

# la Gazette

des communes • des départements • des régions

## CODE DES MARCHÉS PUBLICS 2013

**500 conseils pratiques et pièges  
à éviter • Principales jurisprudences  
2012 • Réformes prévues pour 2013**

---

**Commenté par Jérôme Michon**, professeur en droit des marchés publics et privés à l'Ecole spéciale des travaux publics, du bâtiment et de l'industrie, consultant en optimisation financière, technique et fonctionnelle des achats

A jour au 1<sup>er</sup> janvier 2013

# Plongez dans l'actualité de la FPT avec La Gazette



Décentralisation, fonctionnement du fonds de péréquation, problématiques « environnement » et « accessibilité » mais aussi décryptage des derniers textes juridiques, évolution de votre statut et de votre carrière.

Le système bi-media de la Gazette vous accompagne au plus près de vos préoccupations quotidiennes et vous éclaire sur les grandes réformes.

## La Gazette c'est :

**Chaque semaine**

l'hebdô avec son supplément.



**Chaque jour**

le Quotidien en ligne.



**En permanence**

l'accès libre à tous les services du Pack Internet sur [www.lagazette.fr](http://www.lagazette.fr)



Plus de **56%** de réduction

## Bulletin d'abonnement

À retourner à La Gazette des Communes « Service Diffusion » - case 32 - 17 rue d'Uzès - 75108 PARIS Cedex 02

PG00F

Choisissez la formule qui vous convient :

**Oui**, je m'abonne à titre personnel pour **1 an au PACK PRO** de La Gazette au prix de **195 €** au lieu de ~~278 €~~<sup>(1)</sup> (prix normal de l'offre).

souscrit par une collectivité, société ou organisme

**Oui**, je m'abonne à titre personnel pour **1 an au PACK PERSO** de La Gazette au prix de **121 €** au lieu de ~~278 €~~<sup>(1)</sup> (prix normal de l'offre).

envoyé à l'adresse personnelle et réglé par paiement personnel

Mon abonnement comprend :

48 numéros de La Gazette + les suppléments (guides ou cahiers) + le quotidien en ligne + l'accès libre au Pack Internet (s'inscrire sur [www.lagazette.fr](http://www.lagazette.fr)).

(1) Vous pouvez acquérir séparément chacun des numéros de la Gazette pour 5,80€ prix de vente au numéro. Offre valable en France métropolitaine jusqu'au 15 novembre 2013. Etranger et DOM TOM : nous consulter. Conformément à la loi du 06/01/1978, vous pouvez accéder aux informations vous concernant, les rectifier et vous opposer à leur transmission éventuelle en écrivant au Service diffusion.

Mon règlement par :

- Mandat administratif à réception de facture. Je souhaite recevoir une facture acquittée
- Chèque personnel bancaire ou postal ci-joint à l'ordre de La Gazette des Communes.
- Carte bleue : \_\_\_\_\_
- Date d'expiration : \_\_\_\_\_ Cryptogramme\*\* : \_\_\_\_\_

\*\*Ce sont les 3 derniers chiffres inscrits au dos de votre carte sur la bande de signature.

Date et signature obligatoires :

M.  Mme  Mlle

Nom \_\_\_\_\_ Prénom \_\_\_\_\_

Établissement/Collectivité \_\_\_\_\_

Service/Fonction \_\_\_\_\_

Adresse personnelle \_\_\_\_\_

Code Postal \_\_\_\_\_ Ville \_\_\_\_\_

Tél. \_\_\_\_\_ Télécopie \_\_\_\_\_

E-mail \_\_\_\_\_

HARMONISER, SERVIR, INVENTER



**APPEL À CANDIDATURE**  
**ÉDITION 2013**

# Grand Prix du **MANAGEMENT PUBLIC**

Management durable, allocation des ressources humaines, développement des compétences et formation, accompagnement social de l'emploi. Rendez-vous sur : [www.grand-prix-management-public.fr](http://www.grand-prix-management-public.fr)

Pour tout renseignement : Sophie Tracou 01 40 13 50 05, [sophie.tracou@groupemoniteur.fr](mailto:sophie.tracou@groupemoniteur.fr)

En partenariat avec la DGAFP, la FNCDG et l'ANDCDG

UNE MANIFESTATION  
[emploipublic.fr](http://emploipublic.fr)



VÉHICULES ÉLECTRIQUES ET HYBRIDES

# AVEC L'UGAP, C'EST LE MOMENT DE PASSER À LA MOBILITÉ DURABLE.

*Aujourd'hui la mobilité électrique et hybride est parfaitement adaptée aux besoins et contraintes du service public. Ces solutions « vertes », sélectionnées par l'UGAP, vous permettent de transformer votre parc en douceur. A l'usage, choisir la mobilité durable est un choix financier gagnant.*



**DÉCOUVREZ**

la gamme complète  
de véhicules électriques  
et hybrides disponibles  
à l'UGAP.

POUR PLUS D'INFORMATIONS OU CONSULTER L'OFFRE

[ugap.fr/mobilite-durable](http://ugap.fr/mobilite-durable)

La centrale  
d'achat public



# Sommaire

<b>Présentation générale</b> .....	<b>4</b>	<b>Titre VI : Dispositions diverses</b> .....	<b>71</b>
<b>I. Les principales réformes intervenues en 2012</b> .....	<b>4</b>	<b>II. Dispositions applicables aux entités adjudicatrices</b> .....	<b>73</b>
<b>II. Les principaux projets de réforme pour 2013</b> .....	<b>6</b>	<b>Titre I<sup>er</sup> : Champ d'application et principes fondamentaux</b> .....	<b>73</b>
<b>III. Les principales jurisprudences de l'année 2012</b> .....	<b>10</b>	<b>Titre II : Dispositions générales</b> .....	<b>74</b>
<b>IV. Tableau récapitulatif des différents seuils applicables en marchés publics</b> .....	<b>16</b>	<b>Titre III : Passation des marchés</b> .....	<b>75</b>
<b>I. Dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs</b> .....	<b>18</b>	<b>Titre IV : Exécution des marchés</b> .....	<b>86</b>
<b>Titre I<sup>er</sup> : Champ d'application et principes fondamentaux</b> .....	<b>18</b>	<b>Titre V : Dispositions relatives au contrôle</b> .....	<b>87</b>
<b>Titre II : Dispositions générales</b> .....	<b>21</b>	<b>Titre VI : Dispositions diverses</b> .....	<b>87</b>
<b>Titre III : Passation des marchés</b> .....	<b>32</b>	<b>III. Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité</b> .....	<b>88</b>
<b>Titre IV : Exécution des marchés</b> .....	<b>64</b>	<b>IV. Marchés mixtes</b> .....	<b>90</b>
<b>Titre V : Dispositions relatives au contrôle</b> .....	<b>70</b>		

Le Code des marchés publics (CMP) fait régulièrement l'objet de réformes successives, soit pour des raisons de politique française, soit du fait d'obligations de transposition de directives européennes ou d'évolutions jurisprudentielles. L'année 2013 risque également d'être celle où seront adoptés de nouveaux textes fondateurs d'un corpus juridique rénové et modernisé. Les instances européennes travaillent activement à l'établissement de nouvelles directives, tant dans le domaine des marchés publics que celui des concessions.

Le présent document vous présente, dans un premier temps, les principales réformes intervenues durant l'année 2012, les enseignements des principales jurisprudences de cette année, ainsi que les orientations des projets de réformes qui devraient aboutir en 2013.

Après un tableau récapitulatif des différents seuils applicables en marchés publics, le praticien trouvera le Code des marchés publics actuellement en vigueur, complété par des centaines de conseils pratiques, pièges à éviter et commentaires utiles et jurisprudences.

Soucieux de répondre le mieux possible à vos besoins, la partie concernant les « marchés de défense ou sécurité », principalement destinée aux services de l'État, a été retirée, ainsi que celle propre à Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte (art. 177 et s.). Une présentation des spécificités des marchés de défense ou sécurité vous est cependant proposée sous l'article 176. La quatrième partie et son article 292 relatif aux « marchés mixtes » a été maintenue, étant donné qu'elle est susceptible de vous concerner.

Outil indispensable pour vos achats, ce Code commenté vous permettra de mieux appréhender les méandres de la réglementation des marchés publics, avec un regard indépendant, voué au service des praticiens.

# Présentation générale

## I. Les principales réformes intervenues en 2012

### 1. La signature électronique

Par l'arrêté du 15 juin 2012, publié au JORF le 3 juillet 2012, les pouvoirs ont modifié la réglementation applicable à la signature électronique, supprimant ainsi l'arrêté du 28 août 2006. Il tend à uniformiser les conditions d'utilisation de la signature électronique, quel que soit le signataire (qu'il soit une personne publique ou un opérateur économique) ou le type de document devant être signé.

Tous les utilisateurs potentiels des marchés publics sont concernés. Les documents transmis électroniquement sont signés de manière électronique dès lors qu'une signature s'avère indispensable. La signature peut être prévue par le Code des marchés publics (cf. l'acte d'engagement) ou le document lui-même (cf. les formulaires DC). À noter qu'il est inutile d'exiger que toutes les pièces d'un marché public soient signées, il suffit de veiller à ce que l'acte d'engagement renvoie à la liste des pièces ayant valeur contractuelle. L'acheteur doit rappeler à l'opérateur économique que s'il transmet son document de manière électronique, et que si celui-ci doit être signé, dès lors une signature « électronique » s'impose. Pour disposer d'une signature électronique valable, il faut recourir à un certificat légalement utilisable : garanties de sécurité suffisantes, capacité pour le destinataire du document signé de vérifier l'existence d'une telle signature, etc. L'arrêté élargit les catégories de certificats utilisables, aux certificats référencés en France, ou figurant sur la liste de confiance d'un État membre de l'Union européenne ; ainsi qu'aux certificats qui ne figurent pas sur une liste de confiance, qui doivent présenter un niveau de sécurité suffisant (la référence pour les administrations étant le Référentiel Général de Sécurité, l'arrêté précise que ces certificats répondent à une norme équivalente à celle du RGS, en d'autres termes, il faut des certificats qui présentent un niveau de sécurité équivalent à celui des certificats conformes au RGS).

L'article 3 de l'arrêté intègre également les effets de la décision de la Commission européenne de février 2011, tendant à accepter les formats de signature XAdES, PAdES et CAdES. Le « profil d'acheteur » du pouvoir adjudicateur doit pouvoir accepter ces trois formats, qui constituent un « minimum » légal.

Attention : l'acheteur ne peut pas imposer l'emploi de l'outil de signature électronique qu'il a prévu dans sa plateforme de dématérialisation. Tout outil de signature conforme doit pouvoir être accepté. S'il s'agit d'un outil différent de celui prévu par l'acheteur, en ce cas, l'opérateur économique devra fournir gratuitement tous les moyens de vérification de la validité de la signature et de respect de l'intégrité du document.

Dès lors, se pose la question des modalités de vérification de la conformité du certificat de signature avec un niveau de sécurité équivalent au RGS.

L'article 2-II de l'arrêté prévoit deux cas de figure :

- Soit le certificat de signature est référencé ou émane de la liste de confiance Française ou d'une liste de confiance d'un autre État membre.

Dans ce cas, la conformité du produit au RGS est présumée, et les seules vérifications à opérer sont celles du niveau de sécurité (niveau \* ou \*\* ou \*\*\*) et de la validité de la signature elle-même. Le

signataire n'a pas à fournir d'autres éléments que ceux permettant la vérification de la validité de la signature.

- Soit le certificat de signature électronique n'est pas référencé ni ne figure sur une liste de confiance.

