marché, est établi de façon forfaitaire (cf. art 29 du décret n°93-1268). Aussi, dans l'acte d'engagement, pour éviter toute règle d'ajustement automatique du montant des honoraires au montant des travaux, il est conseillé de ne pas indiquer de pourcentage de rémunération au regard du prix des travaux.

Dans le cas d'amélioration ou de réhabilitation d'un bâtiment, doit-on obligatoirement confier la mission de base ?

La loi MOP organise les interventions de la maîtrise d'œuvre selon la catégorie des projets en trois types de missions :

- ▶ Mission de maîtrise d'œuvre pour la construction neuve d'ouvrages de bâtiment,
- ▶ Mission de maîtrise d'œuvre pour la réutilisation et la réhabilitation d'ouvrages de bâtiment,
- ▶ Mission de maîtrise d'œuvre pour les ouvrages d'infrastructure.

Pour ce qui a trait aux missions relatives à la réutilisation et à la réhabilitation de bâtiments, il faut préciser qu'au sens de la loi MOP, il s'agit d'interventions lourdes sur les ouvrages, telles que notamment la transformation d'usage, des modifications profondes du bâti existant. Considérant que dans la plupart des cas, les travaux souhaités par les organismes relèvent d'améliorations (remise aux normes, isolation par l'extérieur...), on ne peut les qualifier de réhabilitation au sens où l'a entendu le législateur. En conséquence, dans ce cas, on peut échapper aux dispositions de la loi MOP.

Dès lors qu'on ne se trouve pas dans le champ d'application de la loi MOP, il est possible pour l'organisme de ne pas confier une mission de base appuyée sur un contrat unique et donc de contracter par exemple d'une part avec un architecte pour une mission portant sur le dépôt d'un permis de construire, et d'autre part avec un bureau d'études pour la rédaction du cahier des charges de la consultation des entreprises de travaux, l'organisme se chargeant de suivre les travaux en interne avec ses équipes de collaborateurs. Dans cette hypothèse, l'organisme prendra soin de ne jamais utiliser le terme de « réhabilitation » dans chacun des contrats qu'il conclura afin d'éviter une éventuelle requalification par un juge.

Quelle procédure de sélection pour les marchés de maîtrise d'œuvre ?

Les marchés de maîtrise d'œuvre doivent être passés selon :

- ▶ en dessous des seuils : une procédure adaptée,
- ▶ au-dessus de seuils :
 - la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif dès lors qu'une prestation de conception est requise (cf. art. 25 du décret),
 - la procédure de concours : dans ce cas, se référer aux articles 88 à 90 du décret, étant rappelé qu'il est nécessaire de définir notamment le niveau de rendu tout en se rappelant que le montant des primes à verser sont fonction des prestations demandées ; attention, le décret n° 93-1268 fixe notamment le niveau des échelles des plans selon la phase de mission.

Peut-on organiser une consultation de maîtres d'œuvre pour un ensemble d'opérations ?

Il est possible d'organiser une consultation annuelle (ou pluriannuelle) pour sélectionner les maîtres d'œuvre auxquels l'organisme souhaite confier un marché. La pré-information ou l'accord-cadre peuvent être en l'occurrence les moyens adaptés.

L'avantage de la pré-information est de permettre des délais de publicité plus courts. En revanche, cette formule présente deux inconvénients : dès lors que le montant total des prestations de maîtrise d'œuvre dépasse le seuil des procédures formalisées, chaque contrat, même en deçà de ce seuil, devra être passé selon une procédure formalisée (cf. art. 37 du décret) d'une part, et il est nécessaire que l'organisme connaisse l'ensemble des marchés de maîtrise d'œuvre à conclure dès la publication de la pré-information d'autre part.

Aussi, on préférera la souplesse et l'efficacité de l'accord-cadre multi-attributaire :

- ▶ Pas d'obligation de fixer des minima et maxima (ceux-ci sont toutefois conseillés), ... mais sans maximum, la procédure sera obligatoirement formalisée,
- ▶ Possibilité de créer des lots (par secteur géographique, par nature d'ouvrage – neuf/réhabilitation, individuel/collectif –, par type de mission...),
- ▶ Durée de l'accord-cadre qui peut être portée à quatre ans,
- ▶ Mise en concurrence simplifiée au sein du « vivier » de maîtres d'œuvre choisis et ayant signé l'accord-cadre,
- ▶ Gain de temps lors de la contractualisation puisque les éléments essentiels des contrats auront été fixés dans l'accord-cadre (cadre de CCAP, cadre de CCTP et programme général de référence de l'organisme).

En revanche, cette formule peut être délicate à mettre en œuvre, notamment en ce qui concerne la définition du périmètre de la prestation (il est alors conseillé de prévoir des lots), mais aussi et surtout parce qu'il conviendra de mettre en concurrence l'ensemble des signataires de l'accord-cadre (ou de chaque lot) à l'occasion de chaque nouvelle opération.

Quand la loi MOP est-elle opposable dans le cas des réhabilitations ?

S'agissant de la réhabilitation, la MOP s'applique aux opérations qui ont pour objet :

- ▶ La remise en état profonde,
- ▶ La modification importante des volumes, des façades,
- ▶ La redistribution importante des espaces.

Par déduction, ne sont pas soumises à la loi MOP les opérations suivantes :

- ▶ Entretien courant
- ▶ Maintenance
- ▶ Travaux ponctuels de gros entretiens ou de grosses réparations
- ▶ Travaux portant uniquement sur un équipement technique destiné à l'exploitation d'un bâtiment (remplacement chaudière, ascenseur...).

Ainsi, selon la nature des interventions à conduire sur le bâtiment, on peut estimer que certaines opérations ne seront pas soumises de façon automatique à la loi MOP, notamment dès lors qu'il s'agira pour l'essentiel de travaux de remplacement de matériels vétustes, de mise aux normes et d'amélioration énergétique. En conséquence, et sous réserve toutefois que les interventions sur les façades ne viennent pas modifier sensiblement leur état initial, on pourra convenir qu'une opération n'entre pas dans le champ d'application de l'article 33 de l'ordonnance, et par ricochet, de l'article 91 du décret.

S'agissant des interventions sur le patrimoine existant, les avantages de la non-application de la loi MOP pour les opérations sont les suivants :

- ▶ La mission de base n'est pas obligatoire,
- ▶ Possibilité de confier des prestations à des titulaires différents par contrats séparés.

LES MARCHÉS DE CONCEPTION - RÉALISATION

Le contexte réglementaire

En préambule, il faut rappeler que les contrats dont l'objet est la conception et la réalisation d'un ouvrage sont des marchés de travaux et ne sont possibles, au titre de l'article 18 de la loi MOP (repris par l'article 33 de l'ordonnance), que « *lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ». Toutefois, s'agissant de logements sociaux, par dérogation à la loi MOP, il est possible de recourir à ce cadre contractuel jusqu'au 31 décembre 2018 sans avoir à justifier d'un motif d'ordre technique ou d'un engagement contractuel « *pour les logements locatifs aidés par l'Etat et financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du CCH* » (cf. 33-II de l'ordonnance).

De plus, l'article 91 de la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine qui a introduit un article 35 bis à l'ordonnance exige que : « *parmi les conditions d'exécution d'un marché public global figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation. « Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire ; elle comprend les éléments de la mission définie à l'article 7 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, adaptés à la spécificité des marchés publics globaux.* »

Ainsi, la conclusion d'un marché de conception-réalisation se fait sur la base d'un projet de contrat comportant notamment le programme précis de l'opération et en demandant aux équipes lauréates d'élaborer une proposition sous forme d'un avant-projet sommaire ; le versement d'une prime est requis ainsi que, pour les marchés d'un montant supérieur au seuil européen, l'intervention d'un jury (NB. Le seuil à prendre en compte est celui pour les marchés de travaux).

À NOTER

Si sous l'empire des anciens textes, seul l'appel d'offres restreint n'était possible pour la passation d'un marché de conception-réalisation au-dessus du seuil, dorénavant il est possible de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif (cf. art 91-II « *... les acheteurs... passent des marchés de conception-réalisation selon les procédures mentionnées aux articles 25 ou 26...* »).

Le recours à ces procédures reste toutefois assorti de conditions :

«Un jury est désigné par l'acheteur. Il est composé exclusivement de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations. Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un

ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public. Le marché public est attribué au vu de l'avis du jury ;

La désignation d'un jury est facultative dans les cas suivants :

- a. Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux a à c du 1^{er} du II de l'article 90 ;
- b. Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les entités adjudicatrices en dialogue compétitif ou en procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

... lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, ils indiquent le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des soumissionnaires dont les offres sont irrégulières.

Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

La rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qu'il a reçue ».

Dans l'hypothèse où le montant du marché est inférieur au seuil européen, le marché pourra être passé selon une procédure adaptée, avec néanmoins l'obligation de mettre en place une prime calculée selon les mêmes principes qu'en procédure formalisée.

La conception-réalisation pour quelles opérations ?

La conception-réalisation est recommandée :

- ▶ Pour les opérations d'accession à la propriété et pour le locatif non-aidé par l'Etat pour les seuls organismes de statut privé (cf. loi MOP) ;
- ▶ Jusqu'au 31 décembre 2018 pour la réalisation des opérations de logements locatifs aidés par l'Etat pour tous les organismes (cf. art. 33-II de l'ordonnance) ;
- ▶ Dans le cas où l'organisme souhaite obtenir un engagement de performances mesurables (cf. art. 34 de l'ordonnance relatif aux marchés publics globaux de performances).

En termes opérationnels, considérant le coût et la complexité de la procédure de consultation, il est conseillé de réserver la conception-réalisation quand cette procédure semble la plus adéquate, soit de manière non exhaustive :

- ▶ Pour des opérations d'au moins 25/30 logements (pour amortir les coûts de la procédure) ;
- ▶ En cas de recours à des techniques ou technologies particulières, innovantes, des procédés constructifs spécifiques) ;
- ▶ Sur des fonciers « stabilisés » (ceux sur lesquels il n'y a pas trop de contraintes et trop de risque de modifications ultérieures de programme ; les collectivités locales doivent être associées dès la phase de consultation et comprendre la « rigidité » de la procédure).

Les avantages et inconvénients de la conception-réalisation

Le tableau ci-dessous dresse un état de la question :

Avantages	Inconvénients
LE TEMPS	
► Délais de l'opération globalement plus courts (gain de 6 à 12 mois constaté), car : ► suppression d'une période de consultation : une seule mise en concurrence au lieu de deux, Moe puis travaux ► moins d'itérations lors de la conception : la conception du projet est avancée lors de la signature du marché ► foisonnement du temps des études, notamment pendant le délai de recours des tiers au PC : on passe directement aux PEO ► l'entreprise intervenant dans la conception, elle choisit un mode constructif qu'elle maîtrise ► Meilleure maîtrise des délais : un seul contrat qui donne la date de livraison (sous réserve toutefois des délais administratifs) : moins d'incertitude liée à la consultation pour les marchés de travaux ► L'attribution à une entreprise générale (ou un groupement) offre une coordination d'exécution inter-entreprises et minimise les risques de défaillance en cours de chantier	► Temps d'études préalables allongé : Prendre le temps de mener des études de faisabilité complètes et être très précis lors de la rédaction du programme de l'opération pour éviter que le groupement titulaire du marché profite des imprécisions ► Temps de procédure plus long : le délai de réponse des candidats doit être suffisant pour permettre aux candidats de proposer des réponses adaptées d'une part, et recours à une procédure au cours de laquelle on dialogue avec les candidats ► Temps d'analyse des projets proposés plus long qu'en processus traditionnel parce qu'il y a plusieurs réponses à analyser au lieu d'une seule, mais aussi parce qu'il faut analyser toutes les dimensions des projets proposés
L'ÉCONOMIQUE	
► Connaissance rapide du coût de l'opération du fait d'un engagement précoce (honoraires + travaux) ► La maîtrise du coût de l'opération dépend du « poids » du maître d'ouvrage face à l'équipe pilotée par l'entreprise : si le programme ainsi que les éléments sur le foncier et les différentes contraintes sont complets et précis dès la consultation, le groupement ne peut se prévaloir de problèmes éventuels de conception pour demander des prestations complémentaires ► Un nombre de réponses de groupements (souvent 10 à 20 groupements candidats) plus important qu'en consultation « travaux » traditionnelle (souvent 5 à 10 candidatures) et sensiblement moins élevé que les consultations de Moe (compris entre 50 et 100 candidatures) ► Attendus (mais pas forcément obtenus) : ► Moindre coût de construction car la solution technique repose sur le savoir-faire de l'entreprise et tient compte de son matériel et de sa main d'œuvre ► Moindre coût du fait du foisonnement des frais d'étude et disparition d'une partie des honoraires (suppression de l'AMT et diminution de la DET et de l'AOR) ► En travaillant directement avec les entreprises au chiffrage des projets, les architectes acquièrent une meilleure connaissance des coûts	► Coût de la procédure dès lors qu'on est au-dessus de 5 225 k€ HT : au moins 3 primes à hauteur de 80% de l'APS (voire « esquisse » si hors champ de la loi MOP) dans le cas d'une PCN ou d'un dialogue compétitif ► La maîtrise du coût de l'opération dépend du « poids » du maître d'ouvrage face à l'équipe pilotée par l'entreprise : Nécessité probable de compléter les compétences par des missions d'appui (économiste notamment) ► La maîtrise du coût de l'opération dépend aussi de la stabilité du programme et de la précision des autres pièces constituant le marché initial : plus il y a de changement, plus on s'expose à une envolée des prix du marché (nécessité d'avoir un terrain « sans surprise » et d'une collectivité locale qui comprenne les limites de la procédure de conception-réalisation)