Dans ce cas, il peut s'agir de produits émanant de prestataires de pays tiers, mais aussi de prestataires européens ou Français, qui n'ont pas fait l'objet d'un référencement, souvent pour des raisons de coût. L'arrêté prévoit que le signataire transmet les éléments nécessaires à cette vérification, en plus des éléments nécessaires à la vérification de la validité de la signature elle-même. Cela peut être l'adresse du site internet de référencement dans le pays tiers, une preuve de la qualification du prestataire ou du produit, l'adresse de l'autorité de certification qui a délivré le certificat de signature, qui mentionne la politique de certification.

L'acheteur n'est pas tenu d'effectuer lui-même ces vérifications techniques, puisque ces dernières doivent faire partie des fonctionnalités du « profil d'acheteur ». L'automatisation et la traçabilité des vérifications et contrôles est un atout indéniable pour respecter ce nouvel arrêté relatif à la signature électronique. Il est évident que la signature électronique n'est pas simplement la signature d'un fichier « zippé », ou encore le scannage d'une signature manuscrite (qui ne vaudra que « copie ») : c'est une véritable signature conférant force de droit au document concerné.

Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2012, les signataires par voie électronique peuvent désormais utiliser le certificat et l'outil de signature de leur choix, sous réserve que ces outils respectent bien les normes de sécurité et d'interopérabilité en vigueur sur les profils d'acheteurs.

### 2. La simplification du droit

#### Le nouveau seuil de 15 000 euros HT

Après des péripéties non seulement jurisprudentielles mais également de conflits de pouvoirs (réglementaires et législatifs), le seuil de 4 000 euros HT, inscrit dans le Code des marchés publics, a été remplacé par le seuil de 15 000 euros HT. Inutile de revenir sur ces différents épisodes qui sont déjà connus des praticiens. La loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, publiée au JORF le 23 mars 2012 a conféré un caractère législatif à ce nouveau seuil de 15 000 euros HT, en dessous duquel une exonération de publicité (mais pas de mise en concurrence) est possible. Désormais, pour modifier ce seuil, il conviendra de faire intervenir le législateur et non pas uniquement le pouvoir réglementaire.

#### La suppression de la MIEM

Dans le cadre de l'adoption de l'article 432-14 du Code pénal sanctionnant le délit d'octroi d'avantage injustifié, plus connu sous les termes de délit de favoritisme, une autorité interministérielle ayant vocation à jouer le rôle de « gendarme » des marchés publics, avait été créée. Chaque année, elle rendait un rapport reflétant son travail. Elle avait vocation à saisir les autorités judiciaires des éventuelles pratiques délictueuses constatées après un début d'enquête. Au fil des années et de diverses contingences politiques, certains Ministères n'ayant plus désigné de représentants au sein de cette Mission Interministérielle d'Enquête sur les Marchés publics (MIEM), celle-ci avait perdu de son autorité, voire même n'avait plus d'activité en pratique depuis 2006. La loi précitée du 22 mars 2012 a acté la suppression de cette Mission, dont



les activités de conseil et de contrôle auraient été reprises par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du Ministère de l'économie et des finances, la Commission Consultative des Marchés Publics (CCMP), les services de police et de gendarmerie, ainsi que par le service central de prévention de la corruption.

#### La ratification de l'ordonnance relative aux procédures de recours

La première directive «recours», n°89/665/CEE du 21 décembre 1989, avait été réformée par la directive n°2007/66/CE du 11 décembre 2007, afin d'améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Cette directive devait être transposée dans le droit français. Christine Lagarde, Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, a présenté, en Conseil des ministres du 6 mai 2009, une ordonnance relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique. Cette ordonnance n°2009-515 a été adoptée le 7 mai 2009. Il convenait simplement désormais qu'elle soit ratifiée par le Parlement. Ce qui fut réalisé par la loi précitée du 22 mars 2012.

#### La ratification de l'ordonnance relative aux contrats de concession de travaux publics

Les «marchés publics» se distinguent des «concessions de travaux publics». Ces dernières sont régies par l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 et par le décret n°2010-406 du 26 avril 2010. Ce sont des «contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix» (art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance). La distinction réside essentiellement dans la contrepartie de la prestation. Le marché de travaux comporte une contrepartie, qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au titulaire. Dans la concession de travaux publics, la contrepartie de la prestation consiste dans le droit d'exploiter l'ouvrage réalisé, soit seul, soit assorti d'un prix. Ainsi, le concessionnaire doit prendre en charge le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage concerné. Si le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque, en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'opération constitue un marché de travaux. Dans le cadre d'une concession de travaux publics, le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. La loi précitée du 22 mars 2012 a ratifié l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (art. 113).

### 3. Les modèles d'avis pour les procédures concernant la défense ou sécurité

L'arrêté du 8 mars 2012 pris en application de l'article 212 du Code des marchés publics a fixé le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres de défense ou de sécurité. Cela concerne les marchés relevant de la troisième partie du Code des marchés publics et dont le montant est compris entre 90 000 euros HT et les seuils européens (art. 212-III-1<sup>o</sup> du CMP). L'article 2 de l'arrêté du 8 mars 2012 détermine également les modalités de publicité complémentaire prévues aux articles 212-III-1<sup>o</sup> et 212-IV-1<sup>o</sup> du CMP.

### 4. Les délais maximaux de paiement

Depuis plusieurs années, les délais maximaux de paiement ont été considérablement diminués et les intérêts moratoires augmentés. Établis à 45 jours de mandatement, puis de paiement global, avant d'être fixés en principe à 30 jours, ils devraient aboutir à 20 jours seulement d'ici 2017. L'évolution est d'autant plus frappante que nombreux étaient les praticiens qui affirmaient, dès la première réforme, être face à l'impossibilité absolue de respecter un délai

global de 45 jours. Désormais, ils devront véritablement organiser le traitement de leurs factures de manière ultra-performante, afin d'éviter les incidences financières préjudiciables qui s'appliqueront d'office, avec même un forfait de pénalité dès le premier jour de dépassement. Une nouvelle directive européenne (n°2011/7/UE) a été adoptée le 16 février 2011 pour lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales et doit être transposée en droit Français avant le 16 mars 2013. Un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (DADUE), dont le titre III transpose le «volet public» de la directive précitée n°2011/7/UE, a été adopté par le Sénat, en première lecture, le mercredi 26 septembre 2012. Cette modernisation des dispositions relatives au paiement des contrats de la commande publique s'inscrit dans la logique du «Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi». L'ensemble du nouveau dispositif n'a pas été cependant adopté en totalité durant l'année 2012. C'est donc pendant l'année 2013, que les pouvoirs publics Français vont établir la version définitive d'un nouveau décret modifiant les règles applicables aux délais de paiement. Jusqu'au 21 décembre 2012, la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'économie a engagé une phase de concertation auprès des praticiens (se reporter à la partie n°2 ci-après, consacrée aux principaux projets de réforme pour 2013).

## 5. Les cahiers des clauses techniques générales (CCTG)

#### Un nouveau CCTG «Travaux de Génie Civil»

L'arrêté du 30 mai 2012 du Ministre chargé de l'économie et du Ministre chargé du développement durable, publié le 8 juin 2012 au JORF, a abrogé et remplacé le décret n°93-1164 du 11 octobre 1993 ainsi que les arrêtés modifiant le CCTG Travaux intervenus postérieurement. Il a consisté ainsi à adopter un nouveau Cahier des clauses techniques générales (CCTG) de Travaux de génie civil. Par cet arrêté, les dispositions applicables aux marchés de bâtiment ont été supprimées, afin de mettre en avant le volet «génie civil», et les anciennes spécifications ont été ainsi intégrées dans les normes harmonisées au sein du système européen de normalisation ou des documents équivalents. En complément de l'arrêté, une recommandation a été élaborée par le GEM «Ouvrages, Travaux et Maîtrise d'œuvre», afin de conseiller aux pouvoirs adjudicateurs de marchés de travaux de «bâtiment» sur la manière d'établir leurs spécifications techniques, en faisant référence aux normes et autres documents de nature similaire en application du Code des marchés publics.

#### Une diversité de CCTG utilisables

Souvent méconnus, il est opportun à l'occasion de la réforme du CCTG Travaux, de rappeler la diversité des cahiers des clauses techniques générales pouvant constituer des guides rédactionnels pour les praticiens :

- CCTG «Terrassements généraux» - Fascicule 2
- CCTG «Fourniture d'acier et autres métaux, armatures à haute résistance pour les constructions en béton précontraint par pré ou post-tension» - Fascicule 4
- CCTG «Fournitures de granulats employés à la construction et à l'entretien des chaussées» - Fascicule 23
- CCTG «Fourniture de liants bitumineux pour la construction et l'entretien des chaussées» - Fascicule 24
- CCTG «Exécution des corps de chaussées» - Fascicule 25
- CCTG «Exécution des enduits superficiels d'usure» - Fascicule 26
- CCTG «Fabrication et mise en œuvre des enrobés hydrocarbonés» - Fascicule 27
- CCTG «Exécution des chaussées en béton» - Fascicule 28

- CCTG «Exécution des revêtements de voiries et espaces publics en produits modulaires» - Fascicule 29
- CCTG «Bordures et caniveaux en pierre naturelle ou en béton et dispositif de retenue en béton» - Fascicule 31
- CCTG «Construction de trottoirs» - Fascicule 32
- CCTG «Travaux forestiers de boisement» - Fascicule 34
- CCTG «Aménagements paysagers, aires de sports et de loisirs en plein air» - Fascicule 35
- CCTG «Réseau d'éclairage public, conception et réalisation» - Fascicule 36
- CCTG «Travaux d'assainissement et de drainage de terres agricoles» - Fascicule 39
- CCTG «Protection des ouvrages métalliques contre la corrosion» - Fascicule 56
- CCTG «Règles techniques de conception et de calcul des fondations d'ouvrages de génie civil» - Fascicule 62
- CCTG «Travaux de maçonnerie d'ouvrages de génie civil» - Fascicule 64
- CCTG «Exécution des ouvrages de génie civil en béton armé ou précontraint» - Fascicule 65
- CCTG «Exécution des ouvrages de génie civil à ossature en acier» - Fascicule 66
- CCTG «Étanchéité des ponts routes, support en béton de ciment» - Fascicule 67, Titre I
- CCTG «Étanchéité des ouvrages souterrains» - Fascicule 67, Titre III
- CCTG «Exécution des travaux de fondation des ouvrages de génie civil» - Fascicule 68
- CCTG «Travaux en souterrain» - Fascicule 69
- CCTG «Ouvrages d'assainissement (Titre I - Réseaux; Titre II - Ouvrages de recueil, de restitution et de stockage des eaux pluviales)» - Fascicule 70
- CCTG «Fourniture et pose de conduites d'adduction et de distribution d'eau» - Fascicule 71
- CCTG «Équipement d'hydraulique, mécanique et électrique des stations de pompage d'eaux» - Fascicule 73
- CCTG «Construction des réservoirs en béton» - Fascicule 74
- CCTG «Conception et exécution des installations de traitement des eaux destinées à la consommation humaine» - Fascicule 75
- CCTG «Travaux de forage pour la recherche et l'exploitation d'eau potable» - Fascicule 76
- CCTG «Canalisations et ouvrages de transport et de distribution de chaleur ou de froid» - Fascicule 78
- CCTG «Construction d'installation de pompage pour le relèvement ou le refoulement des eaux usées domestiques, d'effluents industriels ou d'eaux de ruissellement ou de surface» - Fascicule 81
- CCTG «Conception et exécution d'installations d'épuration d'eaux usées» - Fascicule 81, Titre II
- CCTG «Construction d'installations d'incinération avec fours à grille, oscillants ou tournants de déchets ménagers, autres déchets non dangereux et DASRI» - Fascicule 82
- CCTG «Construction d'installation de broyage des déchets ménagers» - Fascicule 85

## 6. Les formulaires types officiels utilisables en marchés publics

### Formulaires applicables aux candidatures

Afin de tenir compte de la nouvelle rédaction de l'article 8-1° de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, issue de l'article 18 de l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2012, les rubriques F1-a) du formulaire DC 1 et I-a) du formulaire DC 4, ont été mises à jour. Pareillement, la rubrique B5

du formulaire DC 3 a été complétée, afin de préciser si le marché est reconductible ou non, ainsi que le nombre et la durée des éventuelles reconductions. Les praticiens souhaitant utiliser ces formulaires types de «candidature», doivent ainsi veiller à prendre la dernière version établie par le Ministère de l'économie et téléchargeable sur le site de ce dernier.

### Formulaire NOTI 3 utilisable pour notifier le rejet d'une candidature ou offre

En août 2012, la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie a procédé à un toilettage du formulaire NOTI 3, en modifiant sa rubrique F. Ce formulaire a vocation à être utilisé pour la «notification de rejet d'une candidature ou offre». La rubrique F traite des délais et voies de recours applicables aux marchés publics. Pour éviter toute confusion et afin de prendre en considération les enseignements de l'arrêt du Conseil d'État du 16 juillet 2007, «Société Tropic travaux signalisation», il est désormais précisé que le candidat évincé peut exercer un recours pour excès de pouvoir, contre la décision de rejet, dans un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision mais que toutefois, il ne peut plus être exercé de recours après la signature du marché. Le texte de la rubrique F est ainsi rédigé :

« Le délai de suspension de la signature du marché public ou de l'accord-cadre est de..... jours, à compter de la date d'envoi de la présente notification.

- Référé précontractuel: le candidat peut, s'il le souhaite, exercer un référé précontractuel contre la présente procédure de passation devant le président du tribunal administratif, avant la signature du marché public ou de l'accord-cadre.

- Recours pour excès de pouvoir: le candidat peut, s'il le souhaite, exercer un recours pour excès de pouvoir contre la présente décision, devant le tribunal administratif. Le juge doit être saisi dans un délai de deux mois à compter de la notification du présent courrier. Le recours ne peut plus, toutefois, être exercé après la signature du marché public ou de l'accord-cadre.»

Tels sont les termes que les praticiens devraient mentionner dans leurs courriers de notification de rejet d'une candidature ou offre.

## II. Les principaux projets de réforme pour 2013

### 1. Réforme des délais de paiement et objectif d'un délai maximum à 20 jours à moyen terme

L'un des chantiers de l'année 2013 consistera à transposer dans le droit interne Français, la directive européenne du 16 février 2011 relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales. Le processus de transposition a déjà été initié fin 2012, mais il n'a pu être mené à son terme avant le 31 décembre 2012 (cf. nos développements ci-dessus, première partie, point 4). Un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite loi «Dadue», est en cours d'adoption au Parlement. Un projet de décret d'application a été soumis à concertation jusqu'au 21 décembre 2012. La directive européenne précitée doit être transposée dans l'ensemble des pays membres avant le 16 mars 2013. Les modifications devraient être les suivantes :

- Le taux des intérêts moratoires sera fixé au taux de refinancement de la Banque Centrale Européenne augmenté, non plus de sept points, mais de huit points.



- Une indemnité forfaitaire de 40 euros, applicable d'office, s'ajoutera aux pénalités de retard, afin de couvrir les frais de recouvrement en cas de retard de paiement.
  - Les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 seront au même titre que les marchés relevant du Code des marchés publics, assujettis au délai maximum de paiement de trente jours.
- Dans le cadre du «Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi», les pouvoirs publics se sont engagés à réduire à 20 jours le délai maximum de paiement des services de l'État, et à moyen ou long terme, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics respectifs, ainsi que des autres structures relevant de la définition d'un «pouvoir adjudicateur» au sens européen.

## 2. Adoption d'une directive européenne portant sur les « concessions de marchés publics »

Les instances européennes travaillent depuis de nombreuses années sur un projet de directive portant sur les «concessions de marchés publics». Ainsi, en décembre 2011 et comme cela fut annoncé dans l'Acte sur le Marché Unique, la Commission européenne a adopté ses propositions relatives aux règles européennes sur la commande publique. Ces propositions font partie d'un programme d'ensemble visant à une modernisation en profondeur de la commande publique dans l'Union européenne. Outre la révision des directives «marchés publics», une directive sur les concessions devrait être adoptée, ces dernières n'étant actuellement que partiellement réglementées au niveau européen. Dans le «document de travail des services de la Commission» daté du 20 décembre 2011 (COM 2011, 897 final; SEC 2011, 1588 final), la Commission européenne estime que:

«Les contrats de concession sont couramment utilisés par les pouvoirs publics pour assurer la livraison de services ou la construction d'infrastructures. Les concessions supposent un accord contractuel entre l'autorité publique et un opérateur économique (le titulaire de la concession) dans le cadre duquel ce dernier fournit des services ou effectue des travaux et est rémunéré de manière substantielle par l'autorisation qui lui est faite d'exploiter les travaux ou les services. Les concessions constituent une manière particulièrement intéressante de réaliser des projets d'intérêt public quand les autorités gouvernementales ou locales doivent mobiliser des capitaux et un savoir-faire privés afin de pallier des ressources publiques limitées. Elles sous-tendent une part importante de l'activité économique de l'UE et se rencontrent particulièrement dans les entreprises de réseau et dans la fourniture de services d'intérêt économique général. Les titulaires de concessions peuvent, par exemple, construire et gérer des autoroutes, fournir des services aéroportuaires ou exploiter des réseaux de distribution d'eau.

Les concessions impliquant des partenaires privés constituent une catégorie particulière de partenariat public-privé (PPP). D'après les informations disponibles, on peut affirmer que plus de 60% de tous les contrats de PPP peuvent être classés dans la catégorie des concessions. En tant que modèle dans lequel, à titre de rémunération, le partenaire privé se voit octroyer le droit d'exploiter soit le travail soit le service, avec les risques financiers que cela comporte, les concessions constituent un cadre légal pratique pour la réalisation de travaux publics grâce aux PPP et permettent ainsi d'assurer de nombreux travaux et services publics bien nécessaires, sans que ces actifs ne figurent sur le bilan des administrations publiques.

Dès lors qu'elle implique une allocation efficace des fonds publics, la passation de contrats de concession (et, donc, indirectement de PPP) est un sujet de préoccupation dans le contexte actuel de contraintes budgétaires strictes et de difficultés économiques affectant la plu-

part des États membres de l'UE. L'initiative sur les concessions doit être perçue comme une mesure susceptible de contribuer à assurer une attribution plus efficace des fonds publics en créant les conditions pour une passation de marché concurrentielle.

À l'heure actuelle, l'attribution de «concessions de services» relève uniquement des principes du traité (égalité de traitement, non-discrimination, transparence et proportionnalité), alors que les «concessions de travaux» (à l'exception du secteur des services d'utilité publique) sont également partiellement couvertes par des dispositions de droit dérivé. En revanche, les contrats de passation des marchés publics relèvent du droit dérivé détaillé (portant sur les secteurs «classiques» et «services d'utilité publique»). Le manque de clarté des règles de l'UE régissant les concessions est la cause principale des problèmes mis en lumière par la situation actuelle: insécurité juridique, barrières à l'entrée et manque de garanties juridiques adaptées pour les soumissionnaires.»

## 3. Révision des directives européennes portant coordination des procédures de passation des marchés publics

### Les 20 plus importantes modifications de la réglementation des marchés publics qui sont envisagées

Les instances européennes œuvrent à l'adoption d'une nouvelle directive européenne en remplacement des directives adoptées le 31 mars 2004 pour les marchés publics de travaux, fournitures et services. Les principales modifications qui devraient être adoptées, sont les suivantes:

#### 1 - Clarification du champ d'application

Le concept de fondamental de «passation de marchés» sera redéfini, afin de préciser le champ d'application et la finalité du droit relatif à la passation de marchés et de faciliter l'application des seuils. Certaines notions clés, tels qu'organismes de droit public, marchés publics de travaux, de services ou marchés mixtes, seront révisées à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

#### 2 - Suppression de la distinction traditionnelle entre des services dits « prioritaires » et « non prioritaires »

Dans la première directive européenne portant sur les marchés publics de services, il existait déjà une distinction entre une annexe I A et I B s'agissant des prestations de services relevant d'un régime de droit commun a contrario de celles relevant d'un régime allégé. Dans les actuelles directives adoptées en mars 2004, on retrouve une même distinction qui figure également dans la dualité des articles 29 et 30 du Code Français des marchés publics. C'est cette possibilité de mettre en œuvre une procédure concurrentielle très allégée (à l'instar d'une procédure adaptée quel que soit le montant du marché concerné), qui devrait disparaître. Selon la Commission européenne, «il ressort de l'évaluation [des directives actuelles] qu'il n'est plus justifié de restreindre à un groupe limité de services la pleine application du droit relatif à la passation de marché». Il n'en demeure pas moins que la Commission reconnaît que le «régime normal de passation des marchés» n'est pas «adapté aux services sociaux», d'où certaines règles spécifiques sont envisagées.

#### 3 - Élargissement de la boîte à outil des procédures de passation

Deux procédures classiques demeureront: une procédure ouverte ou une procédure restreinte. Dans certains cas, une négociation sera possible, également le dialogue compétitif et/ou le «partenariat d'innovation». Cette dernière formule constituera une nouvelle forme de procédure destinée à la passation de marchés à

visée innovante. Six techniques et outils spécifiques devraient également être mis à disposition des « entités adjudicatrices » pour les passations de marchés par voie électronique ou de manière groupée: accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamiques, enchères électroniques, catalogues électroniques, centrales d'achat et passation conjointe de marchés.

#### **4 – Allègement du régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs « sous-centraux »**

Conformément à l'accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), un régime de passation de marché simplifié devrait être consacré, pour tous les pouvoirs adjudicateurs d'un échelon inférieur aux autorités gouvernementales centrales, tels que les autorités régionales ou locales. Ces acheteurs pourront utiliser un avis de pré-information comme moyen de mise en concurrence.

#### **5 – Promotion de la passation de marchés en ligne**

L'utilisation des communications électroniques et du traitement transactionnel par les acheteurs publics sera promue dans la nouvelle directive. Il est envisagé de prévoir une double obligation de transmettre les avis et de mettre les documents de marché à disposition par voie électronique, ainsi que le passage au tout électronique et notamment la soumission électronique des offres, pour toutes les procédures de passation de marché à l'issue d'une période transitoire de deux ans. La nouvelle directive rationalisera et améliorera les systèmes d'acquisition dynamiques et les catalogues électroniques, qui constitueront des outils habituels de passation de marchés.

#### **6 – Modernisation des procédures de passation**

Une approche plus souple et conviviale pour certains éléments importants des procédures de passation de marché sera admise. Les délais de participation et de soumission aux marchés devraient être raccourcis, afin d'accélérer et rationaliser les procédures. La distinction entre sélection des soumissionnaires et attribution du contrat sera assouplie, afin de laisser aux pouvoirs adjudicateurs la liberté d'apprécier ce qui est le plus opportun comme déroulement de procédure: par exemple, l'examen des offres au regard des critères d'attribution avant celui des critères de sélection des candidatures. L'organisation et la qualité du personnel affecté à l'exécution du marché pourront être utilisées comme critère d'attribution.