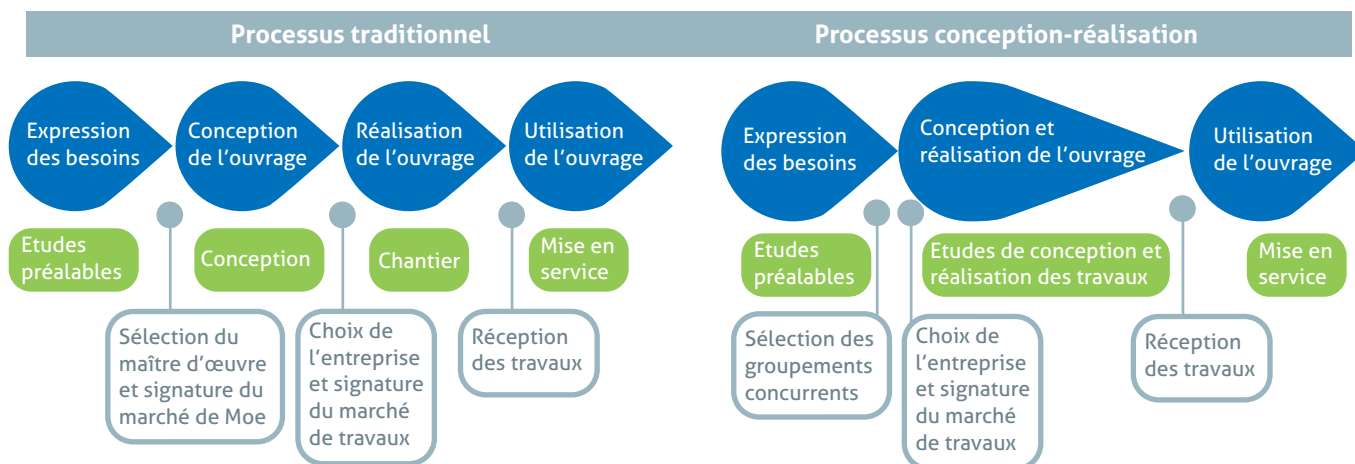
Avantages	Inconvénients
L'ORGANISATION	
▶ Moins d'interfaces à gérer (un seul interlocuteur), donc meilleure gestion des responsabilités et gain de temps ▶ Renforcement de la maîtrise d'ouvrage : nécessité de définir un programme complet et précis avant toute consultation ▶ Connaissance rapide des conséquences d'une demande de modification de programme par le maître d'ouvrage : l'entrepreneur chiffre très rapidement (la maîtrise d'œuvre n'a pas toujours les compétences économiques suffisamment pointues pour estimer les incidences financières des différents choix)	▶ Changement radical des rôles et responsabilités des acteurs : le maître d'œuvre n'est plus du côté du maître d'ouvrage, mais intégré au groupement : accompagnement éventuel par un AMO pour « équilibrer les forces en présence » ▶ Nécessité d'être très précis lors des études préalables, sinon, se préparer à signer des avenants et à ne pas tenir le budget : le groupement est en position de force dès lors que le marché est signé ▶ Nécessité d'avoir un cahier des clauses administratives adapté à la conception-réalisation, intégrant notamment, en sus des dispositions habituelles des marchés de travaux, des dispositions particulières liées aux prestations de conception intégrées au marché ▶ Moins de souplesse pour les adaptations et/ou modification de la conception (le programme doit être stable dès l'origine) ▶ Nécessité d'être très précis dans la nature et le détail des réponses à présenter par les candidats (RC) ▶ C'est l'entrepreneur qui rédige une partie du marché, notamment le CCTP : le programme doit être très précis ▶ Le maître d'œuvre est souvent cantonné au rôle de concepteur : le BET de l'entreprise intervient davantage lors de la conception qu'en processus traditionnel d'une part et la direction des travaux ainsi que l'assistance à la réception peuvent poser problème d'autre part

Les conditions de mise en œuvre opérationnelle

Il faut se souvenir que la conception-réalisation est un marché de travaux confié à un groupement constitué d'un entrepreneur et d'une maîtrise d'œuvre, notamment d'un architecte. Le mandataire du groupement est obligatoirement l'entrepreneur⁵⁸. Cela induit quelques conséquences dont il faut mesurer la portée : l'architecte, cotraitant, n'est plus contractuellement en position de pouvoir exiger quelque chose de la part de l'entrepreneur, son mandataire. Il en est ainsi pendant la phase de conception, mais également pendant la réalisation des travaux ; aussi, toujours au niveau contractuel, il faut s'interroger sur le poids que pourra avoir l'architecte face à l'entreprise, en cas de travaux mal réalisés, au regard du contrôle des situations de travaux, lors d'une proposition d'avenant par l'entrepreneur, au moment de la réception...

Par ailleurs, le processus de production est sensiblement modifié par rapport au schéma traditionnel porté par la loi MOP, avec un séquençage bien différencié entre la conception sous la responsabilité du maître d'œuvre d'une part et la réalisation des travaux confiée à l'entreprise d'autre part. La première conséquence est l'impérieuse nécessité pour le maître d'ouvrage d'élaborer un programme très précis et complet afin d'éviter toute surprise ultérieure : pièce contractuelle, le programme sert également de base à l'analyse des propositions lors de la consultation.

⁵⁸Arrêt « Ville de Toulouse » du Conseil d'Etat, 5 / 10 SSR, du 7 novembre 1986, 55131, mentionné aux tables du recueil Lebon



Quelle procédure utiliser pour conclure un marché de conception-réalisation ?

Sous l'empire des anciens textes, les marchés de conception-réalisation d'un montant supérieur au seuil européen devaient être passés après une mise en concurrence fondée sur l'appel d'offres restreint. Dorénavant, il est possible de conclure ces marchés à l'issue d'une procédure concurrentielle avec négociation ou un dialogue compétitif.

Considérant qu'il convient de mesurer les avantages ou inconvénients respectifs des différentes propositions formulées par les équipes candidates, tant au niveau architecturale que technique d'une part, et qu'il peut apparaître opportun de préciser certaines dispositions du programme de l'opération à l'occasion des échanges avec les dits candidats d'autre part, il est conseillé de recourir à la procédure de dialogue compétitif. Cette procédure permet en outre d'offrir plus de liberté aux concepteurs dans le choix des solutions à mettre en œuvre. Il convient néanmoins de circonscrire cette procédure en limitant le nombre de tours et la durée du dialogue pour éviter un essoufflement des candidats.

LES MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX DE PERFORMANCE

Les marchés publics globaux de performance sont définis par l'article 34 de l'ordonnance comme étant des marchés « *qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables* ».

De fait les marchés publics de performance regroupent deux sortes de contrats :

- Les contrats de réalisation-maintenance-exploitation (anciennement dénommés REM). Ce sont des marchés de travaux qui associent au sein du marché de travaux une phase de maintenance-exploitation pendant une durée fixée par le contrat. Dans ce cas, la conception, quant à elle, est réalisée selon le processus traditionnel avec un marché de maîtrise d'œuvre conclu sur la base d'un programme émanant du maître d'ouvrage (ce contrat est bien sûr confié à l'équipe de maîtrise d'œuvre bien avant la passation du REM).
- Les contrats de conception-réalisation-maintenance-exploitation (anciennement dénommés CREM). Ce sont des marchés de travaux qui associent au sein d'un même contrat la conception des ouvrages, la réalisation des travaux ainsi qu'une phase de maintenance-exploitation pendant une durée fixée par le contrat.

Les principaux avantages et inconvénients respectifs de ces deux formules de contrats sont les suivants :

REM	CREM
AVANTAGES	
La partie « exploitation-maintenance », avec engagement sur un niveau de performance garanti au maître d'ouvrage des résultats « réels » (les consommations) et non établis sur une base conventionnelle (calculs réglementaires)	
Une maîtrise d'œuvre aux côtés du maître d'ouvrage	Ceux de la conception-réalisation
INCONVÉNIENTS	
Dans le cas de bâtiments existants, il est probable qu'existe un contrat d'exploitation ; il sera alors nécessaire d'en envisager la résiliation	
Un processus traditionnel, avec marché de maîtrise d'œuvre, suivi d'un marché de travaux conclu sur la base des études de conception : durée du projet allongée, aspect économique moins maîtrisé jusqu'à la signature du marché de travaux...	Ceux de la conception-réalisation

En termes d'organisation contractuelle, pour les marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, « *Le marché public global de performance fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la réalisation et de l'exploitation ou de la maintenance* » (cf. art. 92-I du décret). Il est par ailleurs précisé que « *la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction* » (cf. art. 60 de l'ordonnance), et que « *la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées par le marché public pour toute sa durée* » (cf. art. 92-I du décret).

En termes de passation du marché, l'article 92-III du décret dispose que « *Les marchés publics globaux de performance qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée et qui comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi du 12 juillet 1985 susvisée est passé selon les modalités fixées au II de l'article 91-* » ; soit dans les mêmes conditions que les marchés de conception-réalisation (voir § plus haut). En d'autres termes, il s'agira de réunir un jury et, dès lors que le marché intègre des prestations de conception, de mettre en place des primes à hauteur de 80% du montant des études demandées aux candidats. Dans le cas de montant inférieur au seuil, on mettra en œuvre une procédure adaptée, mais le principe de versement de prime continuera à s'appliquer.

Enfin, il est également précisé au sein de ce même article que « *pour attribuer le marché public global de performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, et définis en fonction de l'objet du marché public* ». Cette disposition s'applique quel que soit le montant du marché, et que la procédure soit adaptée ou formalisée. Aussi, considérant que les candidats doivent s'engager sur un niveau de performances prescrit, l'acheteur devra s'assurer qu'il dispose des compétences nécessaires à l'analyse des études techniques qui ont conduit à la formalisation des offres.

Comment estimer le montant d'un marché global de performance ?

Il est rappelé que le montant du marché doit prendre en compte le montant des travaux et celui des études de conception pour les marchés de conception-réalisation. Pour les marchés globaux de performance, il faut ajouter à ce montant le coût des prestations d'exploitation-maintenance sur leur durée. A cet égard, la durée conseillée d'exploitation d'un tel marché devra être suffisante pour vérifier que les performances atteintes soient bien celles promises selon des conditions climatiques variables. Aussi, il est préconisé que la phase d'exploitation s'applique sur une durée d'au moins 2 ans (soit 2 saisons de chauffe), une durée de quatre ans étant plutôt conseillée.

Faut-il mieux choisir une conception-réalisation ou un contrat global de performance ?

Cette question peut être intéressante dès lors qu'on se trouve dans le cas d'un bâtiment à réhabiliter ou dans le cas d'une opération de construction neuve à haut niveau de performance (BePos ou passif).

Outre le fait que le CREM intègre des prestations d'exploitation-maintenance, la différence essentielle entre ces deux formules tient au fait que si en conception-réalisation l'engagement de performance est souvent fondé sur le résultat d'un calcul conventionnel, pour le marché global de performance, les performances devant être mesurables, il s'agit d'un engagement sur les consommations. Cette disposition garantit alors le maître d'ouvrage d'obtenir des résultats réels, à défaut de quoi, le titulaire du marché se verra appliquer des pénalités. Aussi, il est conseillé que le cahier des charges de la consultation mentionne un objectif de consommation effectif à atteindre en faisant référence par exemple aux-DJU (Degrés Jour Unifiés) plutôt qu'à un label.

Dans ce contexte, la formule du contrat global apparaît plus intéressante, notamment dans le cas où l'organisme souhaite mettre en place la « 3^{ème} ligne de quittance » (contribution des locataires au partage des économies de charges résultant des travaux d'efficacité énergétique).

LES MARCHÉS DE FOURNITURE D'ÉNERGIE

Depuis quelques années, un certain nombre de textes ont été publiés afin d'organiser le passage d'une politique de prix administrés de l'énergie à la libéralisation des marchés. Au final, il appartient aux organismes Hlm de mettre en concurrence les fournisseurs de gaz depuis le 1^{er} janvier 2015 et ceux d'électricité depuis le 1^{er} janvier 2016. Plus précisément, cela concerne :

- Pour le gaz, tous les consommateurs non domestiques consommant plus de 200 MWh de gaz naturel par an sont concernés ; les seuils qui caractérisent les clients concernés par la suppression des tarifs s'appliquent aux sites (Point de Livraison) et non à la consommation totale du client dans le cas d'un client multi-sites. C'est sur la base de la Consommation Annuelle de Référence (CAR), disponible sur chaque facture, que la comparaison avec les seuils définis par la loi est réalisée ;
- Pour l'électricité, les puissances supérieures à 36 kVA (« tarifs verts »)

On se reportera utilement aux cahiers publiés par l'Ush :

- en avril 2014 : « Achat d'énergie sur les marchés dérégulés – Focus sur le gaz naturel »
- en février 2015 : « Achat d'électricité »

LES MARCHÉS PASSÉS DANS LE CADRE DE PROGRAMMES EXPÉRIMENTAUX

Si un organisme souhaite s'engager dans une démarche lancée par l'Etat dans le cadre d'un programme national de recherche, d'essai et d'expérimentation, notamment ceux retenus à l'issue d'une consultation initiée par le Plan urbanisme construction architecture (PUCA)⁵⁹, il pourra rejoindre la mise en concurrence aux seuls lauréats de ladite consultation (cf. art. 97 du décret).

⁵⁹A titre d'exemples, le PUCA a initié les démarches LQCM, Villas urbaines durables, CQFD, CQHE, REHA, etc.

PARTIE 5

Les différentes modalités d'achat

LES ACCORDS-CADRES ET LES ACCORDS-CADRES À BONS DE COMMANDE

Définition

Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Les accords-cadres sont notamment destinés à répondre à des besoins récurrents, mais dont on ignore a priori les quantités ou les spécificités précises.

Dans les faits, les accords-cadres peuvent prendre deux formes différentes :

- Les accords-cadres que l'on qualifiera de « traditionnels » donnant lieu à des marchés subséquents,
- Les accords-cadres à bons de commandes, s'exécutant par l'émission de bons de commande.

Les points communs entre accords-cadres et accords-cadres à bons de commande

Les dispositions spécifiques aux accords-cadres sont indiquées aux articles 4 de l'ordonnance et 78 à 80 du décret. Les accords-cadres (dont les accords-cadres à bons de commandes) ont une durée maximale de quatre ans. Sauf dispositions contraires mentionnées dans le contrat, les accords-cadres impliquent un droit d'exclusivité pour leur(s) titulaire(s). En d'autres termes, dès lors qu'un accord-cadre est conclu, l'acheteur ne peut plus passer de commandes portant sur le même objet que l'accord-cadre à d'autres opérateurs, sauf à prévoir l'intégration d'une clause le permettant.

Ils sont passés en application d'une procédure choisie en fonction du montant estimé du contrat. Ils peuvent être conclus sur la base d'un montant minimal, d'un montant maximal ou d'un montant minimal et d'un montant maximal. Dès lors que le montant maximal n'est pas connu, on devra obligatoirement recourir à une procédure formalisée. Le montant estimé des accords-cadres donnant lieu à des marchés subséquents prendra en compte le montant cumulé prévisionnel de l'ensemble des marchés subséquents pouvant être conclus sous l'empire dudit accord-cadre, et le montant estimé d'un accord-cadre à bons de commande sera calculé en cumulant le montant de l'ensemble des commandes susceptibles d'être passées.

Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre.

Les accords-cadres (dont les accords-cadres à bons de commande) peuvent être conclus soit avec un opérateur économique unique, soit avec plusieurs d'entre eux ; dans ce derniers cas, ils seront qualifiés de marchés multi-attributaires.

Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel public à la concurrence et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre. Ils ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. L'acheteur ne peut retenir une date de passation ou d'émission ou une durée telle que l'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

Les différences entre accords-cadres et accords-cadres à bons de commande

Les principales différences entre accords-cadres « traditionnels » et accords-cadres à bons de commande sont indiquées dans le tableau ci-dessous :

Accords-cadres « traditionnels »	Accords-cadres à bons de commande
GÉNÉRALITÉS	
▶ Plutôt destinés aux prestations complexes ou lourdes, ou nécessitant des précisions pour être adaptées aux besoins	▶ Plutôt destinés aux prestations élémentaires ou simples, d'usage courant
▶ Donne lieu à des marchés subséquents	▶ S'exécute par émission de bons de commande
▶ Les prestations et les prix peuvent être précisés au sein de chaque marché subséquent	▶ Les prestations et les prix sont clairement définis au marché
DANS LE CAS « MULTI-ATTRIBUTAIRES »	
▶ Attribution du marché subséquent après mise en concurrence des attributaires de l'accord-cadre	▶ Le marché doit préciser les conditions d'attribution des bons de commandes entre les attributaires

Quand passer des contrats mono-attributaire ou des contrats multi-attributaires ?

S'agissant des accords-cadres « traditionnels » multi-attributaires, l'attribution d'un marché subséquent doit se faire sur la base d'une mise en concurrence des signataires de l'accord-cadre ; il est à cet effet précisé que l'accord-cadre doit mentionner les conditions générales de cette mise en concurrence. En revanche, pour les accords-cadres à bons de commande, la mise en concurrence des signataires du marché est interdite : le marché doit fixer les conditions d'attribution des bons de commande aux différents titulaires.

Compte tenu de ces considérations :

- ▶ l'accord-cadre mono-attributaire sera plutôt destiné aux prestations pour lesquelles la concurrence n'est pas exacerbée (contrats d'assurance dommage ou d'études géotechniques par exemple), ou quand on mise sur l'effet masse (achat d'énergie par exemple), ainsi que dans le cas où il est nécessaire d'avoir une relation sur la durée avec son opérateur (prestations de conseil par exemple) ;
- ▶ l'accord-cadre multi-attributaires sera réservé aux prestations soumises à forte concurrence ou à des prix relativement volatiles ou encore à des technologies évolutives, à un secteur professionnel « serré » (contrôle technique par exemple) ;
- ▶ si les hypothèses de recours aux marchés de commande mono-attributaire s'approchent des cas mentionnés pour les accords-cadres, on privilégiera l'accord-cadre à bons de commande multi-attributaires surtout quand on recherche une relative garantie d'approvisionnement ou dès lors qu'on souhaite travailler avec plusieurs opérateurs afin de garantir à chacun un chiffre d'affaire minimum.

Les accords-cadres donnant lieu à des marchés subséquents

Mise en œuvre des accords-cadres

Un accord-cadre donnant lieu à des marchés subséquents permet, au travers d'une procédure unique de consultation, de conclure un contrat avec un ou des prestataires mis en concurrence selon les formules habituelles (procédures formalisées ou adaptées selon les montants) afin de passer ultérieurement des marchés avec ces prestataires selon les termes de l'accord-cadre (on appellera ces marchés des « marchés subséquents »). Les marchés subséquents sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent entraîner de modifications substantielles des termes de l'accord-cadre. Selon les dispositions de l'article 79 du décret :

« ... lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés subséquents sont attribués dans les conditions fixées par l'accord-cadre. Préalablement à la conclusion des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit au titulaire de compléter son offre.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence selon la procédure suivante :

- 1. Pour chacun des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les titulaires de l'accord-cadre ou, lorsque l'accord-cadre a été divisé en lots, les titulaires du lot correspondant à l'objet du marché subséquent ;*
- 2. Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres ;*
- 3. Les offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent. Elles sont établies par écrit et ne sont pas ouvertes avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres ;*
- 4. Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'accord-cadre.*

L'accord-cadre peut prévoir que l'attribution de certains marchés subséquents ne donnera pas lieu à remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé. Tel est notamment le cas lorsque aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir. »

À NOTER

S'agissant des accords-cadres multi-attributaires, ceux-ci sont « fermés » au sens où il n'est pas possible d'ajouter ni des opérateurs économiques, ni des pouvoirs adjudicateurs aux signataires de l'accord-cadre.

Quand et pourquoi recourir à des accords-cadres ?

Cette forme de contrat peut être une formule intéressante pour les organismes Hlm. En effet, au sein des organismes, certaines prestations sont récurrentes, à quelques détails de mise en œuvre près, tant pour ce qui concerne la gestion, l'entretien et la maintenance d'un parc immobilier que pour certaines prestations dans le cas de développement du patrimoine.

Les accords-cadres peuvent également trouver tout leur intérêt dans le cas d'achats groupés mis en œuvre dans le cadre de groupements de commandes : chacun des organismes peut ainsi conclure un marché sur la base d'un cahier des charges commun (accord-cadre) en adaptant celui-ci aux spécificités de ses besoins lors de la passation des marchés subséquents. Ainsi, on réunit à l'occasion d'une seule consultation plusieurs acheteurs constitués en groupement d'achats (voir § « les groupements d'achats »), afin de passer une série de marchés de façon simplifiée avec un ou plusieurs prestataires, lesquels marchés seront adaptés aux contraintes propres à chaque acheteur, tant au niveau de leur mise en œuvre (date de prise d'effet, patrimoine concerné...) qu'au niveau des caractéristiques propres (selon les catégories de patrimoine, de conditions de mise en œuvre propres à l'acheteur, etc.), sous réserve bien sûr que les adaptations apportées par chacun des organismes ne dénaturent pas l'accord-cadre initial.

Des exemples de recours à ce mode de contractualisation peuvent être multiples, tant les prestations ayant un caractère répétitif sont nombreuses :

- ▶ Dans le domaine des travaux d'investissement :
 - ▶ Passation de contrats d'assurance de dommage-ouvrage (dans le langage des assureurs, on appelle cela des contrats « à aliments »),
 - ▶ Prestations de contrôle technique, de coordination SPS, de diagnostics, d'études ou de relevés de géomètres, d'études de sols et de définition de fondations, voire, sous certaines conditions de maîtrise d'œuvre...
- ▶ Dans le domaine de la gestion, de l'entretien de patrimoine :
 - ▶ Campagne de remplacement de composants et/ou d'équipements,
 - ▶ Services de gardiennage...
 - ▶ Prestations de service dont le champ et la technologie sont amenés à évoluer dans le temps (télérelève, raccordement à la fibre optique...)
- ▶ Dans le domaine de la formation, de la communication (maquettage de documents, gestion d'évènements ou prestations d'accompagnement de ces évènements tels que fêtes des voisins, concours de fleurissements, arbres de Noël...), etc.

Cette formule se situe entre une procédure d'achat puisqu'on doit recourir aux modes de consultations existantes (procédures formalisées ou procédures adaptées) et un mode de passation de marché, puisqu'une fois les titulaires de l'accord-cadre choisis, on conclut des marchés avec ce ou ces derniers. Elle permet de définir le cadre de relations futures d'affaires en précisant dans le marché les prestations à réaliser ultérieurement et notamment les contraintes et conditions d'exécution propres audit marché lors de la passation du marché subséquent.

Le principe de mise en œuvre est assez simple :

1. On rédige un cahier des charges, l'accord-cadre, au sein duquel on définit les clauses générales applicables à l'ensemble des prestations couvertes par l'accord dont notamment :
 - a. une définition précise du périmètre de l'accord-cadre,
 - b. les règles de fixation des prix des futurs marchés subséquents,
 - c. les modalités de mise en concurrence pour les accords-cadres multi-attributaires (conditions de mise en concurrence et les modalités d'attribution – critères de sélection – des marchés subséquents).
2. On met en concurrence selon la procédure retenue en fonction du montant cumulé des marchés envisagés au titre de l'accord-cadre et on sélectionne un ou des prestataires.
3. Le ou les candidats retenus signe(nt) l'accord-cadre
4. Si l'accord-cadre est signé par plusieurs prestataires, on met en place une mise en concurrence simplifiée entre les prestataires signataires (sans publicité) pour attribuer les marchés, et ce, selon les dispositions de l'accord-cadre.
5. On passe des marchés avec le (les) titulaire(s) retenu(s) après une mise au point sur la base de l'accord-cadre, la mise au point consistant à préciser les conditions d'application des clauses générales de l'accord-cadre aux spécificités du marché subséquent.

Les accords-cadres à bons de commandes

Définition et principes de mise en œuvre :

Après avoir rappelé que les accords-cadres à bons de commandes sont des accords-cadres au sens réglementaire, il est indiqué que les dispositions qui régissent spécifiquement les accords-cadres à bons de commande sont précisées à l'article 80 du décret.

Un accord-cadre à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande.

Qu'il s'agisse d'un accord-cadre à bons de commande mono-attributaire ou multi-attributaires, l'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires.

Les bons de commande sont des documents écrits adressés au(x) titulaire(s) du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité. L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché.

Il est rappelé que s'agissant des accords-cadres à bons de commande multi-attributaires, contrairement aux accords-cadres pour lesquels c'est la règle, il n'est pas possible de remettre en compétition les différents titulaires du même marché à bon de commande : c'est le marché qui doit préciser les conditions d'attribution à chacun de ces derniers.

Quand et pourquoi recourir aux accords-cadres à bons de commande ?

Bien connu des organismes Hlm, l'accord-cadre à bons de commande est surtout utilisé pour la maintenance du patrimoine dans le cadre de l'entretien courant ou de remise en état de logement lors de changement de locataires. Il est par ailleurs possible de recourir aux accords-cadres à bons de commande dans d'autres cas, tels que l'achat de fournitures de bureau ou destinées à la régie de l'organisme, de mobiliers, de diagnostic (amiante, plomb, électricité, gaz, DPE...), etc. En revanche, pour l'achat et la réalisation de prestations comme la coordination SPS ou le contrôle technique de travaux, voire des marchés de travaux pour la construction de logements neufs (notamment pour du logement individuel), il sera préférable de recourir aux accords-cadres avec marchés subséquents mieux adaptés et plus opérationnels pour ces prestations « modulables ». En effet, au lieu de la rédaction d'un bon de commande, souvent lapidaire, on peut préciser lors de l'élaboration de chaque marché subséquent de façon beaucoup plus précise et détaillée les conditions d'exécution propres à chacun des marchés issus de l'accord-cadre « traditionnel ».

Comment comparer des offres sur la base de multiples prix unitaires ?

Les accords-cadres à bons de commandes étant conclus sur la base d'un bordereau de prix unitaires, la méthode la plus simple pour comparer des offres qui ne sont pas fondées sur un prix global, peut consister à proposer aux candidats un bordereau de prix complètement renseigné (avec indication des prix estimés par le pouvoir adjudicateur) et de demander aux candidats de se positionner globalement par rapport à ce bordereau en y affectant un coefficient pondérateur applicable à l'ensemble des prix unitaires dudit bordereau. Il suffit alors à l'acheteur de comparer le coefficient pondérateur et de choisir le plus intéressant. Cette méthode a été critiquée au motif qu'elle ne laisse pas les entrepreneurs libres de fixer chacun de leurs prix unitaires. Pourtant, une jurisprudence⁶⁰ a admis qu'elle ne contrevenait pas aux principes de mise en concurrence.

Aussi, pour les organismes qui souhaitent laisser la liberté de fixation des prix à chacun des prestataires consultés, plusieurs solutions peuvent être utilisées :

- Il est possible de retenir une méthode qui s'appuie sur le principe de la récurrence des prestations. Il est ainsi possible d'élaborer un cadre d'analyse des offres portant sur un nombre réduit de postes du bordereau de prix, les références du BPU les plus souvent utilisées, et de comparer les offres sur ce faible nombre de prestations. Pour que l'analyse soit aussi fine que possible, il est possible de pondérer chacun de ces postes de prix retenus en y affectant un coefficient de récurrence, puis de faire le cumul des produits ainsi obtenus. On obtient ainsi un DQE qui permet aisément la comparaison des offres.
- Il est également possible de transmettre dans le cadre des pièces communiquées lors de la consultation un ou des devis « type(s) » sur lesquels les candidats reporteront les prix unitaires de leur bordereau.

⁶⁰Cour administrative d'appel de Bordeaux, séance du 29 juillet 1996, réf. 94BX01078



Le bordereau de prix d'un accord-cadre à bons de commande

Le fait de compléter un bordereau de prix peut être assez complexe, et surtout chronophage, notamment pour les artisans souvent appelés à intervenir sur le patrimoine pour des interventions de maintenance courante. Un bordereau de prix comportant un nombre élevé de prix unitaires avec de nombreux postes est également handicapant pour le bailleur dans la mesure où il devra connaître très précisément la nature des interventions, ce qui lui imposera bien souvent de se rendre sur les lieux avant de commander l'intervention. Aussi, il est conseillé de mettre en place des bordereaux de prix aussi simples que possible en évitant, par exemple, une multiplicité de postes à renseigner.

Dans cet esprit, il faut éviter les bordereaux qui présentent plus d'une centaine de lignes. Pour y parvenir, inutile de demander à un plombier par exemple de chiffrer un remplacement de canalisa-

tion avec de multiples diamètres différents ou à un menuisier de chiffrer différemment le remplacement de portes intérieures de dimensions proches, alors que les prix sont peu divergents.

Enfin, pour éviter à avoir à compléter un bordereau de prix après sa conclusion (ce qui est interdit car l'ajout de nouveaux tarifs peut être considéré comme contrevenant aux principes d'égalité de traitement des candidats), il est conseillé de prévoir une clause du marché qui précise les conditions de facturation et de règlement des prestations ne figurant pas au bordereau. Il pourra s'agir par exemple de prévoir un taux horaire et de facturation des fournitures sur la base du déboursé de l'entreprise titulaire affecté le cas échéant d'un coefficient majorateur (coefficient « k ») pour tenir compte des frais généraux et autres frais, de la marge, etc.