#### **7 – Révision des motifs d'exclusion des candidats**

Les pouvoirs adjudicateurs seront habilités à exclure les opérateurs économiques chez lesquels des défaillances graves ou persistantes ont été constatées lors de l'exécution de marchés antérieurs. Inversement, un pouvoir adjudicateur pourra accepter la candidature d'un opérateur économique qui tomberait sous le coup d'un motif d'exclusion mais qui aurait pris des mesures appropriées pour remédier aux conséquences du comportement illicite en cause et prévenir efficacement la répétition de ce comportement.

#### **8 – Encadrement des modalités de modification des marchés en cours d'exécution**

Une disposition spécifique devrait être prévue afin de reprendre les solutions découlant de la jurisprudence et de prévoir une approche pragmatique pour faire face à des circonstances imprévues imposant d'adapter un marché public en cours d'exécution. C'est l'ensemble des règles applicables aux avenants qui devraient être précisées au niveau européen.

#### **9 – Promotion du critère du calcul du coût du cycle de vie**

Les acheteurs pourront fonder leurs décisions d'attribution sur le coût, durant l'ensemble de leur cycle de vie, des produits, services ou travaux à acheter. Le cycle de vie recouvre toutes les étapes

de l'existence d'un produit, de travaux ou d'une prestation de services, de l'acquisition des matières premières ou de la production des ressources jusqu'à l'élimination, la liquidation et la finalisation. Les coûts à prendre en considération n'incluent pas uniquement les dépenses monétaires directes, mais aussi les coûts environnementaux externes, si ceux-ci peuvent être chiffrés et vérifiés.

#### **10 – Prise en compte de considérations liées au processus de production**

Les pouvoirs adjudicateurs pourront faire référence à tous les facteurs directement liés au processus de production dans les spécifications techniques de leurs marchés, ainsi que dans les critères d'attribution, dès lors qu'il existe un lien étroit avec les éléments particuliers à produire ou la fourniture des biens ou des services en question.

#### **11 – Validation de l'exigence de labels**

Les acheteurs pourront exiger que les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché portent des labels spécifiques certifiant qu'ils présentent certaines qualités environnementales, sociales ou autres, sous réserve d'accepter aussi des labels équivalents. Cela vaut, par exemple, pour l'écolabel européen ou les ecolabels (pluri-)nationaux ou encore les labels certifiant qu'un produit a été fabriqué sans recours au travail des enfants.

#### **12 – Sanction des violations du droit social, du droit du travail ou du droit de l'environnement**

Un pouvoir adjudicateur pourra exclure des opérateurs économiques d'une procédure, s'il constate une infraction aux obligations consacrées par la législation de l'Union dans le domaine du droit social, du droit du travail ou du droit de l'environnement ou une infraction aux dispositions du droit international du travail.

#### **13 – Règles spécifiques pour les services à caractère social**

Les marchés publics portant sur des services sociaux, de santé et d'éducation, présentent des caractéristiques spécifiques, qui justifient l'adoption de règles procédurales particulières. De plus, la Commission européenne estime que ces services « n'ont qu'une dimension transfrontière très limitée ». Très concrètement, un seuil plus élevé que celui prévu pour les marchés de services de droit commun, est envisagé à 500 000 euros HT, en dessous duquel seul le respect des principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement serait exigé.

#### **14 – Simplification des obligations d'information**

Il est envisagé de prévoir l'acceptation obligatoire de déclarations sur l'honneur comme preuve suffisante à première vue aux fins de la sélection. La production effective de preuves documentaires sera facilitée par le « passeport européen pour les marchés publics », qui est un document standardisé constituant un moyen d'attester l'absence de motifs d'exclusion.

#### **15 – Obligation d'allotissement**

La nouvelle directive devrait imposer aux acheteurs de procéder à une subdivision de leurs marchés en lots, homogènes ou non, afin de les rendre plus accessibles aux petites et moyennes entreprises. À défaut, ils devront justifier une telle dérogation.

#### **16 – Établissement d'une liste exhaustive des conditions de participation**

Afin de clarifier les modalités d'accès aux marchés publics, la nouvelle directive devrait prévoir une liste exhaustive des motifs d'exclusion. À ce titre, il est envisagé de limiter l'exigence d'un

certain niveau de chiffre d'affaires, à trois fois la valeur estimée du marché, sauf cas dûment justifié.

### 17 - Lutter contre les conflits d'intérêts

Les enjeux financiers étant tels, la Commission européenne souhaite prévoir des dispositions de lutte contre les pratiques commerciales malsaines, telles que les conflits d'intérêts, réels, potentiels ou perçus comme tels... en ce qui concerne des personnels du pouvoir adjudicateur et/ou de l'opérateur économique, même s'ils ne participent pas formellement à la procédure de passation.

### 18 - Lutter contre des pratiques illicites

Tout comportement illicite de la part de candidats, à l'instar d'une tentative d'influencer indûment le processus décisionnel ou la conclusion d'un marché, avec d'autres participants, ou encore de conclure un accord visant à manipuler l'issue de la procédure, devra entraîner l'exclusion de ces candidats.

### 19 - Lutter contre les avantages indus

Les pouvoirs adjudicateurs, par le biais de leurs consultations, recueillent des informations importantes sur les opérateurs économiques. Des contacts préliminaires avec des participants au marché ne doivent en aucun cas se traduire par l'octroi d'avantages indus, ni entraîner de distorsions de concurrence. La nouvelle directive devrait prévoir une disposition spécifique de protection contre l'octroi d'une préférence induite aux participants qui ont conseillé le pouvoir adjudicateur ou ont été associés à la préparation de la procédure.

### 20 - Prévoir une autorité de contrôle au niveau central

Selon la Commission européenne, tous les États membres ne suivent pas de manière identique les modalités de mise en œuvre et de fonctionnement des règles relatives à la passation de marchés publics, ce qui compromet l'application efficiente et uniforme du droit de l'Union européenne. Outre le développement d'une assistance professionnelle appropriée et indépendante par des structures administratives, la Commission préconise la création d'une autorité nationale de contrôle, à laquelle les pouvoirs adjudicateurs devraient transmettre le texte intégral de leurs marchés... dépassant un certain seuil... qui serait a priori, d'un million d'euros pour les fournitures et services et de dix millions d'euros pour les travaux, ce qui représenterait selon la Commission, seulement 10 à 20% des marchés publics publiés au Journal officiel.

### La position des autorités françaises

Les pouvoirs publics ont transmis aux instances européennes, à plusieurs reprises, leur position concernant la refonte des directives de 2004:

a) Pour atteindre ces objectifs, les autorités françaises souhaiteraient que les modifications législatives ne portent atteinte, ni à la stabilité actuelle du champ d'application la directive 2004/18/CE, ni aux fondamentales du droit européen des marchés publics, bien connues des acheteurs.

b) La France considère qu'il est particulièrement souhaitable, pour des motifs d'efficacité économique, de faire de la procédure négociée avec publication d'un avis de marché une procédure de passation de droit commun, au même titre que les procédures d'appel d'offres ouvert et restreint. Cela permettrait également de répondre aux exigences de simplification des procédures pour les petits pouvoirs adjudicateurs. Par ailleurs, les autorités françaises sont favorables à l'introduction de plus de souplesse dans l'organisation des étapes de la procédure en autorisant l'inversion des phases d'examen des offres et des candidatures. Cette possibilité d'assouplissement, qui serait facultative

dans le droit de l'Union, pourrait être prévue par la législation nationale lorsqu'elle est adaptée aux besoins du pouvoir adjudicateur et à l'objet du marché.

c) La France serait également favorable, d'une part, à la possibilité pour l'acheteur de formuler son besoin également au regard des conditions de production ou de prestation des biens ou services qu'il achète, et d'autre part, à un assouplissement du lien entre les critères de sélection et d'attribution et l'objet du marché tel assouplissement permettrait de répondre aux objectifs de la stratégie Europe 2020 favorisant la prise en compte des aspects sociaux, environnementaux et en stimulant l'innovation dans les procédures de marchés publics. Enfin, les autorités françaises sont attachées à l'absence de dispositions relatives à l'exécution contrat dans les directives «marchés publics».

d) Les autorités françaises considèrent qu'il n'est ni utile ni souhaitable de prendre des dispositions législatives concernant les possibilités de coopération public-public au niveau européen. La définition des critères de chacune des formes que peut prendre ce type de coopération doit continuer à procéder de la construction jurisprudentielle effectuée par la Cour de justice à partir des cas concrets qui lui sont soumis.

e) La question de l'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics également une priorité de la France, dans la lignée des efforts fournis dans le cadre du «Small Business Act». De nouvelles mesures pourraient être introduites. Celles-ci viseraient à réduire les charges administratives liées à la fourniture des certificats et attestations.

f) La France souhaite également affirmer son attachement particulier aux services sociaux. considère que l'Union et les États membres doivent collaborer à l'élaboration d'un environnement juridique propice au développement de ces services et s'efforcer de garantir leur qualité.

g) Concernant la dimension externe des marchés publics, les autorités françaises constatent que les mécanismes prévus par les articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE ne sont pas à la hauteur des enjeux de l'ouverture réciproque des marchés publics de l'Union et des pays tiers. Les efforts doivent donc porter en priorité sur la création d'un instrument européen permette d'assurer une symétrie dans l'accès à ces marchés.

### Agenda de l'adoption de cette nouvelle directive marchés publics

- Durant l'année 2012, les représentants des États membres se sont battus pour faire admettre leurs idées dans le texte définitif de la Commission européenne présenté au Parlement européen. La France a ainsi milité pour le développement de procédures de négociation. Initié fin 2011, ce projet de refonte des directives européennes devrait aboutir durant l'année 2013.
- En janvier - février 2013: un vote devrait intervenir au Parlement européen.
- À partir de février - mars 2013: un aller-retour du texte devrait être enclenché entre les trois instances européennes que constituent le Parlement Européen, la Commission européenne et les représentations permanentes des États membres, afin de déboucher sur un texte de compromis.
- D'ici la fin de l'année: adoption définitive du texte de compromis.
- Dans les deux années suivantes: transposition au sein du corpus interne des États membres.

## 4. Réévaluation des seuils européens de publicité et mise en concurrence fin décembre 2013

Comme c'est le cas tous les deux ans, la Commission européenne devrait procéder à une réévaluation des seuils européens de publicité et mise en concurrence, sauf à ce qu'ils soient adoptés à d'autres



niveaux moins arithmétiques, dans le cadre de la nouvelle directive portant coordination des procédures de passation des marchés (évoquée ci-dessus). Ces seuils sont réévalués en fonction de la parité entre l'euro et la valeur des Droits de Tirages Spéciaux (DTS), qui constituent un panier international (au-delà de l'Union européenne) de monnaies. Les DTS ont été créés en 1969 pour remplacer l'or monétaire dans les transactions commerciales internationales, étant donné que la quantité mondiale d'or est relativement fixe au niveau mondial alors que les économies des États membres du FMI prospèrent. Les DTS constituent des crédits que les nations disposant d'excédents dans leur balance des échanges peuvent «tirer» des nations ayant des déficits commerciaux. Les DTS sont composés du Dollar des États-Unis, de l'Euro, du Yen Japonais, et de la Livre Sterling. Les quotités de chaque monnaie constituant un DTS sont déterminées en fonction de leur importance relative dans les échanges commerciaux internationaux et les transactions financières. La détermination des devises composantes est revue par le bureau exécutif du FMI tous les cinq ans. Les seuils en marchés publics sont recalculés quant à eux, tous les deux ans.

### **III. Les principales jurisprudences de l'année 2012**

janvier 2012

#### **• TA Toulon (ordonnance) 10 janvier 2012: Sélection des plis**

Si elle a été annoncée dans les documents de consultation, la méthode du «chantier masqué» pour la sélection des offres est admise et ne rend pas irrégulière la procédure de passation d'un marché public.

#### **• CE 16 janvier 2012, «Département de l'Essonne»: Précisions d'une offre**

Un pouvoir adjudicateur peut demander des précisions sur les termes d'une offre, même procéder à la correction d'une erreur matérielle, mais tout cela ne doit pas aboutir à une modification substantielle de celle-ci (notamment son prix). Une procédure d'appel d'offres pour des prestations de déménagement et accessoirement de garde-meuble avait été lancée par un département. Un candidat avait proposé une offre sur la base d'un tarif journalier, alors que le bordereau des prix unitaires prévoyait un coût horaire. L'acheteur avait invité le candidat à rectifier cette erreur. Le candidat en a profité pour modifier le montant horaire de son intervention. L'offre ainsi modifiée n'était pas régulière. En proposant de nouveaux coûts horaires, la société a modifié son offre, en méconnaissance du principe d'intangibilité de l'offre.

#### **• CE 23 janvier 2012, req. n°346970: Absence de certificat professionnel**

Le simple fait qu'un candidat ne possède pas un certificat de qualification professionnelle exigé par le règlement de la consultation ne suffit pas pour rejeter une candidature comme étant incomplète ou insuffisante.

#### **• CE 23 janvier 2012, «Département des Bouches-du-Rhône»: Délai de réclamation**

Un pouvoir adjudicateur a attribué un marché à bons de commande à une entreprise, mais ne lui a pas commandé suffisamment de quantités au regard du «minimum» mentionné dans le contrat. L'entreprise a donc mis en demeure (par courrier) l'acheteur de prendre position sur sa demande avant mi-décembre 2003. En l'absence de réponse, elle lui a transmis une réclamation mi-janvier 2004. Mais cette réclamation n'a pas été jugée recevable car l'entreprise titulaire du marché disposait d'un délai de trente

jours, à compter de sa première demande, pour introduire sa réclamation. En l'espèce, celle-ci était irrecevable car trop tardive.

#### **• CE 23 janvier 2012, «Commune de Six-Fours-les-Plages»: Étendue du contrôle du juge**

L'offre d'une société a été rejetée par une Commission d'appel d'offres. Le juge a annulé cette décision en exerçant un contrôle entier sur l'appréciation des qualifications et des références présentées par les candidats à laquelle s'était livrée la CAO. Mais selon le Conseil d'État, le juge n'avait pas pouvoir pour exercer un tel contrôle aussi poussé. Dans le cadre de l'article 52 du CMP, le juge de l'excès de pouvoir ne peut censurer l'appréciation portée par la CAO sur les capacités des candidats que si cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

Février 2012

#### **• CE 3 février 2012, «Commune de Veyrier-du-Lac»: Notion de marché public**

Une convention avait été conclue entre une commune et une communauté d'agglomération dont elle n'était pas membre, afin de lui confier l'exploitation du service public d'eau potable sur son territoire. Une société a contesté cette convention, en estimant que la commune avait méconnu les règles de mise en concurrence préalable qui s'imposaient normalement à elle.

Mais selon le Conseil d'État, cette convention ne devait pas être soumise à une procédure de mise en concurrence préalable, car elle avait été conclue à des fins de coopération entre personnes publiques dans le cadre de relations qui ne sont pas celles d'un marché public.

#### **• CE 8 février 2012, n°342825 et n°340698, «Ministère du budget des comptes publics et de la réforme de l'État»: Rôle du comptable public**

Le comptable public ne peut se faire juge de la légalité administrative d'un marché public. Il apprécie la validité des créances qu'il est chargé d'acquitter. Son contrôle porte sur les pièces justificatives requises dont il vérifie le caractère complet et précis, ainsi que la cohérence au regard de la catégorie de dépense, de sa nature et de son objet. Il peut apprécier juridiquement les actes administratifs étant à l'origine de la créance, mais il ne peut se faire juge de leur légalité. Ainsi, il ne peut être reproché au comptable de ne pas avoir suspendu un paiement au motif que les bons de commande étaient d'une date postérieure à celle des factures rattachées. Le comptable n'avait pas à se faire juge de la légalité des bons de commande qui ne présentaient aucune incohérence au regard de la catégorie, de la nature et de l'objet de la dépense. Par ailleurs, si l'ordonnateur transmet un certificat administratif au comptable, par lequel il affirme avoir passé un contrat oral, pour un marché public sans formalités préalables (anciens marchés à procédure adaptés exonérés de publicité) et prendre la responsabilité de l'absence de contrat écrit, le comptable n'a pas à juger la légalité de la passation du marché, et peut donc payer la dépense. Le Conseil d'État censure ainsi deux arrêts de la Cour des comptes.

#### **• CE 15 février 2012, «Commune de Souclin c/SARL Charrion et fils», req. n°346255: Qualité d'un mémoire en réclamation**

L'établissement d'une facture ne suffit pas à valoir l'équivalent d'un mémoire en réclamation. L'entreprise qui, en l'espèce, demandait le paiement des travaux de couverture d'une église, n'avait pas formellement établi un véritable mémoire en réclamation. Le document s'intitulait simplement «rénovation extérieure de l'église - Lot n°2 Charpente Couverture - Mémoire de travaux», et portait en outre la mention «facture n°2004-10».

En appel, les juges avaient considéré que ce document suffisait, mais le Conseil d'État a cassé l'arrêt de la CAA de Lyon, en estimant qu'un mémoire qui ne comporte « aucun motif de réclamation, ni aucun exposé d'un différend, mais qui se limite à reproduire le devis fourni par l'entreprise, rebaptisé facture » ne constitue pas un mémoire en réclamation, au sens du CCAG Travaux. Donc, l'entreprise ne pouvait pas valablement entamer de procédure devant la justice. Et il ne pouvait s'agir d'un projet de décompte final.

• **CAA Marseille 27 février 2012, req. n° 09MA01655: Critères et sous-critères**

Les critères et sous-critères doivent avoir été clairement énoncés dès le lancement de la consultation et ne peuvent aboutir à un critère géographique de proximité. En l'espèce, les critères d'attribution étaient le prix de la prestation (30%), la valeur technique de l'offre (35%) et la disponibilité du prestataire pour (35%). Mais la commune avait précisé dans son courrier de rejet de l'offre, que la disponibilité comprenait la proximité géographique des candidats. La cour a jugé que la commune avait privilégié un critère de proximité dont les candidats n'avaient pas eu connaissance dès le départ. Selon la CAA, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre les critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

**Mars 2012**

• **CAA Bordeaux 1<sup>er</sup> mars 2012: Recevabilité d'une candidature**

Rien n'empêche une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public, à condition qu'elle propose un prix loyal.

• **CAA Nantes 2 mars 2012, req. n° 10NT01979: Déclaration sans suite**

Chaque membre d'un groupement de commandes peut déclarer sans suite la procédure de passation d'un marché pour un motif d'intérêt général.

• **CE 12 mars 2012 req. n° 353826: Variantes**

Si le pouvoir adjudicateur n'a pas prévu la possibilité de déposer des variantes, les candidats sont tenus de proposer une offre sans variante. En l'espèce, le marché portait sur la fourniture, l'installation, l'entretien et l'exploitation de mobiliers urbains publicitaires et non publicitaires d'une commune. Le marché n'autorisait les variantes que pour les délais et les fréquences de nettoyage et d'entretien du mobilier. Un candidat ayant proposé des variantes sur les dessins et modèles pour les différents types de mobiliers urbains, ces variantes ne pouvaient être recevables. De plus, le candidat s'abstenait d'indiquer précisément quel mobilier il proposait, empêchant ainsi le pouvoir adjudicateur d'appliquer le critère de jugement des offres « valeur esthétique des mobiliers » et, par conséquent, d'apprécier l'offre.

• **CE, 12 mars 2012, req. n° 354355: Contenu du dossier de consultation**

La surestimation de données dans le dossier de consultation peut entraîner l'illégalité de la procédure: le Conseil d'État a validé l'annulation d'un marché public au motif que les informations fournies aux candidats sur les consommations énergétiques des bâtiments étaient majorées de 10%. Le Conseil d'État

rappelle l'obligation de fournir des informations justes aux candidats. L'égalité d'information des candidats à un marché public est en effet un principe essentiel du droit de la commande publique.

• **CE 19 mars 2012 « SA Groupe Partouche »: Qualité de marché public**

Un contrat a le caractère de délégation de service public, dès lors que des missions d'intérêt général sont prises en charge par le délégataire, même si l'objet principal du contrat ne constitue pas une activité de service public. Il s'agissait en l'espèce, de la construction d'une salle de spectacles, d'un hôtel, de restaurants et d'un parc de stationnement, autour de la réalisation d'un casino.

• **CAA Paris 20 mars 2012, « Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés c/SA Omniklés »: Dématérialisation et secret des offres**

Selon la Cour, une offre peut être jugée comme étant inacceptable pour insuffisance du délai de mise en concurrence et absence de garantie du secret des offres. Sur le premier point, l'acheteur n'avait en effet laissé que douze jours de délai pour que les candidats puissent répondre. Les juges ont considéré ce délai comme étant « insuffisant pour assurer une publicité appropriée auprès des prestataires ayant vocation à y répondre », même si le marché avait précédemment fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres déclarée sans suite. Sur le second point, un huissier avait constaté que la société évincée avait pu accéder à la liste des entreprises candidates lors du dépôt de son offre par voie électronique. L'acheteur avait donc « méconnu son obligation d'assurer la confidentialité des candidatures et des offres » (CMP, art. 32). C'est « un manquement de nature à altérer le libre jeu de la concurrence » estime la CAA de Paris.

• **CE, 21 mars 2012: Subvention et marchés publics**

La structure percevant une subvention au titre de fonds structurels européens, doit être irréprochable lorsqu'elle passe, pour la réalisation d'une opération, des marchés publics d'un montant supérieur aux seuils européens. Une subvention doit être remboursée si le bénéficiaire viole les règles de passation élémentaires.

• **CAA Lyon 22 mars 2012, req. n° 11LY01393: Marchés de prestations juridiques**

Le candidat doit effectuer des consultations juridiques à titre principal, si l'objet du marché consiste en une activité de consultation juridique (eu égard à l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971).

• **CAA Paris 27 mars 2012, « OPAC du Rhône c/Premier ministre »: Publicité et erreurs**

Un avis d'appel public à la concurrence pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre a été transmis au BOAMP pour publication. La version papier de l'avis mentionnait par erreur le chiffre de quatre logements, au lieu de 45. Le maître d'ouvrage, n'ayant découvert l'erreur que lors de l'examen des candidatures, a dû annuler la procédure de passation du marché. Il demande à l'État l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'erreur commise par ses services. Les juges considèrent la faute comme étant partagée: ils condamnent l'État au versement de seulement 60% du montant du préjudice, car selon eux, le maître d'ouvrage aurait dû « vérifier avec la célérité requise l'exactitude de l'avis qu'il a fait publier, et le cas échéant, en demander la rectification ».