Quelles modalités d'attribution des bons de commande en cas de contrat multi-attributaire ?

L'attribution des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques.

Dans le cadre d'un marché à bons de commande multi-attributaires, l'acheteur détermine librement les modalités de répartition des commandes au regard des caractéristiques du marché. Celles-ci sont réparties entre les titulaires, selon les modalités fixées par le marché, qui doivent toujours être objectives, transparentes et non discriminatoires.

A cet égard et afin de donner aux opérateurs économiques une visibilité suffisante pour l'optimisation de la commande, l'acheteur doit informer clairement les candidats, dès le lancement du marché, des règles d'attribution des bons de commande.

Le fait pour un pouvoir adjudicateur de prévoir dans les pièces de son marché que « *l'attribution des bons de commande sera faite librement par le pouvoir adjudicateur tout en respectant un équilibre financier entre les attributaires* » ne suffit pas à définir les modalités d'émission des bons de commande. Il convient ainsi de fixer précisément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires dans le cahier des clauses administratives particulières.

A cette fin, l'acheteur peut avoir recours à différentes méthodes d'attribution des commandes. Celles-ci peuvent notamment être attribuées selon la méthode dite « en cascade » qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les mieux-disant. Dans cette hypothèse, l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première. Si celui-ci n'est pas en mesure de répondre dans les délais exigés, l'acheteur pourra s'adresser au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite.

L'attribution des bons de commandes peut également résulter de l'application de la règle dite du « tour de rôle » où, pour chaque bon de commande, le choix du titulaire s'effectue par roulement. Le premier titulaire peut, par exemple, être déterminé selon l'ordre alphabétique des noms de société ou l'ordre de classement des offres.

Le pouvoir adjudicateur peut également attribuer ses commandes à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires. Dès lors, si un des titulaires atteint, selon la technique dite « en cascade » ou celle « du tour de rôle », le montant maximum fixé dans les documents du marché, celui-ci ne pourra plus se voir attribuer les commandes suivantes, lesquelles sont alors attribuées aux autres titulaires selon les mêmes modalités. L'association de cette dernière méthode de répartition à celle de la méthode « en cascade » ou « à tour de rôle » a pour finalité de garantir à chacun des titulaires une répartition équitable des commandes en termes de volume financier.

En tout état de cause, l'attribution du bon de commande doit résulter d'une application automatique des stipulations du cahier des clauses administratives particulières et ne doit pas relever d'un pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

Que faire quand le minimum de commandes n'est pas atteint ou que le maximum est dépassé ?

En dessous du minimum, le volume des commandes n'est pas atteint. L'engagement du pouvoir adjudicateur sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit du titulaire dans l'hypothèse où ce montant n'est pas atteint. Le montant de l'indemnité ne réside pas dans la différence entre le montant minimum et le montant des bons de commande émis, mais correspond à la marge bénéficiaire nette qu'aurait dégagée l'exécution des commandes manquantes⁶¹. La jurisprudence a pu admettre également que les frais d'études engagés pour la réalisation de prestations spécifiques ou encore les frais inhérents à la mobilisation du personnel pour l'exécution du marché soient mis à la charge du pouvoir adjudicateur⁶².

En cas de multi-attribution, si le montant minimum du marché n'est pas atteint, les titulaires ne sont, en principe, pas fondés à demander une indemnisation dès lors que le montant minimum de commandes pour chacun des titulaires ne peut être déterminé avec certitude à la lecture du marché.

Au-delà du maximum, il sera nécessaire de mettre en place un avenant, en prenant garde toutefois que le montant de l'avenant ne vienne pas dénaturer l'économie générale du marché (les nouveaux textes fixent le pourcentage maximal d'augmentation du marché ; voir § « modifications du marché »).

⁶¹CE, 18 janvier 1991, Ville d'Antibes c/ SARL Dani, n° 80827 ; CAA Nancy, 23 mars 2006, Commune de Sarreguemines, n°03NC00173

⁶²CAA Nancy, 23 mars 2006, Commune de Sarreguemines, n° 03NC00173 ; CAA Paris, 3 juin 2008, UGAP c/ Tryonyx, n°06PA02468.

LES MARCHÉS À TRANCHES

Les marchés à tranches sont des marchés pour lesquels l'acheteur s'engage sur une partie seulement de la globalité de la prestation à mettre en œuvre, mais en conditionne la réalisation d'une autre partie. On parle ainsi d'une tranche ferme qui est notifiée au titulaire et de tranche(s) optionnelle(s) qui sera(seront) éventuellement notifiée(s) au titulaire ultérieurement. On rappellera que le titulaire est engagé sur la totalité du marché, toutes tranches confondues, alors que le pouvoir adjudicateur n'est engagé que sur la tranche ferme, puis sur les tranches optionnelles qu'il affermit au fil du temps.

On peut notamment recourir aux marchés à tranches lors de programmes importants de construction neuve ou de réhabilitation, mais on peut également y recourir dans d'autres cas tels que l'achat de matériel informatique, la mise en place d'une démarche qualité au sein de l'organisme en fractionnant celle-ci selon les secteurs d'activité ou les métiers... Cette formule peut également être utilisée pour des prestations de conseils dans le cas de démarches longues (convention d'utilité sociale ou réorganisation des services, par exemple). On peut également envisager la mise en place d'un marché à tranches optionnelles dans le cas d'un marché de maîtrise d'œuvre, notamment dans les cas où il existe des doutes ou des risques que l'opération ne puisse être conduite jusqu'à son terme ; ainsi, le maître d'ouvrage n'est engagé que pour les tranches qu'il aura affermies, tout en respectant les principes de la loi MOP quant à l'unicité de contrat et à la mission de base.

L'article 77 du décret précise que « les acheteurs peuvent passer un marché public comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles. Le marché public définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche optionnelle compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

L'exécution de chaque tranche optionnelle est subordonnée à une décision de l'acheteur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché public. Lorsqu'une tranche optionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire peut bénéficier, si le marché public le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit. »

Quant à la détermination de la valeur estimée du besoin, pour savoir si on est ou pas dans le cadre d'une procédure formalisée, il faut cumuler le montant estimé de l'ensemble des tranches ferme et optionnelles.

PARTIE 6

L'exécution du marché

LES PIÈCES DU MARCHÉ

Quelles sont les pièces devant composer un marché en procédure adaptée ?

Certains achats d'un montant inférieur aux seuils pouvant être par nature proche de zéro euro, on peut se contenter d'un accord oral. Ainsi, pour l'achat de petites fournitures, un ticket de caisse peut suffire.

Toutefois, dès lors que le montant du marché atteint 25 000 € HT, l'article 15 du décret dispose que :
« Les marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à 25 000 Euros HT sont conclus par écrit. Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :

1. Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;
2. Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés. »

Parmi les CCAG diffusés par voie d'arrêtés, on trouvera :

- › Le CCAG applicable aux marchés publics de travaux, publié par arrêté du 8 septembre 2009 (JORF n°0227 du 1 octobre 2009) NB : une version consolidée au 1^{er} avril 2014 prend en compte les nouvelles modalités de paiement ;
- › Le CCAG des marchés publics de fournitures courantes et de services, publié par arrêté du 19 janvier 2009 (JORF n°0066 du 19 mars 2009)
- › Le CCAG applicable aux marchés publics des prestations intellectuelles, publié par arrêté du 16 septembre 2009 (JORF n°0240 du 16 octobre 2009)
- › Le CCAG applicable aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication, publié par arrêté du 16 septembre 2009 (JORF n°0240 du 16 octobre 2009)

Ces textes sont directement utilisables par les OPH en raison du caractère administratif de leurs contrats. En revanche, ils sont à manier avec précaution par les organismes de statut privé au motif que ces CCAG contiennent des clauses exorbitantes du droit commun, qui peuvent, si elles sont intégrées aux marchés de ces sociétés, être qualifiées de léonines par le juge. Aussi, pour les organismes de statut privé qui souhaitent s'appuyer sur ces cahiers pour rédiger leurs marchés, il conviendra de recopier les parties desdits documents qui les intéressent, en prenant garde toutefois que les clauses recopiées ne relèvent pas des prérogatives de puissance publique. A ce titre, on rappellera qu'il faut entendre par clause exorbitante du droit commun, toute « clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »⁶³.

Par ailleurs, certains CCAG ne sont pas publiés au JO. Il s'agit de normes, telles que :

- › La norme NF P. 03.001 pour les marchés privés de travaux,
- › La norme NF P. 03.100 pour les marchés de contrôle technique,
- › La norme NF P 94.500 pour les études géotechniques.

Aussi, les organismes peuvent s'appuyer sur les documents précités, étant précisé que pour leurs marchés de travaux, les OPH auront intérêt à recourir au CCAG travaux des marchés publics, en général plus protecteur pour l'acheteur.

⁶³CE 20 oct. 1950, Stein

Par ailleurs, le dernier alinéa de l'article 15 précité prévoit que : « *Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge* ». En conséquence, il appartient à l'acheteur de mentionner explicitement les dérogations aux documents généraux, et s'agissant des CCAG diffusés par voie d'arrêtés, d'établir une liste récapitulative de ces dérogations au sein du cahier des clauses administratives particulières du marché.

Quelles sont les pièces devant composer un marché en procédure formalisée ?

Hormis ce qui précède, il n'existe pas de précision sur le contenu des pièces qui doivent former un marché. A tout le moins, et à côté des pièces nécessaires à l'attribution du marché qui ne sont pas toutes des pièces contractuelles, le marché doit intégrer, au minimum, un acte d'engagement et un cahier des charges. Réglementairement, on doit toutefois mentionner la durée du marché ; il est également vivement conseillé d'indiquer les conditions de la résiliation du marché.

Pour le reste, tout dépend bien sûr de l'objet du marché. Toutefois, il est nécessaire de préciser :

- ▶ La nature et la définition aussi précise que possible de la prestation à réaliser (ce sera ce qu'on appelle traditionnellement le cahier des clauses techniques),
- ▶ Les conditions d'exécution du marché (ce sera ce qu'on appelle traditionnellement le cahier des clauses administratives), au sein duquel on retrouvera notamment :
 - ▶ La liste des pièces constituant le marché et leur ordre de priorité,
 - ▶ Les droits et devoirs des intervenants,
 - ▶ L'organisation des acteurs, dont les conditions de groupement et le rôle des différents cotraitants, ainsi que les conditions de sous-traitance,
 - ▶ Le contenu du prix, le mode de sa revalorisation et les conditions de paiement,
 - ▶ Les délais attachés à la mise en œuvre du contrat,
 - ▶ Les conditions de réception des prestations,
 - ▶ Les conditions d'assurance et de garantie,
 - ▶ Les clauses coercitives et les conditions de gestion des conflits,
 - ▶ Les conditions de résiliation.

Clauses spécifiques à insérer dans certains marchés

Au-delà, des dispositions s'appliquent à certains marchés :

- ▶ Pour les marchés prévoyant des reconductions, les conditions des éventuelles reconductions (art. 15 du décret) ;
- ▶ Pour les marchés à tranches, la consistance, le prix et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche (art. 77 du décret) ;
- ▶ Pour tous les accords-cadres, les marchés subséquents doivent préciser les conditions d'application de l'accord-cadre et pour les accords-cadres multi-attributaires, les conditions d'attribution des marchés subséquents ou des bons de commande (art. 78 à 80 du décret) ;
- ▶ Pour les marchés de maîtrise d'œuvre, le programme de l'opération et les dispositions particulières définies au chapitre 2 du décret n° 93-1268.

Les pièces à demander au cours de l'exécution du marché

En application des articles D 8222-5 et D 8222-7 du Code du travail, il appartient à l'organisme de demander tous les six mois, les documents lui permettant de vérifier la situation fiscale et sociale du titulaire pour les achats d'un montant supérieur à 5 000 euros. On rappellera à cet égard qu'il existe un dispositif de vigilance et un dispositif d'alerte, en cours d'exécution du contrat. En cours d'exécution du contrat, les obligations pesant sur le donneur d'ordre sont de deux natures :

1. Un dispositif de vigilance (art. L. 8222-1 du code du travail) :

- ▶ le donneur d'ordre demande à son cocontractant, tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, les mêmes pièces que celles exigées avant la signature du contrat
- ▶ à défaut, il est solidairement responsable des sommes dues par le contrevenant en application de l'article L. 8222-2 du code du travail.

2. Un dispositif d'alerte (art. L. 8222-5 pour les maîtres de l'ouvrage ou donneurs d'ordre de droit privé et art. L. 8222-6 pour les maîtres de l'ouvrage ou donneurs d'ordre personnes morales de droit public), qui fonctionne comme suit :

- ▶ Que le donneur d'ordre soit privé ou public :
 - ▶ un agent de contrôle informe par écrit le donneur d'ordre que son cocontractant ne respecte pas ses obligations au regard de la réglementation sur le travail dissimulé ;
 - ▶ le donneur d'ordre est tenu de réagir en enjoignant aussitôt à son cocontractant de faire cesser sans délai cette situation ;
 - ▶ à défaut d'avoir mis en demeure son cocontractant de régulariser sa situation, le donneur d'ordre encourt la responsabilité solidaire de l'article L. 8222-2 du code du travail.
- ▶ Lorsque le donneur d'ordre est une personne morale de droit public, il est soumis à des obligations supplémentaires :
 - ▶ il doit informer l'agent auteur du signalement des suites données par l'entreprise à son injonction ;
 - ▶ si le cocontractant n'a pas apporté la preuve de la régularisation de sa situation dans un délai de deux mois, le donneur d'ordre peut rompre le contrat, sans indemnités, aux frais et risques de l'entrepreneur ;
 - ▶ le donneur d'ordre encourt la responsabilité solidaire de l'article L. 8222-2 du code du travail dans deux hypothèses supplémentaires :
 - lorsqu'il n'a pas transmis, à l'agent auteur du signalement, la réponse de son cocontractant à la mise en demeure ;
 - lorsque le contrat se poursuit sans que l'entreprise n'ait apporté la preuve de la mise en conformité de sa situation, dans un délai de six mois après la mise en demeure.

LES MODALITÉS DE PAIEMENT DU PRIX DU MARCHÉ

L'ordonnance n°2015-899 et son décret d'application n°2016-360 fixent des dispositions en matière de paiement des marchés publics. Celles-ci font l'objet des articles 59 à 61 de l'ordonnance et 110 à 131 du décret.