• **Cass. 3<sup>e</sup> civ. 27 mars 2012, « Atelier Océan c/Promobat et a. »: résiliation d'un marché**

Le lot « peinture » d'un programme immobilier est confié à une entreprise dont le contrat est résilié par le maître d'ouvrage. Cette résiliation est contestée pour non-observation du CCAP qui prévoyait la rédaction d'un procès-verbal d'huissier. La Cour d'ap-

pel rejette cette contestation, estimant que le défaut de réalisation d'un constat d'huissier ne peut invalider la procédure de résiliation. Mais selon la Cour de cassation, tel est bien le cas: le CCAP établissait la procédure à suivre en cas de défaillance de l'entrepreneur et exigeait la rédaction immédiate d'un PV d'huissier afin de constater l'état des ouvrages et d'établir l'inventaire descriptif et quantitatif du matériel de l'entrepreneur.

● **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 29 mars 2012, aff. C/599/10, «SAG ELV Slovensko e.a.»: Offres anormalement basses**

L'acheteur a l'obligation de demander des justifications aux candidats lorsque leurs prix semblent anormalement bas. Mais il n'en est pas tenu si les offres sont imprécises ou non conformes aux spécifications techniques.

**Avril 2012**

● **CAA Bordeaux 10 avril 2012, «Région Aquitaine c/ Société EMCE»: Incompatibilité d'activités**

La Cour administrative d'appel de Bordeaux confirme l'interprétation stricte du Conseil d'État de l'incompatibilité de l'activité de contrôle technique avec «l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage». Le litige portait sur une mission d'étude de pré-diagnostic énergétique attribuée à un groupement comportant un bureau de contrôle.

Voir également l'arrêt du CE, 19 octobre 2012, req. n°361459.

● **CE 11 avril 2012: Qualifications professionnelles**

Un pouvoir adjudicateur peut exiger que les «références» produites par un candidat à un marché public à la place des «certificats de qualification professionnelles» soient accompagnées d'une attestation délivrée par un organisme tiers indépendant. Une simple attestation de la capacité à exécuter certains travaux délivrée par des clients peut ne pas suffire.

● **CE 15 avril 2012, req. n°343213: Information des candidats évincés**

Dès l'examen de sa candidature, une société a été écartée. En conséquence, cette société ne saurait utilement soutenir que les caractéristiques, notamment le prix, et les avantages relatifs de l'offre retenue ne lui ont pas été communiqués par le pouvoir adjudicateur à l'occasion de la notification de son rejet. Il n'y a pas d'obligation de communiquer les caractéristiques et les avantages de «l'offre» retenue à l'entreprise dont la «candidature» a été rejetée.

● **CAA Douai 19 avril 2012, req. n° 11DA00142: Critères de jugement des offres**

Si un acheteur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Le pouvoir adjudicateur doit indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

**Mai 2012**

● **CE 9 mai 2012, req. n°355756: Conflits d'intérêts**

Le rejet d'une offre du seul fait de liens familiaux n'est pas automatique. Un pouvoir adjudicateur ne peut pas écarter l'offre d'un candidat pour seul motif qu'il y aurait un conflit d'intérêt ultérieur. En l'espèce, un conseiller municipal avait un lien de parenté avec le président d'une société candidate, dont il était actionnaire. Il avait participé à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure. Le Conseil d'État considère qu'à ce stade de la délibération, la procédure n'avait pas encore été organisée et les

soumissionnaires n'étaient pas connus. Le conseiller n'avait pas siégé à la CAO et n'avait pas participé au choix de l'entreprise attributaire. En éliminant par principe l'offre de la société, le pouvoir adjudicateur avait méconnu le principe de libre accès à la commande publique et manqué à ses obligations de mise en concurrence.

● **CE 9 mai 2012, req. n°356455: Entreprises récentes**

Les entreprises de création récente peuvent justifier de leurs capacités par tout moyen. L'acheteur peut exiger la détention par les candidats à un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités. Mais il doit permettre, lorsque cette exigence tend à limiter l'accès au marché d'entreprises de création récente, aux candidats qui sont dans l'impossibilité objective de produire les documents et renseignements exigés par le règlement de la consultation, de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen.

● **CJUE 10 mai 2012 «Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas»: Écolabels**

Selon la plus haute juridiction européenne, un acheteur public ne doit pas se référer à des labels déterminés, mais plutôt recourir à des spécifications techniques pour décrire l'objet de son marché. Les directives «marchés» autorisent les pouvoirs adjudicateurs à recourir aux critères sous-jacents d'un écolabel afin d'établir certaines caractéristiques d'un produit, mais n'autorisent pas à ériger un écolabel en spécification technique. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur se référait au label «Max Havelaar», afin de favoriser des produits issus de l'agriculture biologique. Il a le droit d'exiger que certains produits soient issus de l'agriculture biologique ou du commerce équitable, mais il doit utiliser des spécifications techniques plutôt que se référer à des écolabels ou à des labels déterminés.

Cela signifie qu'une entreprise dont le produit répond aux spécifications techniques d'un cahier des charges n'a pas l'obligation d'avoir un écolabel. Elle doit simplement pouvoir faire la preuve que le produit répond à ces spécifications techniques.

**Extraits de la décision de la Cour:**

«En raison du fait que, dans le cadre de l'adjudication d'un marché public pour la fourniture et la gestion de machines à café, ayant fait l'objet d'un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne le 16 août 2008, la province de Hollande Septentrionale:

- a établi une spécification technique incompatible avec l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par le règlement (CE) n°1422/2007 de la Commission, du 4 décembre 2007, en exigeant que certains produits à fournir soient munis d'un écolabel déterminé, plutôt que d'utiliser des spécifications détaillées;
- a établi des critères d'attribution incompatibles avec l'article 53, paragraphe 1, sous a), de ladite directive en prévoyant que le fait que certains produits à fournir soient munis de labels déterminés donnerait lieu à l'octroi d'un certain nombre de points dans le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, sans avoir énuméré les critères sous-jacents à ces labels ni autorisé que la preuve qu'un produit satisfaisait à ces critères sous-jacents soit apportée par tout moyen approprié;
- a établi un niveau minimal de capacité technique non autorisé par les articles 44, paragraphe 2, et 48 de la même directive en imposant, au titre des exigences d'aptitude et des niveaux minimaux de capacités énoncés dans le cahier des charges applicable dans le cadre dudit marché, la condition selon laquelle les soumissionnaires respectent «les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises», et indiquent comment ils respectent ces critères et «contribue[nt] à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable», et



• a établi une clause contraire à l'obligation de transparence prévue à l'article 2 de cette même directive en imposant la condition selon laquelle les soumissionnaires respectent «les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises», et indiquent comment ils respectent ces critères et «contribue[nt] à rendre le marché du café plus durable et à rendre la production de café écologiquement, socialement et économiquement responsable», ... le Royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions susmentionnées.»

• **Tribunal des conflits 14 mai 2012, n° C3860: Qualification de marché public**

Un mandat de vente immobilière est soumis au Code des marchés publics: un conseil municipal a confié à une société un mandat exclusif de vente d'un bien immobilier appartenant au domaine privé de la commune. Reprochant à la commune de ne pas avoir respecté les termes du dit mandat, la société a saisi le tribunal de grande instance. Celui-ci s'est déclaré incompétent pour connaître de ce litige. Mais selon le Tribunal des conflits, le juge administratif était compétent. Selon l'article 2 de la loi «Murcef» du 11 décembre 2001, les marchés entrant dans le champ d'application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs. Et en l'espèce, le contrat de mandat a bien été conclu en vue de la fourniture à la commune d'une prestation de service à titre onéreux, au sens de l'article 1<sup>er</sup> du CMP.

• **CAA Douai 16 mai 2012, req. n° 11DA00727: Résiliation**

Le marché résilié qui a reçu un début d'exécution peut être contesté: un centre hospitalier a conclu avec une société un marché public de transport sanitaire par hélicoptère. Ce marché a été contesté par un concurrent évincé. Postérieurement à cette requête, le centre hospitalier a décidé de résilier ce marché. Il a donc demandé au juge un non-lieu à statuer sur les conclusions de la requête formée par le tiers évincé. Pour les magistrats, la résiliation d'un contrat n'a d'effet que pour l'avenir. Donc cela n'empêche pas à ce que juge en prononce l'annulation, dès lors qu'il a reçu un commencement d'exécution.

• **CE 16 mai 2012, req. n°345137: Pénalités de retard**

Selon le Conseil d'État, le juge doit rechercher quelle est la commune intention des parties d'allonger ou non le délai d'exécution d'un marché avant de se prononcer sur la légitimité de pénalités de retard. Le délai d'exécution supplémentaire doit résulter de la commune intention des parties: établissement d'une modification du planning initial.

• **CE 23 mai 2012: Taux d'intérêt**

Le juge peut remplacer le taux d'intérêt contractuel par le taux d'intérêt légal majoré de cinq points, lorsque ce dernier est plus avantageux pour l'entreprise. Cela concernait le taux d'intérêt applicable à l'indemnité qu'un maître d'ouvrage est condamné à verser au titulaire d'un marché public.

• **Cass 2<sup>e</sup> civ. 24 mai 2012, n° 1120097: Contrats d'assurance**

Les contrats d'assurance conclus par une personne publique sont des marchés publics relevant du juge administratif.

**Juin 2012**

• **CAA Bordeaux 5 juin 2012, req; n° 11BX01797: Résiliation**

L'annulation de la procédure de passation d'un marché empêche les candidats de bénéficier de la prime prévue par les pièces contractuelles, même si le versement de prime était prévu dans le règlement de la consultation.

• **CE 13 juin 2012, req. n°343788: Préjudices**

Le titulaire d'un marché a droit à l'indemnisation des préjudices subis du fait de retards dans l'exécution du marché imputables à d'autres contractants. La réalisation d'un chiffre d'affaires inférieur à celui escompté sur la base du calendrier contractuel ouvre droit à une indemnisation pour l'entrepreneur. À condition que le retard ne lui soit pas imputable.

• **CE 22 juin 2012, req. n°350757: Représentation en justice**

Le Conseil d'État rappelle que les entreprises ayant constitué un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires, sont réputées se représenter mutuellement dans toutes les instances relatives aux obligations attachées à l'exécution de ce marché.

• **TA Marseille 28 juin 2012, n°1203862, « Société Act Finances c/Région Provence Alpes Côte d'Azur et autre »: Référé précontractuel**

Seule l'entité qui s'est portée candidate à l'attribution d'un marché public est recevable à exercer un référé précontractuel contre les décisions de la personne publique. La société mère d'une entreprise qui s'était elle-même portée candidate, ne peut le faire à la place de celle-ci. Selon l'article L.551-10 du Code de justice administrative, seules sont habilitées à engager un référé précontractuel les personnes «qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local». Le juge des référés souligne que la société mère l'ayant saisi n'avait pas soumissionné au marché contesté et ne se plaignait pas d'en avoir été empêché par le pouvoir adjudicateur. Donc elle ne justifiait pas d'un intérêt à agir.

• **CE 29 juin 2012: Délai de suspension**

Selon le Conseil d'État, un pouvoir adjudicateur doit indiquer aux candidats évincés à un marché public le délai de suspension qu'il s'impose entre la date de notification du rejet des offres et la conclusion du marché.

• **CE 29 juin 2012, Recevabilité d'un recours**

Le Conseil d'État rejette la demande d'une société, titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire, d'annuler, dans le cadre d'un référé contractuel, un contrat attribué à un concurrent.

• **CE 29 juin 2012, req. n°357976: Territorialité du droit des marchés publics**

Les marchés signés à l'étranger et exécutés hors de France (en l'espèce, une consultation lancée par le Consulat général de France à Tunis), non soumis au CMP, doivent respecter les principes fondamentaux du droit de la commande publique.

**Juillet 2012**

• **CE 4 juillet 2012, req. n°352714: Critères et sous-critères**

Les sous-critères d'analyse des variantes en marchés publics peuvent être différents de ceux de la solution de base, à condition que ces critères spécifiques soient portés à la connaissance des candidats avant le dépôt de leur offre.

• **CE 4 juillet 2012, « Ministre de la Défense et des Anciens combattants c/Société Icec et autres », n°352714: Recours indemnitaire**

Un groupement d'entreprises ayant soumissionné à un marché a contesté devant le juge la décision attribuant celui-ci à un concurrent.

rent. Il a également saisi le juge de conclusions tendant à voir réparé le préjudice que lui avait causé son éviction de la procédure. Le candidat évincé a toujours la faculté de présenter des conclusions indemnitaires tendant à la réparation du préjudice subi, indépendamment de la recevabilité des conclusions d'annulation visant le contrat. En l'espèce, ces conclusions indemnitaires sont donc recevables quand bien même les conclusions d'annulation visant la décision de conclure le marché ne le seraient pas. L'arrêt rappelle néanmoins la règle selon laquelle, pour être recevables, les conclusions indemnitaires présentées par le candidat évincé doivent avoir été précédées d'une demande préalable d'indemnisation auprès du pouvoir adjudicateur.

#### ● CE 4 juillet 2012: Travaux supplémentaires

Même sans ordre de service, les travaux supplémentaires indispensables doivent être payés. En application du CCAG Travaux, à défaut d'ordre de service de poursuivre, les travaux exécutés au-delà de la masse initiale ne sont pas payés... sauf s'ils sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.

#### ● CE 4 juillet 2012, req. n°53305: Publicité profil d'acheteur

Le décret du 17 décembre 2008 ne peut pas être interprété comme autorisant un pouvoir adjudicateur à limiter systématiquement la publicité à une diffusion sur le profil d'acheteur.

#### ● CAA Marseille 9 juillet 2012, req. n° 10MA00293: Recevabilité recours

Lorsqu'une entreprise ayant soumissionné à un marché demande la réparation du préjudice issu de son éviction irrégulière du marché, le juge doit d'abord vérifier si l'entreprise était dépourvue ou non de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi.

#### ● TC 9 juillet 2012, n° C3834: Compétence juridictionnelle

Le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties sont unies par un contrat de droit privé. Dans ce dernier cas, la compétence demeure administrative si l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique.

#### ● CAA Marseille 16 juillet 2012, «Préfet des Alpes-Maritimes c/Communauté d'agglomération Nice Côte d'Azur et autres».! Règlement amiable d'un différend

La conclusion d'une transaction peut mettre fin à un contentieux. En 2008, la Communauté d'agglomération Nice Côte d'Azur a conclu avec des entreprises de BTP une transaction pour solde de tout compte concernant des travaux sur le tramway. Attaqué par le préfet, ce protocole a été validé par la CAA Marseille, confirmant la possibilité pour une collectivité de recourir à un tel procédé. La Cour estime que le protocole ne portait pas atteinte aux règles de la comptabilité publique, ni aux principes de liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures. Les juges écartent l'idée que ce protocole pouvait constituer un avenant. Une transaction est «un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître» (art. 2044 du Code civil). À noter que cet accord permet à la collectivité de verser une indemnité «inférieure à celle à laquelle elle aurait pu être éventuellement condamnée», donc

«eu égard, en outre, à l'avantage retiré découlant de la résolution plus rapide d'un éventuel litige, les concessions réciproques des parties ne sont pas manifestement disproportionnées» selon les magistrats de Marseille.

#### ● CAA Nantes 20 juillet 2012, «Société Axiroute c/Communauté d'agglomération Bourges Plus»: Critères et pondération

Une procédure d'appel d'offres ouvert a été lancée pour attribuer un marché à bons de commande de location d'engins de chantier avec conducteurs. Une société, dont l'offre a été rejetée, demande la condamnation de l'acheteur en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de l'attribution illégale dudit marché. Un premier jugement la déboute, la société fait appel, en affirmant que l'absence d'indication de la pondération des sous-critères dans le règlement de consultation avait eu une incidence sur la présentation de son offre. Les magistrats de Nantes estiment qu'il est exact que la pondération des sous-critères d'attribution d'un marché public doit en principe figurer dans le règlement de consultation, mais cela n'est pas indispensable lorsqu'il existe une faible amplitude dans cette pondération, celle-ci n'étant pas susceptible d'infléchir la suite de la procédure.

#### ● CE, 23 juillet 2012, «Commune de Villefranche-sur-Mer c/Société Affiliated Computer Service Solution France», n°358779.

Idem CE, 23 juillet 2012, «Commune de Barbechat c/Société Chauviré TP», n°359103: Référé contractuel

Une commune a lancé une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché de onze lots portant sur les travaux d'aménagement d'un parking public. Informée du rejet de son offre pour le seul lot n°10, une société a saisi le juge des référés précontractuels, qui a annulé la procédure de passation de l'ensemble du marché. Le Conseil d'État rejette l'annulation de la procédure de passation des contrats relatifs aux lots n°1 à 9 et n°11. Rappelant qu'aux termes de l'article L.551-10 du Code de justice administrative, «les personnes habilitées à engager les recours (...) sont celles qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué», il constate que la requérante ne s'était pas portée candidate à l'attribution des lots n°1 à 9 et n°11. Elle n'était donc pas susceptible d'être lésée. Ainsi, dans le cas d'un marché comportant plusieurs lots, lorsque des vices sont constatés dans la procédure de passation de l'un des lots, il n'y a pas lieu pour autant de remettre en cause l'ensemble du marché. Cette position est confirmée dans un deuxième arrêt daté du même jour, s'agissant d'une société qui avait obtenu à tort l'annulation d'intégralité d'une procédure alors qu'elle avait soumissionné qu'à l'un des deux lots concernés.

#### Août 2012

#### ● CE 1<sup>er</sup> août 2012, req. n°347814: Effets d'une résiliation

Un pouvoir adjudicateur peut demander en appel l'annulation pour vice de procédure du jugement le déclarant responsable des préjudices liés à la résiliation d'un marché de travaux. L'acheteur avait adressé à la Cour administrative d'appel de Marseille une note en délibéré, enregistrée au greffe de la cour postérieurement à l'audience publique.

#### ● CE 1<sup>er</sup> août 2012, req. n°342337: Retards d'exécution

Dans un chantier, selon le Conseil d'État, tout retard imputable au maître d'ouvrage ou à ses cocontractants doit être indemnisé. Si le CCAP le prévoit, la révision des prix peut s'appliquer au-delà des délais du marché.

**Septembre 2012****• TA Orléans, 20 septembre 2012, req. n°1201246: Offres anormalement basses**

Une société a remporté quinze accords-cadres. Mais, en cours d'exécution des marchés, elle « s'est plainte » d'avoir commis des erreurs dans ses offres, qui auraient eu une incidence sur le prix proposé. Après une année d'exécution, se trouvant en déséquilibre financier, la société a sollicité la dénonciation anticipée de tous les marchés qu'elle avait emportés. Le tribunal administratif d'Orléans a refusé de résilier ou annuler les contrats litigieux: l'exigence de loyauté des relations contractuelles fait obstacle à ce qu'une partie puisse invoquer une irrégularité tenant à ce que l'offre qu'elle a présentée n'a pas été écartée comme étant anormalement basse. Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude: nemo auditur propriam turpitudinem allegans.

**• CE 26 septembre 2012, req. n°359389, « GIE Groupement des poursuites extérieures c/SCP Sibran Cheenne Diebold Sibran-Vuillemin »: Critères en procédure adaptée**

Même dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur doit préciser si les critères sont pondérés ou hiérarchisés. Une collectivité a lancé une consultation pour l'intervention d'huissiers de justice en vue du recouvrement amiable de créances. Un candidat évincé a saisi le juge du référé précontractuel sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du Code de justice administrative pour manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence. Le Conseil d'État confirme le jugement du tribunal administratif qui avait annulé la procédure, au motif que les quatre critères d'attribution du marché étaient seulement numérotés sans aucune indication quant à leur pondération ou à leur hiérarchisation. Le règlement ne pouvait être regardé comme ayant énoncé clairement que les critères étaient hiérarchisés par ordre décroissant.

**• CE 26 septembre 2012, req. n°359389, « GIE Groupement des poursuites extérieures c/SCP Sibran Cheenne Diebold Sibran-Vuillemin »: Qualification de marché public**

La consultation lancée par une collectivité portait sur la sélection d'huissiers de justice en vue du recouvrement amiable de créances, amendes et condamnations pécuniaires pris en charge par les comptables du Trésor Public. Une SCP évincée de cette consultation a saisi le juge des référés précontractuels d'une demande d'annulation de la procédure. Le contrat envisagé constituait bien un marché public selon le Conseil d'État. Il a en effet pour objet l'exécution d'une prestation de service pour le compte de l'État avec une contrepartie économique constituée par un prix. Par suite, il s'agit bien d'un marché soumis au CMP, même s'il ne se traduit par aucune dépense directe de l'État. Il s'agit d'un exemple de marché public dans lequel le prix destiné au cocontractant de l'administration n'est pas constitué par un versement monétaire de la part de cette dernière (CE, 4 novembre 2005, « Jean-Claude Decaux », n°247298). En l'espèce, c'est le droit de percevoir les frais de recouvrement qui constitue la rémunération du prestataire.

**• CE 26 septembre 2012, req. n°359706, Faire préciser une offre**

Le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'inviter les candidats à préciser ou compléter, préalablement aux opérations de notation, la teneur de leurs offres lorsque les offres reçues comportent des contradictions ou ambiguïtés, voire ne sont pas complètes.

**Octobre 2012****• CE 3 octobre 2012, req. n°348476: Marché à bons de commande**

Chaque bon de commande d'un marché de travaux donne lieu à des prestations propres pouvant faire l'objet d'une réception et d'un règlement dès leur réalisation. Le règlement d'un bon de commande constitue un règlement définitif et non pas « partiel ».

**• CE 3 octobre 2012, req. n°360952, « Département des Hauts-de-Seine »: Recevabilité candidature**

La prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés sur un candidat porte atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats. L'attribution d'un marché à bons de commande de déménagements de mobiliers et de matériels à une entreprise qui avait déclaré un chiffre d'affaires erroné, dans son dossier de candidature, a entraîné l'annulation de la procédure de passation dudit marché par le TA de Melun. Le Conseil d'État confirme le jugement du tribunal en considérant que la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières d'un candidat est susceptible de fausser l'appréciation portée sur les mérites de cette candidature au détriment des autres et ainsi de porter atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats.

**• CE 3 octobre 2012, req. n°360952, « Département des Hauts-de-Seine »: Dématérialisation**

L'acheteur ne doit pas vérifier que les messages électroniques qu'il envoie aux candidats ont bien été réceptionnés, étant donné qu'aucune disposition du règlement de la consultation ne lui en faisait obligation. Selon sa plateforme de dématérialisation, l'acheteur devait seulement adresser aux candidats un message d'alerte les invitant à se rendre sur cette plateforme afin de prendre connaissance des compléments d'information demandés.

**• CE 3 octobre 2012, req. n°349281: Mémoire en réclamation**

Le mémoire en réclamation au sens de l'article 34-1 du Cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés de fournitures doit comporter l'énoncé d'un différend et exposer de façon précise et détaillée les chefs de la contestation.