Les organismes d'Hlm peuvent les appliquer les articles 110 à 121 du décret sur les avances et les acomptes sous réserve d'en faire mention dans leurs marchés (NOTA : s'agissant de la retenue de garantie, les sociétés privées sont tenues d'appliquer les dispositions de la loi n°71-584 du 16 juillet 1971). Dès lors que ces articles s'appliquent aux titulaires d'un marché, elles s'appliquent également à leurs sous-traitants (cf. art. 135-II du décret).

Les articles 125 à 131 du décret portant les autres garanties ainsi que sur les cessions ou nantisements de créances ne s'appliquent aux organismes, quel que soit leur statut, que s'ils y font expressément référence dans leurs marchés. En revanche, la retenue de garantie prévue aux articles 122 à 124 ne peut s'appliquer qu'aux OPH dans la mesure où la loi n°71-584 du 16 juillet 1971 tendant à réglementer les retenues de garantie en matière de marchés de travaux définis par l'article 1779-3° du code civil est d'ordre public pour les personnes morales de droit privé.

Quelles conditions de paiement ?

Le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 pris en application du titre IV de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 est venu encadrer les délais à appliquer pour le paiement des opérateurs économiques liés à un pouvoir adjudicateur.

Il en ressort que les délais de paiement sont :

- De 30 jours pour les OPH,
- De 60 jours pour les sociétés privées d'Hlm (ESH, fondations, SA coopératives de productions d'Hlm, SA coopératives d'intérêt collectif d'Hlm)⁶⁴.

Ces délais sont applicables à tous les contrats et il en est de même pour toutes les commandes.

Les délais de paiement s'appliquent à compter de la réception de la facture, soit par le pouvoir adjudicateur, soit, s'agissant de prestations contrôlées par un tiers (en cas de marché de travaux avec maîtrise d'œuvre par exemple), à compter de la date de réception de la facture par ce tiers. A cet égard, il est conseillé d'intégrer les clauses idoines dans les marchés de ces prestataires, les maîtres d'œuvre notamment, en mentionnant :

- Les modalités de décompte et de suivi du délai du maître d'œuvre,
- Un délai de vérification et de transmission des factures reçues,
- La mise en œuvre de pénalité en cas de dépassement de ce délai,
- Le cas échéant, les conditions de mise en œuvre de la suspension des délais de paiement.

⁶⁴Voir courrier du 7 juin 2013 de la Direction des affaires juridiques du ministère des finances disponible sur le site de l'Ush

Dans l'hypothèse où la date de réception de la facture n'est pas connue, la date de la facture sera prise en compte augmentée de deux jours (cf. art. 2 du décret n°2013-269). S'agissant de paiement direct aux sous-traitants, le délai part également de la date de réception de la facture chez le pouvoir adjudicateur (ou le maître d'œuvre, le cas échéant). Aussi, à l'instar des dispositions à insérer dans les contrats de maîtrise d'œuvre, il est conseillé d'insérer le même type de clauses dans les marchés des titulaires.

Pour les avances, la date de départ sera celle de la notification du contrat ou celle de la notification de l'acte qui emporte le commencement d'exécution des prestations, voire celle prévue au contrat le cas échéant. Celle-ci est toutefois reportée à la date de réception de la garantie à première demande ou de la caution pour les marchés qui les prévoient. Les retenues de garantie doivent être réglées dans le délai de 30 jours à compter de l'expiration de la période de garantie.

Le délai de paiement ne peut être suspendu qu'une seule fois par le pouvoir adjudicateur. Les modalités de cette suspension peuvent être confiées au maître d'œuvre sous réserve que ce dernier tienne informé le pouvoir adjudicateur. La suspension doit être notifiée au créancier, et motivée afin que ce dernier puisse régulariser la situation.

En cas de retard de paiement, sont dus, sous délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal, automatiquement et de façon cumulative :

- ▶ Des intérêts moratoires calculés sur la base du taux de refinancement de la Banque centrale européenne, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts ont commencé à courir, majoré de 8 points (nota : les intérêts moratoires sont assis sur les montants TTC, mais ne sont pas assujettis à la TVA),
- ▶ Une indemnité d'un montant forfaitaire d'au moins 40 € pour frais de recouvrement ; ce montant pourra être augmenté dès lors que le créancier peut démontrer qu'il a subi un préjudice plus important.

Actualisation ou révision ?

L'article 18 du décret traite des conditions d'actualisation et de révision des prix. Les organismes Hlm ne sont pas soumis à cet article (cf. art. 18-I du décret pour les sociétés de statut privé et le 2nd alinéa de l'article 2 du décret pour les OPH).

Aussi, l'insertion de clauses relatives à la revalorisation des prix du marché est laissée à l'appréciation des organismes. Il pourra s'agir, par exemple :

- ▶ D'une actualisation qui a pour objectif de revaloriser tous les prix du marché en raison notamment du différé entre la date de remise des prix et le commencement d'exécution du marché. En général, on revalorise l'ensemble des prix du marché par un coefficient unique ; de façon usuelle, ce coefficient, utilisant éventuellement différents indices en lien avec l'objet du marché, est calculé en faisant le rapport entre l'index de référence du marché à la date de début d'exécution moins trois mois et celui de la date valeur du prix du marché ;
- ▶ D'une révision qui a pour objectif de revaloriser les prix du marché selon son avancement. De façon usuelle, on met en place la révision en calculant un coefficient, utilisant éventuellement différents indices en lien avec l'objet du marché, établi par le rapport de l'index du mois d'exécution et celui de la date valeur du marché, en ajoutant une partie fixe (souvent 15%);

- De la prise en compte d'une actualisation complétée d'une révision : on actualise les prix du marché entre les prix initiaux établis à l'acte d'engagement et la date de début d'exécution moins trois mois, puis on révisé les prix actualisés au fur et à mesure de l'exécution.

En tout état de cause, les index de référence doivent être liés à la nature des prestations à mettre en œuvre. Les plus usités dans le secteur du logement social sont les index BT (travaux de bâtiment), TP (travaux publics), Ing (ingénierie), Syntec (prestations intellectuelles), EV (espaces verts)... Le marché pourra prévoir que la revalorisation prend en compte une combinaison d'index, reflétant par exemple pour les marchés d'exploitation de chauffage les évolutions du prix de pétrole, de la main d'œuvre, etc.

Les dispositions spécifiques pour les OPH

L'article 2 du décret indique que « *les offices publics de l'habitat... sont soumis aux dispositions des articles 110 à 121* ». Il s'agit de dispositions relatives :

- Aux avances (articles 110 à 113),
- Aux acomptes (article 114),
- Au régime des paiements (articles 115 à 121).

Cependant, depuis l'entrée en vigueur, le 10 décembre 2016, de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, **les OPH sont redevenus libres d'édicter leurs règles relatives aux avances, acomptes, règlements partiels définitifs ou de solde de leurs marchés. En revanche, ils ont l'interdiction d'intégrer dans leurs marchés des clauses de paiement différé (cf. article 60 de l'ordonnance).**

Quant aux organismes de statut privé, ils peuvent s'ils le souhaitent, appliquer ces différentes dispositions. Ils doivent dans ce cas y faire expressément référence (cf. art. 109 du décret).

Par ailleurs, l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facture électronique prévoit une dématérialisation des demandes de paiement à compter du 1^{er} janvier 2017 aux grandes entreprises et aux fournisseurs, puis progressivement généralisée d'ici le 1^{er} janvier 2020 en tenant compte de la taille des entreprises concernées. Sont concernés par cette démarche, les entreprises et leurs sous-traitants en contrat avec l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics (donc les OPH), quelle que soit leur situation.

Le déploiement de la démarche est le suivant :

- Au 1^{er} janvier 2017 : pour les grandes entreprises (plus de 5 000 salariés et chiffre d'affaires supérieur à 1,5 milliard d'euros) et les personnes publiques,
- Au 1^{er} janvier 2018 : pour les entreprises de taille intermédiaire (de 250 à 5 000 salariés et chiffre d'affaires inférieur à 1,5 milliard d'euros)
- Au 1^{er} janvier 2019 : pour les petites et moyennes entreprises (10 à 250 salariés et chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros)
- Au 1^{er} janvier 2020 : pour les micros entreprises (moins de 10 salariés et chiffre d'affaires inférieur à 2 millions d'euros)

Pour aider à la mise en place de ce système et pour activer la facturation électronique, une plateforme « Chorus Portail Pro » a été mise en place⁶⁵.

⁶⁵Lien : <https://communaute-chorus-pro.finances.gouv.fr/>

Les avances

Le système des avances sur paiement des marchés publics a pour objectif de renforcer la concurrence en assurant 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 : c'est le cas notamment de bon nombre de petites et moyennes entreprises.

La mise en place d'avances n'est pas obligatoire pour les organismes de Hlm, mais n'est pas interdite (cf. art. 59-II de l'ordonnance et R.433-18 du CCH : «une avance forfaitaire peut être accordée ; ses modalités de versement et de remboursement sont précisées dans le cahier des charges du contrat»). Aussi, selon la nature de la prestation, le tissu concurrentiel ou l'obligation faite au titulaire de déboursier des sommes conséquentes avant même de mettre en œuvre les prestations, il sera opportun de prévoir le versement d'avance au titulaire.

Dans ce cas, les conditions de versement et de «remboursement» des avances doivent être fixées contractuellement (et surtout ne pas être ajoutées une fois le marché conclu pour éviter de voir le juge sanctionner cette pratique).

On peut prendre à titre d'exemple les dispositions qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs de statut public, mais pas aux OPH, pour rédiger les clauses afférentes aux avances (cf. art. 110 à 113 du décret) :

« Il... Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

Le montant de l'avance est fixé... :

1. À 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché public ou de la tranche affermée si leur durée est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois ;
2. Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à 50 000 Euros HT, à 5 % du montant minimum si la durée de l'accord-cadre est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée de l'accord-cadre exprimée en mois ;
3. Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur, pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 Euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois, à 5 % du montant du bon de commande si la durée prévue pour l'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme égale à douze fois le montant du bon de commande divisé par la durée prévue pour l'exécution de celui-ci exprimée en mois.

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

III. Le marché public peut prévoir que l'avance versée au titulaire dépasse les 5 % mentionnés au II. En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30 % des montants mentionnés au II. L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % des montants mentionnés ci-dessus, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande...

Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché public. Ils ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché public...

Article 111 : I - Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché public par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde. Il doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre :

1. Du marché public ou de la tranche affermée ;
2. Du bon de commande dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur ;
3. Du montant minimum dans le cas d'un accord-cadre à bons de commandes comportant un montant minimum fixé en valeur.

II. Dans le silence du marché public, le remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 65 % des montants mentionnés au I...

Article 112 : Lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 %..., les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conditionner son versement à la constitution d'une garantie à première demande portant sur tout ou partie du remboursement de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire...

Article 113 : Lorsque le montant de l'avance est supérieur à 30 % de l'assiette retenue au II de l'article 110 pour la détermination du montant de cette avance, le titulaire du marché public ne peut recevoir cette avance qu'après avoir constitué une garantie à première demande... ».



À RETENIR

On rappellera que dès lors que le marché fait référence aux articles 110 à 113 du décret, leurs dispositions s'appliquent également aux-sous-traitants.

Les acomptes

L'article 59-III de l'ordonnance indique que « Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché public ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte ». En d'autres termes, l'organisme est tenu de régler les prestations dès le début de leur exécution. Dans ce cadre, il appartient à l'acheteur de préciser dans le contrat les modalités de versement des paiements, selon la nature, le montant et le délai d'exécution des prestations.

À NOTER

Les dispositions applicables aux OPH imposent une périodicité du versement des acomptes de 3 mois maximum, périodicité réduite à un mois pour les PME et les sociétés coopératives, ainsi que pour les marchés de services ou de

Cependant, depuis l'entrée en vigueur, le 10 décembre 2016, de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi SAPIN II), les OPH sont redevenus libres d'édicter leurs règles relatives aux avances, acomptes, règlements partiels définitifs ou de solde de leurs marchés. Le décret d'application de la loi SAPIN II a modifié en ce sens les dispositions du décret du 25 mars 2016. Il s'agit du décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique publié au JORF le 12 avril 2017.

La retenue de garantie

L'objet d'une retenue de garantie est de garantir contractuellement l'exécution des travaux, pour satisfaire, le cas échéant, aux réserves faites à la réception par le maître de l'ouvrage (cf. loi n°71-584 du 16 juillet 1971). La loi ne vise que les seuls marchés portant sur la conception et la réalisation de travaux passés par les maîtres d'ouvrage de statut privé. Une retenue de garantie ne peut en aucune façon excéder 5% du montant TTC total du marché. Pour qu'une retenue de garantie puisse être effectuée dans un marché, il est nécessaire qu'elle soit prévue contractuellement.

À NOTER

Pour les OPH, que la retenue de garantie n'est pas limitée aux seules réserves mentionnées au PV de réception, mais qu'elle s'étend aux malfaçons constatées pendant le délai de parfait achèvement (cf. art. 122 du décret).

Si l'entrepreneur fournit pour un montant égal à la retenue de garantie une garantie à première demande, ou une caution bancaire personnelle et solidaire dans la mesure où l'acheteur ne s'y oppose pas, la retenue de garantie, alors même qu'elle a été stipulée contractuellement, ne peut pas être pratiquée. La garantie à première demande ou la caution peut être fournie à tout moment. Elle doit être établie selon un modèle fixé par arrêté ministériel.

Lorsque le contrat prévoit que le paiement du prix sera fonction de l'avancement des travaux, cette retenue ne peut excéder lors du paiement de chaque acompte plus de 5% du pourcentage correspondant du prix.

La retenue doit être consignée entre les mains d'un consignataire, accepté par les deux parties ou à défaut désigné par le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce. Lorsqu'une retenue de garantie est pratiquée, elle doit être libérée au plus tard à la fin d'un délai d'un an à compter de la réception du marché. Ce délai peut être prolongé dans les circonstances suivantes : si le maître d'ouvrage a fait des réserves lors de la réception ou pendant le délai de parfait achèvement, réserves qu'il aura notifiées au titulaire et à l'établissement qui s'est porté garant, et si les réserves n'ont pas été levées, le délai de libération est porté à un mois après la levée effective de la réserve.



Condition d'application de la retenue de garantie

A défaut d'avoir mentionné l'extension de garantie en référence à l'article 122 du décret, la retenue de garantie (ou la caution) ne peut couvrir que les mal-façons notées à la réception, et non les désordres survenus après cette dernière⁶⁶.

La Cour de cassation a rendu deux arrêts le 18 décembre 2013 rappelant que la garantie cesse à l'expiration du délai d'une année à compter de la

réception. Le premier arrêt précise que la somme retenue doit être réglée automatiquement à l'entrepreneur, sauf opposition du maître d'ouvrage motivée par des réserves non levées par lettre recommandée avec avis de réception. Aux termes du second arrêt, la Cour de Cassation juge que cette opposition n'est possible que si les sommes retenues ont été consignées conformément aux dispositions d'ordre public de la loi du 16 juillet 1971.

Peut-on demander une garantie à première demande en lieu et place de la caution bancaire ?

Rappelons la différence entre la caution et la garantie à première demande :

- La caution personnelle et solidaire : elle couvre, dans la limite de 5% du montant du marché T.T.C., la reprise des réserves signalées lors de la réception des travaux et figurant au procès-verbal de réception, ainsi que, si l'article 122 du décret a été mentionné dans le marché, celle formulées pendant le délai de garantie.
- La garantie à première demande : elle couvre, toujours dans la limite de 5%, la reprise des réserves signalées lors de la réception des travaux, mais aussi la bonne exécution du marché. Il s'agit d'un engagement présentant un risque plus important pour l'établissement accordant sa garantie. En effet, du fait de son caractère « à première demande », la banque ne pourra pas s'opposer à une demande de paiement reçue du Maître d'ouvrage.

La caution, comme la garantie à première demande, sera libérée un mois après l'expiration d'un délai d'un an à compter de la réception des travaux. Le procès-verbal de réception des travaux est à adresser à la banque pour enregistrement de la mainlevée.

Régime des paiements

Le régime des paiements défini aux articles 115 à 121 du décret ne s'appliquera aux organismes d'Hlm totalement ou partiellement que si ces derniers auront fait référence aux articles qu'ils souhaitent voir mis en œuvre dans leurs marchés.

Il est en effet à noter que depuis l'entrée en vigueur, le 10 décembre 2016, de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite Sapin II), les OPH sont en effet redevenus libres d'édicter leurs règles relatives aux avances, acomptes, règlements partiels définitifs ou de solde de leurs marchés. Le décret d'application de la loi SAPIN II a modifié en ce sens les dispositions du décret du 25 mars 2016. Il s'agit du décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique publié au JORF le 12 avril 2017.

⁶⁶Voir Cassation du 7 décembre 2005 n°05-10153

Les principales dispositions de ces articles sont les suivantes :

- ▶ Le marché peut prévoir des paiements partiels, ceux-ci pouvant être définitifs au sens où on ne peut pas les remettre en cause, notamment pour le solde du marché. Toutefois, les marchés de travaux ne peuvent pas donner lieu à des règlements partiels définitifs. Les acomptes peuvent être remis en cause par les parties (art. 115),
- ▶ Les factures doivent distinguer les montants au titre de chacun des lots (art. 117),
- ▶ En cas de revalorisation des prix (art. 117) :
 - ▶ celle-ci prend en compte soit la date de réalisation prévue au marché, soit celle de la réalisation dans l'hypothèse où elle est antérieure ; en d'autres termes, une prestation réalisée avec retard ne pourra être revalorisée que sur la base des éléments du planning contractuel,
 - ▶ les paiements effectués sur la base des valeurs finales de référence interviennent au plus tard trois mois après la publication de ces valeurs,
- ▶ En cas de résiliation du marché :
 - ▶ les parties peuvent s'accorder sur un montant de dettes ou de créances, et dans ce cas, la partie créditrice verse à l'autre 80% du montant considéré (art. 118),
 - ▶ si le marché a prévu une indemnisation, en cas de désaccord sur le montant de l'indemnisation entre les parties persistant plus de six mois à compter de la résiliation, le titulaire perçoit à sa demande le montant proposé par l'acheteur (art. 121),
- ▶ Dans le cas où le marché prévoit un échelonnement des versements, aucun intérêt moratoire n'est dû avant les dates prévues (art. 119),

Peut-on recourir au paiement différé ?

Le paiement différé consiste à payer les prestations déjà réalisées dans un délai sensiblement supérieur aux pratiques usuelles.

Les OPH ne peuvent pas insérer une clause de paiement différé dans leurs marchés, mais ça n'est pas interdit aux organismes de statut privé (cf. art. 60 de l'ordonnance). On relèvera toutefois que « les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché public ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte » (cf. art. 59-III de l'ordonnance).



À RETENIR

On rappellera, par ailleurs :

- ▶ l'article 60-I de l'ordonnance : « En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction »,
- ▶ l'article R.433-10 du CCH applicable aux seuls organismes de statut privé : « Pour les marchés ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, si l'organisme choisit de recourir à un marché alloti, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé. S'il choisit de recourir à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître de manière séparée les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance ».

Il en résulte la possibilité, pour les organismes de statut privé, de conclure un marché avec une clause de paiement différé sous les réserves évoquées. Cela sera plutôt réservé à des contrats de longue durée, qui met à la charge du prestataire l'amortissement des investissements. Cette clause peut être utile dans le cas de rénovation de chaufferies importantes ou de construction d'installation de cogénération par exemple. Toutefois, même si elle est possible, on doit s'interroger sur la mise en place d'une telle clause dans la mesure où les conditions d'amortissement proposées par les prestataires sont souvent moins intéressantes que les emprunts que peuvent négocier en direct auprès des établissements bancaires les organismes pour payer les investissements en cause.

Les cessions ou nantissements de créances

Les articles 127 à 131 du décret relatif aux cessions ou nantissement de créances fixent les conditions de cession et de nantissement des créances. Ces articles ne s'imposent pas aux organismes, mais ils peuvent en faire volontairement application en y faisant expressément référence dans les documents du marché.

Quelles conditions de paiement pour les sous-traitants ?

On rappellera que les sous-traitants doivent désormais être payés directement par le pouvoir adjudicateur (cf. art. 135-I du décret), qu'il soit OPH ou organisme privé d'Hlm. Les dispositions relatives aux modalités de paiement du sous-traitant sont précisées à l'article 136 du décret :

« Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa demande de paiement au titulaire du marché public, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur ou à la personne désignée par lui dans le marché public.

Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement à l'acheteur ou à la personne désignée dans le marché public par l'acheteur, accompagnée des copies des factures adressées au titulaire et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé.

L'acheteur ou la personne désignée par lui dans le marché public adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant. »

Et l'article 137 de préciser : « Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie de l'original du marché public ou du certificat de cessibilité prévu à l'article 127 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 134 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct. »

S'agissant de la sous-traitance, on peut rappeler la mise en place de l'auto-liquidation de la TVA. Ce dispositif vise à lutter efficacement contre la concurrence déloyale de la part de certains sous-traitants bien souvent éphémères, qui facturent de la TVA à leur donneur d'ordre sans la reverser aux services fiscaux et pratiquent ainsi des prix plus bas.

Dans le cas de paiements directs des sous-traitants par un acheteur public (ou encore de délégation de paiement ou d'action directe), le maître d'ouvrage paie, au nom et pour le compte de l'entrepreneur principal (le donneur d'ordre), directement le sous-traitant pour la part du marché dont il assure l'exécution. Par conséquent, le maître de l'ouvrage paie le sous-traitant sur une base hors taxe et l'entrepreneur principal auto-liquide la TVA.

LES MODIFICATIONS DU MARCHÉ

Alors que sous l'empire de l'ordonnance de 2005 et de son décret d'application, peu de dispositions réglementaires fixaient les conditions de modification d'un marché -il était nécessaire de se reporter à la jurisprudence- ces conditions sont dorénavant encadrées par l'article 65 de l'ordonnance de 2015, et par l'article 139 du décret.

En synthèse, on a le droit de modifier le marché quand :

- ▶ Le montant de la modification est inférieur à 10% du montant du marché initial pour les marchés de fournitures et les marchés de service, ou de 15% dans le cas des marchés de travaux, pourvu que cette augmentation ne soit pas, par ailleurs, égale ou supérieure aux seuils européens ;
- ▶ Une clause de réexamen est prévue dans le marché, et ce quel que soit le montant de la modification, mais sous réserve que cette clause précise le champ d'application, la nature des éventuelles modifications et les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ;
- ▶ La modification du marché initial n'est pas substantielle, étant précisé qu'une modification substantielle est une modification qui :
 - › Aurait pu remettre en cause la concurrence et donc modifier les résultats de l'analyse ayant conduit à la sélection du titulaire,
 - › Modifie l'équilibre économique du contrat,
 - › Elargit considérablement le champ d'application du marché.

À NOTER

Le juge administratif considère que la plupart des modifications apportées dans les conditions de paiement sont réputées substantielles.

- ▶ Lorsqu'un nouveau contractant remplace le titulaire du marché public, dans l'un des cas suivants :
 - a. En application d'une clause de réexamen ;
 - b. À la suite d'une cession universelle ou partielle du titulaire assurée par un autre opérateur économique qui remplit les conditions de participation à la procédure de passation du marché public, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et qu'elle ne soit pas effectuée dans le but de soustraire l'acheteur aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

- Pour les travaux, fournitures ou services supplémentaires qui sont devenus nécessaires et qui ne figuraient pas dans le marché public initial (NB. Il s'agit principalement des « anciens marchés complémentaires » prévus dans le décret de 2005), lorsqu'un changement de contractant remplirait les conditions cumulatives suivantes :
 - a. Il est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, logiciels, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ;
 - b. Il présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.

Toutefois, l'augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché public initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

- Lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. Toutefois, l'augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50% du montant du marché public initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

À NOTER

Dans les deux derniers cas, et dès lors que le marché initial a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur doit publier au JOUE un avis de modification d'un marché en cours selon le formulaire standard idoine.

Toute modification du marché doit être concrétisée par un avenant, qu'il s'agisse de modification des prestations ou du prix (en plus ou en moins-value, voire, à coût égal dans le cas de modifications de prestations afin de continuer à bénéficier des garanties contractuelles), mais aussi des clauses relatives aux délais, etc.



À RETENIR

Il est par ailleurs rappelé que :

- le rapport annuel à remettre au Conseil d'Administration (cf. R.433-6 du CCH, applicable aux seuls organismes de statut privé) doit indiquer, entre autres, les modifications apportées aux marchés passés selon une procédure formalisée
- à compter du 1^{er} octobre 2018, au titre des données essentielles que doit mettre en ligne l'acheteur sur son profil d'acheteur pour tous les marchés, figurent également les modifications du marché, les incidences sur le délai et le montant du marché ainsi que la date de notification de l'avenant (art. 107 du décret) pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT.



Comment faire quand un acquéreur demande des modifications dépassant le plafonnement des avenants ?

Pour se prémunir des difficultés qu'on pourrait rencontrer dans le cadre des opérations en accession à la propriété, il est conseillé d'insérer une mention dans le règlement de consultation, telle que :

« Les travaux objet de la présente consultation sont destinés à la réalisation d'immeubles dans le cadre d'accession à la propriété par des particuliers. Aussi, le pouvoir adjudicateur pourra demander

des adaptations au projet initial et notamment des adaptations qu'il ne connaît pas à l'avance. Les candidats sont informés que les prestations à mettre en œuvre pourront varier, ainsi que, par voie de conséquence le montant des marchés afférents. En application de l'article 140 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, la variation du prix ne pourra toutefois pas excéder 50% du montant du marché ».

Une particularité pour les OPH

S'agissant des Offices publics de l'habitat, une règle vient s'ajouter à celles décrite plus avant. En effet, l'article 101 de l'ordonnance vient modifier le code général des collectivités locales. Le nouvel article L. 1414-4 de ce code prévoit que : « *Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres* ».

Ainsi, pour tous les marchés conclus à l'issue d'une procédure formalisée, les avenants qui modifient de plus de 5% le montant global initial du marché devront être soumis à la CAO.

LA PROCÉDURE À SUIVRE EN CAS DE DÉFAILLANCE DU TITULAIRE EN COURS DE MARCHÉ

Quand le titulaire du marché se trouve dans l'impossibilité de poursuivre l'exécution du marché, ou dès lors que les conditions d'exécution ne sont pas conformes aux spécifications du marché, on enclenchera les clauses coercitives prévues au marché ou, dans le cas extrême, les dispositions relatives à la résiliation dudit marché.

Quelle procédure appliquer pour sélectionner un nouveau prestataire ?

Dès lors que le marché est résilié, on devra chercher un nouvel intervenant pour terminer l'exécution du marché. A la question souvent posée, on ne peut pas reprendre les candidatures et les offres présentées lors de la mise en concurrence qui a permis la mise en place du marché initial. Il est en conséquence nécessaire de lancer une nouvelle consultation. Toutefois, celle-ci pourra être simplifiée ou plus rapide :

- Soit, en application de l'article 22 du décret, il est en effet possible, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, et donc a fortiori pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils, de déroger aux obligations et de mettre en œuvre une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 Euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et pour les lots inférieurs à 1 000 000 Euros HT dans le cas des marchés de travaux, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots,
- Soit, il est possible d'appliquer les dispositions permettant de réduire les délais en cas d'urgence.

PARTIE 7

Les dispositions spécifiques à l'Outre-Mer

L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 s'applique dans les départements, régions et collectivités ultramarines.

Toutefois, seul l'article 91 de cette ordonnance s'applique de façon indifférenciée à ces territoires. Il a pour but de favoriser l'emploi des jeunes en donnant la possibilité aux acheteurs d'imposer qu'une part minimale définie par voie réglementaire du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché soit effectuée par des jeunes de moins de 25 ans, dès lors que le taux de chômage de ces jeunes est supérieur à un niveau également fixé par voie réglementaire.

Pour ce qui concerne les autres dispositions spécifiques à l'Outre-Mer, elles ne font qu'adapter l'application des règles de l'ordonnance aux différentes réglementations locales quand elles existent. Il en est ainsi pour :

- › Mayotte,
- › Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon,
- › La Nouvelle-Calédonie,
- › La Polynésie Française,
- › Les Îles Wallis et Futuna,
- › Les Terres Australes et Antarctiques Françaises.

S'agissant de la Réunion, de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane, les dispositions textes s'appliquent « normalement ».

Cependant, l'article 73 de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2017, a prévu des dispositions spéciales pour l'outre-mer en matière de marchés publics.

A cet égard, ledit article 73 dispose que :

« A titre expérimental, et pour favoriser à moyen terme l'émergence de nouveaux opérateurs locaux susceptibles d'exercer pleinement leur libre accès à la commande publique, dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution autres que la Polynésie française et les îles Wallis et Futuna, pour une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, les pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices et les acheteurs publics peuvent réserver jusqu'à un tiers de leurs marchés aux petites et moyennes entreprises locales, au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Il en va de même en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna pour ce qui concerne les marchés passés par les services et les établissements publics de l'Etat.

Le montant total des marchés conclus en application du premier alinéa du présent article au cours d'une année ne peut excéder 15 % du montant annuel moyen des marchés du secteur économique concerné conclus par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concernés au cours des trois années précédentes.

Dans des conditions définies par voie réglementaire, pour les marchés dont le montant estimé est supérieur à 500 000 euros hors taxes, les soumissionnaires doivent présenter un plan de sous-traitance prévoyant le montant et les modalités de participation des petites et moyennes entreprises locales ».

PARTIE 8

Tableau de repérage
des différents articles
de l'ordonnance
et du décret

Objet	Numéros d'articles	
	Ordonnance	Décret
Accords-cadres	4	79 & 80
Achat de véhicules à moteur		96
Allotissement	32	12 & 22
Appel d'offres ouvert		66 & 67
Appel d'offres restreint		47, 69 & 70
Attribution du marché		62 à 64
Avis d'appel public à la concurrence (AAPC)		33 à 36
Avis d'attribution	56	104
Calcul des montants		20 à 24
Catalogue électronique		86 & 87
Centrales d'achat	26 & 27	
Champ d'application		1 à 3
Clauses obligatoires	39	15
Conception-réalisation	33, 35 & 35bis	91
Concours	8	88 & 89
Conditions de participation aux consultations	51	44
Conservation des documents	57	108
Contenu des marchés	38	
Contrats mixtes	22	
Contrats subventionnés	21	
Coopération public -public	17 à 20	
Définition des besoins	30 & 31	10
Définitions	3, 4 & 13	
Dématérialisation		40 à 42
Dialogue compétitif		47, 75 & 76
Enchères électroniques		84 & 85
Examen des offres et offres anormalement basses (OAB)	52 à 54	59 & 60
Exclusions	14	
Exécution financière pour les établissements publics	59 à 61	109 à 131
Groupement d'opérateurs économiques	50	44 & 45
Groupements de commandes	28 & 29	
Information des candidats	55	99 & 107
Interdictions de soumissionner	45	
Interdictions facultatives de soumissionner	48	
Marché à tranches		77
Marchés de maîtrise d'œuvre		90
Marchés de services sociaux		28 & 35
Marchés globaux de performance	34	92
Marchés réservés	36 & 37	13 & 14
Mise à disposition des documents de consultation		38 à 39
Modification du marché	65 & 101	139
Partenariat d'innovation		93 à 95
Pré-information		31 & 39
Présentation des candidatures		48 à 54
Présentation des offres		57 & 58
Prix		17 à 19
Procédure adaptée		27
Procédure concurrentielle avec négociation		47, 71 à 73
Procédure concurrentielle avec négociation et dialogue compétitif		25
Procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence		30
Procédures formalisées	42	25
Programmes expérimentaux		97
Rapport de présentation		105
Services juridiques de représentation		29
Sous-traitance	50 & 62	55, 133 à 137
Système d'acquisition dynamique		81 à 83
Vérification des conditions de participation		55

Annexes

LES ABRÉVIATIONS COURAMMENT UTILISÉES

Procédures

- AO Appel d'Offres
- AOO Appel d'Offres Ouvert
- AOR Appel d'Offres Restreint
- MAPA MArchés passés selon une Procédure Adaptée
- MPS Marchés Passés selon une Procédure Simplifiée

Consultations

- AAPPC Avis d'Appel Public à la Concurrence
- CAO Commission d'Appel d'Offres
- RC Règlement de Consultation
- DCE Dossier de Consultation des Entreprises
- DC Documents de Consultation (des formulaires sont disponibles sur le site minefi.gouv.fr)
- LC Lettre de Consultation

Publications

- JOUE Journal Officiel de l'Union Européenne
- JAL Journal d'Annonces Légales
- BOAMP Bulletin Officiel d'Annonce des Marchés Publics (NOTA : l'insertion au BOAMP n'est pas obligatoire pour les marchés passés par les organismes privés ; on devra même considérer que cela est déconseillé pour éviter toute confusion et tout amalgame avec les marchés publics)

Nomenclatures

- CPV Common Procurement Vocabulary (ou vocabulaire commun des marchés), nomenclature générale conseillée
- CPC Classification Centrale des Produits, pour les marchés de services
- CPA Classification des produits associés aux activités, pour les marchés de fournitures
- NACE Nomenclature des ACTivités Economiques, pour les marchés de travaux
- NUTS Nomenclature of Territorial Units for Statistics (liste des territoires où les prestations sont exécutées)

Pièces du marché

- AE Acte d'Engagement
- CC Cahier des Charges (document fixant les dispositions et conditions d'exécution d'un marché)
- CPC Cahier des Prescriptions Communes (document fixant les dispositions et conditions d'exécution d'une série de marchés)
- CCAG Cahier des Clauses Administratives Générales (document de référence fixant les dispositions et conditions administratives d'exécution d'une série de marchés, par exemples, le CCAG travaux -Norme NFP 03.001-, le CCAG contrôle technique -norme NF 03.100-)
- CCAP Cahier des Clauses Administratives Particulières (document fixant les dispositions et conditions administratives particulières d'exécution d'un marché en référence au CCAG)
- CCTG Cahier des Clauses Techniques Générales (ensemble des textes fixant les dispositions et conditions d'exécution d'un marché, souvent des normes. Un arrêté annuel fixe la liste des documents applicables)
- CCTP Cahier des Clauses Techniques Particulières (document fixant les dispositions et conditions particulières d'exécution d'un marché en référence au CCTG)
- OS Ordre de service
- DPGF Décomposition du prix global et forfaitaire
- DQE Devis quantitatif estimatif

Autres

- CMP Code des Marchés Publics
- CCH Code de la Construction et de l'Habitation
- CGCT Code Général des Collectivités Territoriales

Institutions ou organismes

- DAJ Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances
- MIQCP Mission Interministérielle pour la Qualité des Constructions Publiques
- PUCA Plan Urbanisme Construction Architecture (agence interministérielle créée en 1998)
- ESAT Etablissement et Service d'Aide par le Travail (anciennement CAT)
- CADA Commission d'accès aux documents administratifs

LES RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX OPH

Les organismes Hlm, quel que soit leur statut (OPH, ESH ou sociétés coopératives d'Hlm), appliquent l'ensemble des dispositions relevant des « autres acheteurs » (autres que l'Etat et les collectivités territoriales et leurs établissements publics – cf. art. 2 du décret).

Toutefois, certaines dispositions spécifiques s'appliquent aux seuls OPH. Il s'agit :

- L'interdiction des clauses de paiement différé (article 60 de l'ordonnance)
- Du délai de paiement (30 jours) et des facturations électroniques
- De la composition et du rôle de la CAO
- De la nécessité de présenter les modifications des marchés d'un montant supérieur à 5% du montant global du marché à la CAO
- Du dispositif d'alerte (art. L. 8222-6 du code du travail)

LES SOURCES D'INFORMATION

Les sites Web à connaître

- Toute la législation et la réglementation, les JO, la jurisprudence, les codes, l'actualité juridique, les textes européens ainsi que des liens avec d'autres sites sur legifrance.gouv.fr
- Sur le site du ministère des Finances de l'Economie et de l'Industrie (<http://www.economie.gouv.fr/daj>), on trouvera la réglementation en cours sur les marchés publics, les formulaires, des tableaux de synthèse, des guides et des commentaires.



À RETENIR

NB : certains guides ou certaines fiches techniques nécessitent une actualisation, notamment au regard des textes qui y sont cités ; néanmoins, ces documents permettent d'éclairer sur la doctrine et les principes à mettre en œuvre.

Parmi les guides, on trouvera notamment :

- ▀ Le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics et Vade-mecum des marchés publics
- ▀ Le guide pratique « Le prix dans les marchés publics »
- ▀ Le guide du recensement économique des achats publics
- ▀ Le guide d'aide à la passation des marchés publics dématérialisés
- ▀ Le guide de l'achat public de prestations de communication (et à ses annexes)
- ▀ Le guide de l'achat public d'énergie et Règles applicables aux contrats de fournitures d'électricité et de gaz naturel depuis la loi « NOME »
- ▀ Le guide pour l'ouverture des marchés publics au handicap
- ▀ Le guide sur la commande publique et l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées
- ▀ Le guide pratique de l'achat public innovant

On trouvera également des fiches techniques, telles que :

1. Publiées depuis le 1^{er} avril 2016 :

- ▀ Quant au champ d'application de l'ordonnance et de son décret :
 - Pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices,
 - Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public
 - Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs
 - Marchés publics et autres contrats
- ▀ Quant à la préparation de la procédure :
 - L'intervention de la commission d'appel d'offres dans le cadre d'attribution des marchés publics
 - Allotissement et marchés globaux,
 - Les marchés à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant
 - Le partenariat d'innovation,
 - Le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables
 - L'urgence dans les marchés publics
- ▀ Quant à la mise en œuvre de la procédure :
 - Procédure concurrentielle avec négociation,
 - Le partenariat d'innovation
 - Comment utiliser les formulaires européens
 - Les marchés à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant
 - La procédure concurrentielle avec négociation
 - Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence,
 - L'offre anormalement basse,
 - L'examen des offres
 - Les conventions de recherche d'économie
 - Quelles mesures de publicité et de mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 25 000 euros HT ?
 - Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique
- ▀ Quant à l'exécution des marchés :
 - Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution,
 - Le partenariat d'innovation
 - La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession
 - Entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public
 - Les avances
 - Les délais de paiement

2. Publiées antérieurement :

- ▶ Marchés publics et autres contrats
- ▶ La désignation du comptable assignataire
- ▶ L'urgence dans les marchés publics
- ▶ Les accords-cadres
- ▶ Les accords-cadres à bons de commande
- ▶ La communication des documents administratifs en matière de commande publique
- ▶ La signature électronique dans les marchés publics
- ▶ Remise d'échantillons, de maquettes et de prototypes par les candidats à un marché public
- ▶ Quelles mesures de publicité et de mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 15 000 euros HT ?
- ▶ L'intérêt transfrontalier certain
- ▶ L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics
- ▶ Entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public
- ▶ L'information des candidats évincés
- ▶ Les conventions de recherche d'économies
- ▶ Les pénalités de retard dans les marchés publics
- ▶ Simplification du dossier de candidature
- ▶ La passation des marchés de conception-réalisation
- ▶ Les marchés de services juridiques
- ▶ La déclaration sans suite
- ▶ Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique

Le site du BOAMP propose également des explications sur l'application de la nouvelle réglementation, notamment destinées aux candidats, mais également utiles pour les acheteurs :

- ▶ Avant de répondre à un marché public
 - › Définition et principes d'un marché public
 - › Quels contrats sont également soumis à la réglementation des marchés publics ?
 - › Quels contrats administratifs sont exclus de la réglementation des marchés publics ?
 - › Qui sont les acheteurs publics ?
 - › Seuils de procédure et seuils de publicité
 - › Procédures de marchés publics
 - › Commande publique d'une œuvre d'art : le 1% artistique
 - › Qui peut répondre à un avis de marché public ?
 - › Existe-t-il des interdictions de candidater à un marché public ?
 - › Existe-t-il un droit de préférence en matière de marché public ?
 - › Contenu d'un avis de marché public
 - › Documents mis à la disposition des candidats à un marché public
 - › Répondre à un avis de marché
 - › Après avoir déposé sa candidature
 - › Exécution d'un marché public
- ▶ Comment répondre à un marché public ?
 - › Questions de réglementation
 - › Questions de procédures dématérialisées
 - Où télécharger le dossier de consultation des entreprises ?
 - Est-il obligatoire de déposer son dossier de candidature à un marché public par voie électronique ?

- Pourquoi répondre par voie électronique à un marché public ?
- Peut-on répondre par courriel à un marché public ?
- Pourquoi transmettre une copie de sauvegarde ?
- Quels sont les pré-requis techniques pour déposer une candidature électronique ?
- Comment répondre par voie électronique à un marché public ?
- Que faire en cas de virus ou de dysfonctionnement informatique ?
- Qu'est-ce qu'un certificat de signature électronique et comment s'en procurer un ?
- L'utilisation d'un certificat de signature électronique est-elle obligatoire ?
- Quels sont les documents qui doivent obligatoirement être signés ?
- Comment signer électroniquement sa candidature et son offre dématérialisées ?
- Comment faire en cas de co-traitance ou de sous-traitance ?
- Comment se déroule la procédure après le dépôt d'une offre électronique ?

► Glossaire

► Guide de constitution du dossier d'offre et de candidature

► Conseils d'acheteurs publics pour éviter les erreurs

- Vérifier la date limite et l'heure de réception des offres
- Lire tous les documents fournis par l'acheteur public
- Ne pas hésiter à poser des questions à l'acheteur public
- Ne pas modifier les documents de la consultation
- Vérifier les prix des prestations proposées
- Anticiper l'acquisition ou vérifier la date de validité de la certificat de signature électronique
- Constituer un dossier de candidature à un coût mais le « copier-coller » peut coûter plus cher
- En cas d'erreur, déposer un nouveau dossier complet
- Signer électroniquement chaque pièce du dossier de réponse
 - Les textes européens, les formulaires européens, la nomenclature CPV et NUTS sur le site http://simap.europa.eu/index_fr.htm
 - Les principales jurisprudences « marchés publics » : <http://www.collectivites-locales.gouv.fr/regles-generales-passation>
 - Les principes d'action de la maîtrise d'ouvrage, et ses relations avec la maîtrise d'œuvre : <http://miqcp.gouv.fr/index.php?lang=fr>

LES AVIS PRÉCISANT LA NATURE DES MARCHÉS ET DES SPÉCIFICATIONS (JO DU 27/03/16)

Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics

I. Au sens de l'article 6 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics :

1. Une spécification technique est :

- a. Lorsqu'il s'agit d'un marché public de travaux, l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les documents de marché, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur ; ces caractéristiques comprennent les niveaux de performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, la

propriété d'emploi, la sécurité ou les dimensions, y compris les procédures relatives à l'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, ainsi que les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie des ouvrages ; elles incluent également les règles de conception et de calcul des coûts, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages, ainsi que les méthodes ou techniques de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages ;

- b. Lorsqu'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services, une spécification qui figure dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, l'utilisation du produit, la sécurité ou les dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne le nom sous lequel il est vendu, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie de la fourniture ou du service, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité.

- 2. Une norme est une spécification technique adoptée par un organisme de normalisation reconnu pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes :
 - a. Norme internationale : norme adoptée par un organisme international de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;
 - b. Norme européenne : norme adoptée par un organisme européen de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;
 - c. Norme nationale : norme adoptée par un organisme national de normalisation et qui est mise à la disposition du public ;
- 3. Une évaluation technique européenne est une évaluation documentée de la performance d'un produit de construction en ce qui concerne ses caractéristiques essentielles, conformément au document d'évaluation européen pertinent, tel qu'il est défini au point 12 de l'article 2 du règlement (UE) n° 305/2011 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction et abrogeant la directive 89/106/CEE du Conseil ;
- 4. Une spécification technique commune est une spécification technique dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) élaborée conformément aux articles 13 et 14 du règlement (UE) n° 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision n° 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil ;
- 5. Un référentiel technique vise tout produit élaboré par les organismes européens de normalisation, autre que les normes européennes, selon des procédures adaptées à l'évolution des besoins du marché.

Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique

La liste des travaux mentionnés au 1° du I de l'article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et au 1° du I de l'article 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession est fixée comme suit :

NACE Rév. 1 (2)			Code CPV (3)
Section f		Construction	
Classe	Description	Observations	
45,11	Démolition et terrassements	Cette classe comprend : - la démolition d'immeubles et d'autres constructions ; - le déblayage des chantiers ; - les travaux de terrassement : creusement, comblement, nivellement de chantiers de construction, ouverture de tranchées, dérochement, destruction à l'explosif... ; La préparation de sites pour l'exploitation minière : - l'enlèvement de déblais et autres travaux d'aménagement et de préparation des terrains et des sites miniers ; - le drainage des chantiers de construction ; - le drainage des terrains agricoles et sylvicoles.	45110000
45,12	Forages et sondages	Cette classe comprend : les sondages d'essai, les forages d'essai et les carottages pour la construction ainsi que pour les études géophysiques, géologiques et similaires.	45120000
45,21	Construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil	Cette classe comprend : - la construction de bâtiments de tous types ; - la construction d'ouvrages de génie civil - ponts (y compris ceux destinés à supporter des routes surélevées), viaducs, tunnels et passages souterrains ; - conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique à longue distance ; - conduites de transport, lignes de communication et de transport d'énergie électrique pour réseaux urbains ; - travaux annexes d'aménagement urbain ; - l'assemblage et la construction d'ouvrages préfabriqués sur les chantiers.	45210000 (sauf : 45213316) 45220000 45231000 45232000
45,22	Réalisation de charpentes et de couvertures	Cette classe comprend : - le montage de charpentes ; - la pose de couvertures ; - les travaux d'étanchéification.	45261000
45,23	Construction d'autoroutes, de routes, d'aérodromes et d'installations sportives	Cette classe comprend : - la construction d'autoroutes, de routes, de chaussées et d'autres voies pour véhicules et piétons ; - la construction de voies ferrées ; - la construction de pistes d'atterrissage ; - la construction d'équipements (autres que les bâtiments) pour stades, piscines, gymnases, courts de tennis, parcours de golf et autres installations sportives ; - le marquage à la peinture des chaussées et des aires ou des parcs de stationnement.	45212212 et DAO3 45230000 (sauf : 45231000, 45232000, 45234115)

NACE Rév. 1 (2)			Code CPV (3)
Section f		Construction	
Classe	Description	Observations	
45,24	Travaux maritimes et fluviaux	Cette classe comprend la construction de : › voies navigables, ports, ouvrages fluviaux, ports de plaisance (marinas), écluses, etc. ; › barrages et digues ; › le dragage ; › les travaux sous-marins.	45240000
45,25	Autres travaux de construction	Cette classe comprend : › les activités de construction spécialisées qui concernent un aspect commun à différents ouvrages et requièrent des compétences ou du matériel spécialisés ; › la réalisation de fondations, y compris le battage de pieux ; › le forage et la construction de puits d'eau, le fonçage de puits ; › le montage d'éléments de structures métalliques non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux ; › le cintrage d'ossatures métalliques ; › la maçonnerie et le pavage ; › le montage et démontage d'échafaudages et de plates-formes de travail propres ou loués ; › la construction de cheminées et de fours industriels.	45250000 45262000
45,31	Travaux d'installation électrique	Cette classe comprend l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants : › câbles et appareils électriques ; › systèmes de télécommunication ; › installations de chauffage électriques ; › antennes d'immeubles ; › systèmes d'alarme incendie ; › systèmes d'alarme contre les effractions ; › ascenseurs et escaliers mécaniques ; › paratonnerres, etc.	45213316 45310000 (sauf : 45316000)
45,32	Travaux d'isolation	Cette classe comprend : › la mise en œuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de matériaux d'isolation thermique, acoustique et anti-vibratile.	45320000
45,33	Plomberie	Cette classe comprend l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants : › plomberie et appareils sanitaires ; › appareils à gaz ; › équipements et conduites de chauffage, de ventilation, de réfrigération ou de climatisation ; › installation d'extinction automatique d'incendie.	45330000
45,34	Autres travaux d'installation	Cette classe comprend : › l'installation de systèmes d'éclairage et de signalisation pour chaussées, voies ferrées, aéroports et installations portuaires ; › l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de construction d'installations et d'appareils non classés ailleurs.	45234115 45316000 45340000

NACE Rév. 1 (2)			Code CPV (3)
Section f		Construction	
Classe	Description	Observations	
45,41	Plâtrerie	Plâtrerie Cette classe comprend : la mise en œuvre dans des bâtiments ou d'autres projets de construction de plâtre ou de stuc pour enduits intérieurs et extérieurs, y compris les matériaux de lattage associés.	45410000
45,42	Menuiserie	Cette classe comprend : - l'installation de portes, de fenêtres, de dormants de portes et de fenêtres, de cuisines équipées, d'escaliers, d'équipements pour magasins et d'équipements similaires, en bois ou en d'autres matériaux, non fabriqués par l'unité qui exécute les travaux ; - les aménagements intérieurs tels que plafonds, revêtements muraux en bois, cloisons mobiles, etc.	45420000
45,43	Revêtement des sols et des murs	Cette classe comprend la pose dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants : - revêtements muraux ou carrelages en céramique, en béton ou en pierre de taille ; - parquets et autres revêtements de sols en bois, moquettes et revêtements de sols en linoléum ; - y compris en caoutchouc ou en matières plastiques ; - revêtements de sols et de murs en granito, en marbre, en granit ou en ardoise ; - papiers peints.	45430000
45,44	Peinture et vitrerie	Cette classe comprend : - la peinture intérieure et extérieure des bâtiments ; - la teinture des ouvrages de génie civil ; - la pose de vitres, de miroirs, etc.	45440000
45,45	Autres travaux de finition	Cette classe comprend : - l'installation de piscines privées ; - le nettoyage à la vapeur, le sablage et les activités analogues appliquées aux parties extérieures des bâtiments - les autres travaux d'achèvement et de finition des bâtiments non classés ailleurs.	45212212 et DAO4 45450000
45,50	Location avec opérateur de matériel de construction		45500000

Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques

I. Les services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au I de l'article 28 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics sont les suivants :

DÉSIGNATION	CODES CPV
1. Services sanitaires, sociaux et connexes	▶ 75200000-8 [Prestations de services pour la collectivité] ; ▶ 75231200-6 [Services liés à la détention ou à la réhabilitation de criminels] ; ▶ 75231240-8 [Services de réinsertion] ; ▶ 79611000-0 [Services de recherche d'emploi] ; ▶ 79622000-0 [Services de mise à disposition de personnel d'aide à domicile] ; ▶ 79624000-4 et 79625000-1 [Services de mise à disposition de personnel infirmier et médical] ; ▶ De 85000000-9 à 85323000-9 [Services de santé et services sociaux] ; ▶ 98133000-4 [Services prestés par les organisations sociales] ; ▶ 98133100-5 [Services d'appui relatifs au développement de l'esprit civique et aux équipements collectifs] ; ▶ 98200000-5 [Services de conseil en matière d'égalité des chances] ; ▶ 98500000-8 [Ménages privés employant du personnel] ; ▶ De 98513000-2 à 98514000-9 [Services de main-d'œuvre pour les particuliers, services de personnel intérimaire pour les particuliers, services de personnel de bureau pour les particuliers, services de personnel temporaire pour les particuliers, services d'aide à domicile, services domestiques].
2. Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé	▶ 85321000-5 et 85322000-2 [Services sociaux administratifs et programme d'action communale] ; ▶ 75000000-6 [Services de l'administration publique, de la défense et de la sécurité sociale] ; ▶ 75121000-0, 75122000-7 [Services administratifs de l'enseignement et de la santé] ; ▶ 75124000-1 [Services récréatifs, culturels et religieux] ; ▶ De 79950000-8 à 79956000-0 [Services d'organisation d'expositions, de foires, de congrès, de séminaires, d'événements, de festivals, de fêtes, de défilés de mode] ; ▶ De 79995000-5 à 79995200-7 [Services de gestion de bibliothèque, d'archivage et de catalogue] ; ▶ De 80000000-4 à 80660000-8 [Services d'enseignement et de formation] ; ▶ De 92000000-1 à 92700000-8 [Services récréatifs, culturels et sportifs].
3. Services de sécurité sociale obligatoire	75300000-9.
4. Services de prestations	De 75310000-2 à 75340000-1 [Services de prestations sociales et familiales, indemnités de maladie, de maternité, d'invalidité, d'incapacité temporaire, de chômage, allocations familiales].
5. Autres services communautaires, sociaux et personnels, y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives	▶ 98000000-3 [autres services communautaires, sociaux et personnels] ▶ 98120000-0 et 98132000-7 [Services prestés par les organisations syndicales ou politiques] ; ▶ 98130000-3 et 98133110-8 [Services prestés par les organisations associatives ou les associations de jeunes].

DÉSIGNATION	CODES CPV
6. Services religieux	98131000-0.
7. Services d'hôtellerie et de restauration	- De 55100000-1 à 55410000-7 [Services d'hôtellerie, d'hébergement, de camping, de centres aérés, de colonies de vacances, de wagons-lits, de restaurant, de débit de boisson...]; - De 55510000-8 à 55524000-9 [Services de cantine, de restauration scolaire, de traiteur et de livraison de repas].
8. Services juridiques (3)	75231100-5 [Services administratifs des tribunaux]; - De 79100000-5 à 79140000-7 [Services juridiques].
9. Autres services administratifs et publics	- De 75100000-7 à 75111200-9 [Services de l'administration publique, du législatif et de l'exécutif]; - De 75112000-4 à 75120000-3 [Services administratifs relatifs aux activités des entreprises et aux projets de développements, services administratifs d'agences]; 75123000-4 [Services administratifs du logement]; - De 75125000-8 à 75131000-3 [Services administratifs dans le secteur du tourisme, services d'appui aux pouvoirs publics, services de pouvoirs publics].
10. Prestations de services pour la collectivité	75200000-8 à 75231000-4 [Affaires étrangères, défense, protection civile, justice].
11. Services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours (4)	75231210-9 à 75231230-5 [Services liés à l'administration pénitentiaire]; - De 75240000-0 à 75252000-7 [Services de sécurité, de police, d'ordre public, d'huissiers de justice, d'incendie et de sauvetage]; 794300000-7 [Services de gestion de crise]; 98113100-9 [Services de sûreté nucléaire].
12. Services d'enquête et de sécurité	De 79700000-1 à 79723000-8.
13. Services internationaux	98900000-2 [Services prestés par des organisations et des organismes extraterritoriaux]; 98910000-5 [Services spécifiques aux organisations et aux organismes internationaux].
14. Services postaux	- De 64000000-6 à 64116000-2 [Services postaux, services de guichets de bureaux de poste, location de boîtes aux lettres, services de poste restante]; 64122000-7 [Services de courrier et de messagerie interne des administrations].
15. Services divers	50116510-9 [Services de rechapage de pneus]; 71550000-8 [Services de travaux de forge].

II. Les seuils prévus à l'article 35 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, à compter desquels les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au I du présent avis font l'objet de mesures de publicité européenne, sont les suivants :

Pour les pouvoirs adjudicateurs	750 000 € HT
Pour les entités adjudicatrices	1 000 000 € HT

III. Parmi les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés ci-dessus, les marchés publics pouvant faire l'objet d'une réservation au bénéfice des entreprises de l'économie sociale et solidaire en vertu de l'article 37 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics sont les suivants :

DÉSIGNATION	CODES CPV
1. Services sanitaires, sociaux et connexes	➤ 79622000-0 [Services de mise à disposition de personnel d'aide à domicile] ; ➤ 79624000-4 et 79625000-1 [Services de mise à disposition de personnel infirmier et médical] ; ➤ De 85000000-9 à 85323000-9 [Services de santé et services sociaux] ; ➤ 98133000-4 [Services prestés par les organisations sociales].
2. Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé	➤ 75121000-0 et 75122000-7 [Services administratifs de l'enseignement et de la santé] ; ➤ 80110000-8 [Services d'enseignement préscolaire] ; ➤ 80300000-7 [Services d'enseignement supérieur] ; ➤ 80420000-4 [Services d'enseignement par voie électronique] ➤ 80430000-7 [Services d'enseignement de niveau universitaire pour adultes] ; ➤ 80511000-9 [Services de formation du personnel] ; ➤ 80520000-5 [Installations de formation] ; ➤ 80590000-6 [Services d'aide pédagogique] ; ➤ 92500000-6 [Services de bibliothèques, archives, musées et autres services culturels] ; ➤ 926000000-7 [Services sportifs].
3. Autres services communautaires, sociaux et personnels, y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives	98133110-8 [Services prestés par les associations de jeunes].

IV. Les services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au c du 2° de l'article 10 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession sont ceux mentionnés dans la liste figurant au I, à l'exception des services correspondant aux codes CPV suivants :

- 92350000-9 [Services de jeux et de paris] ;
- 92351000-6 [Services de jeux] ;
- 92351200-8 [Services d'exploitation de casinos] ;
- 92352000-3 [Services de paris] ;
- 92352100-4 [Services d'exploitation de machines pour les paris mutuels] ;
- 92352200-5 [Services prestés par les bookmakers].