**• CE 19 octobre 2012, req. n°361459: Incompatibilité d'activité**

En vertu de l'article L.111-25 du Code de la construction et de l'habitation, les contrôleurs techniques ne peuvent exercer également une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction. Mais cette règle d'incompatibilité ne s'applique pas aux sociétés exerçant d'autres activités dans la construction. En l'espèce, la société n'était pas agréée en vue d'exercer une activité exclusive de contrôle technique, donc elle pouvait légalement se porter candidate à l'attribution d'un marché d'expertise dans le domaine de la construction et non d'un marché de prestations de contrôle technique.

**Novembre 2012****• CE 7 novembre 2012, req. n°360252: Critères d'attribution**

Le respect des principes fondamentaux de la commande publique implique que le pouvoir adjudicateur fournisse aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution.



• **CE 15 novembre 2012: Réfaction de prix**

Le maître d'ouvrage confronté à des malfaçons minimales peut proposer à l'entreprise une réduction du prix. En contrepartie, il renonce à émettre des réserves à la réception et donc à demander la reprise des désordres. Il demeure cependant libre de faire ou non une telle proposition à l'entreprise.

• **CE 15 novembre 2012, req. n°354255: Sous-traitance**

Le maître d'ouvrage qui n'a pas été informé de la réalisation de travaux par des sous-traitants ne commet aucune faute en ne faisant pas procéder à la régularisation de ces derniers. Ainsi, les sous-traitants privés de rémunération pour leur prestation ne peuvent bénéficier de conclusions indemnitaires de la part du maître d'ouvrage.

• **CE 15 novembre 2012, req. n°356832, Décompte général**

Le cocontractant de l'administration dont le marché a été résilié à ses frais et risques ne peut obtenir le décompte général de ce marché, en vue du règlement des sommes dues au titre des travaux exécutés, qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux. Les conclusions présentées au juge du contrat en vue d'obtenir le règlement des sommes contractuellement dues avant le règlement définitif du nouveau marché sont donc irrecevables.

• **CE 15 novembre 2012, req. n°349840, Résiliation**

Le juge considère que le caractère irrégulier de la décision de résilier un marché public est susceptible de faire obstacle à ce que le surcoût résultant de cette résiliation soit mis à la charge de son titulaire, alors même que la résiliation serait justifiée au fond.

**Décembre 2012**

• **CE 3 décembre 2012: Allotissement**

Le Conseil d'État rappelle l'obligation d'allotissement en soulignant que la conclusion d'un marché global doit être dûment justifiée. Il annule la procédure de passation d'un marché public au motif que celui-ci ne comportait pas de lots séparés, et que ce manquement était de nature à léser le requérant.

## **IV. Tableau récapitulatif des différents seuils applicables en marchés publics**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, suite au décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique (JORF n°302 du 30 décembre 2011, p.22739), pris conformément au règlement (UE) n°1251/2011 de la Commission du 30 novembre 2011, les seuils de procédure formalisée des marchés publics sont relevés à :

- 130000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'État;
- 200000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales;
- 400000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité;
- 5000000 € HT pour les marchés de travaux.

En conséquence, les seuils applicables en marchés publics sont les suivants: voir tableau ci-dessous.

À noter que ces seuils seront réévalués fin décembre 2013, dans l'ensemble des pays membres de l'Union européenne, par l'application de la parité avec la valeur des Droits de Tirages Spéciaux (DTS), et ce, pour application à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014.

### **Précisions**

1 - Pour les opérateurs de réseaux (2<sup>e</sup> partie du CMP) et pour les marchés passés dans la défense ou sécurité (3<sup>e</sup> partie du CMP), le seuil de 130000 ou 200000 euros HT est en réalité de 400000 euros HT depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et jusqu'au 31 décembre 2013. Durant les années 2010 et 2011 c'était 387000 euros HT.

2 - Pour les marchés de maîtrise d'œuvre, au-delà du seuil européen des prestations de services, une obligation de concours s'impose, sauf exceptions listées dans l'article 74 du CMP.

3 - Pour déterminer la procédure applicable, il est conseillé de rajouter à l'estimation «réaliste» du marché (terme de la jurisprudence «Opac de Meaux» du Conseil d'État), 15 ou 20% pour les aléas d'exécution (avenants éventuels) et applications de clauses de variation de prix. C'est ce montant total qu'il est souhaitable de comparer avec les seuils concurrentiels afin d'identifier le niveau d'ouverture à la concurrence, et d'éviter ainsi tout effet de seuil empêchant ultérieurement la conclusion d'avenants.

SEUILS DE PROCÉDURES	DEGRÉS DE MISE EN CONCURRENCE	SEUILS INTERMÉDIAIRES	CONSÉQUENCES PRATIQUES
De zéro à 15 000 <sup>(1)</sup> ou 20 000 <sup>(2)</sup> euros HT	« Bonne gestion des deniers publics et ne pas contracter toujours avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres » (art. 28 du CMP), ce qui passe par des « modalités de publicité » selon le Ministère de l'économie <sup>(5)</sup> .	À partir de 6 000 euros TTC  A partir de 3 000 euros TTC  Si moins de 10 000 euros HT	Droit au paiement direct du sous-traitant de premier rang (art. 112 du CMP et formulaire DC 4).  Déclarations fiscales et sociales obligatoires et tous les six mois si le marché dure plus de six mois (art. L.8222-1 à L.8222-3 et D.8222-5 du Code du travail).  Si marché à bons de commande, possibilité de commander à un autre que le titulaire pour moins de 10 000 euros HT et 1 % du montant du marché, sans mise en concurrence (art. 77-III du CMP). Idem eu égard au titulaire d'un accord-cadre (art. 76-VII du CMP).
De 15 000 <sup>(1)</sup> ou 20 000 <sup>(2)</sup> euros HT à 90 000 euros HT	Obligation de publicité avec un degré choisi selon la nature et les caractéristiques du besoin à satisfaire, le nombre ou la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.	À partir de 20 000 euros HT (recensement)  Si inférieur à 30 000 euros HT  Si égal ou supérieur à 30 000 euros HT  À partir de 50 000 euros HT  Si moins de 80 000 euros HT	Mention dans l'avis de recensement annuel des marchés (arrêté du 21 juillet 2011 pris en application de l'art.133 du CMP)  Achats d'œuvres d'art après avis du maître d'œuvre, au titre de l'obligation de décoration des constructions publiques (art. 6 du décret n° 2002-677 du 29 avril 2002).  Achats d'œuvres d'art après consultation et avis du comité artistique composé selon l'article 7 du décret n° 2002-677, au titre de l'obligation de décoration des constructions publiques.  Droit du titulaire et du sous-traitant de premier rang à une avance de 5 % sauf renonciation expresse.  Possibilité de recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à ce seuil, même s'ils relèvent d'une procédure d'appel d'offres, dès lors qu'ils ne dépassent pas 20 % du montant global de l'opération (art. 27-III du CMP)
De 90 000 euros HT à 200 000 <sup>(3)</sup> ou 130 000 <sup>(4)</sup> euros HT	Publication avis dans BOAMP « ou » JAL <sup>(6)</sup> « et » sur un site profil d'acheteur <sup>(7)</sup> et « si nécessaire » dans un journal spécialisé <sup>(8)</sup> .	A partir de 750 000 euros HT	Avis de pré-information permettant de réduire les délais d'ouverture à la concurrence (art. 39 du CMP)
De 200 000 <sup>(3)</sup> ou 130 000 <sup>(4)</sup> euros HT à moins de 5 000 000 euros HT	Publication avis dans : Si fournitures ou services : JOUÉ + BOAMP + site profil d'acheteur <sup>(7)</sup> Si travaux : BOAMP « ou » JAL <sup>(6)</sup> « et » site profil d'acheteur <sup>(7)</sup> et « si nécessaire » dans un journal spécialisé <sup>(8)</sup> .	Si moins de 1 000 000 euros HT	Possibilité, pour un marché de travaux dont le montant dépasse 5 millions d'euros HT, de recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à ce seuil, même s'ils relèvent d'une procédure d'appel d'offres, dès lors qu'ils ne dépassent pas 20 % du montant global de l'opération (art. 27-III du CMP)
A partir de 5 000 000 euros HT	Publication avis dans JOUE + BOAMP + site profil d'acheteur <sup>(7)</sup> et « si nécessaire » dans un journal spécialisé <sup>(8)</sup> .		

1) Seuil applicable aux « pouvoirs adjudicateurs » (1<sup>re</sup> partie du CMP), s'agissant des consultations lancées depuis le 12 décembre 2011.2) Seuil applicable aux « entités adjudicatrices » (2<sup>e</sup> partie du CMP), s'agissant des consultations lancées depuis le 12 décembre 2011.3) Seuil applicable aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, pour les consultations lancées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Avant c'était 195 000 euros HT.4) Seuil applicable à l'Etat et ses établissements publics, pour les consultations lancées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Avant c'était 125 000 euros HT.5) Cf. tableaux des « avis de publicité » établis en décembre 2011, dès l'adoption du seuil de 150 000 euros HT, par le Ministère de l'économie, qui étaient téléchargeables à : [www.economie.gouv.fr/daj/](http://www.economie.gouv.fr/daj/) conseil-aux-acheteurs

6) Journal habilité à publier des annonces légales figurant dans la liste annuelle établie pour chaque département par arrêté préfectoral.

7) Obligation depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 de publier un avis sur le « site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a recours pour ses achats », appelé également « profil d'acheteur ».8) Conformément à l'article 40-III du CMP, « le pouvoir adjudicateur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, services ou travaux, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est en outre nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes énoncés à l'article 1<sup>er</sup> du Code ». Cette publication doit alors être effectuée dans les conditions prévues par l'article 2 de l'arrêté du 27 août 2011, à savoir avec un contenu pouvant « ne pas comporter des renseignements figurant dans l'un des avis publiés » dans le JOUE, le BOAMP, ou un JAL mais comporter « les références de cet avis ».

# I. Dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs

## Titre I<sup>er</sup> : Champ d'application et principes fondamentaux

### Chapitre I<sup>er</sup> : Définitions et principes fondamentaux

#### Article 1

*I. - Les dispositions du présent code s'appliquent aux marchés publics et aux accords-cadres ainsi définis :*

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

*Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.*

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

*III. - Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.*

*Les marchés publics 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 ou matériels.*

*Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services. Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.*

*Lorsqu'un marché public 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 public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures.*

#### Conseil pratique

Concluez des marchés à zéro euro si le cocontractant du pouvoir adjudicateur peut être rémunéré de manière indirecte. Cela se pratique par exemple dans le mobilier urbain où le prestataire récupère son investissement par la vente d'espaces publicitaires. Idem pour une revue qui serait financée par la publicité, pour laquelle un marché serait signé avec une agence de communication. Déterminez quelle entité va être amenée à payer au titre du contrat, afin d'identifier s'il faut passer un « marché public » au sens du Code, ou une autre formule, du type délégation de service public (DSP), bail emphytéotique administratif (BEA), contrat de partenariat,

vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), etc. Dans un marché public, c'est en principe le pouvoir adjudicateur qui achète et paye la prestation; alors que dans une délégation de service public, c'est en principe l'utilisateur qui est amené à payer une partie de la prestation. Qualifiez vos marchés de « travaux » ou « services » ou « fournitures » en appliquant également les concepts d'« opération » ou de « famille homogène » définis à l'article 27 du Code.

Identifiez la part financière la plus importante dans un marché lorsque celui-ci porte à la fois sur des travaux et/ou services et/ou fournitures, afin de déterminer quel type de marché il s'agit, et d'en déduire quelle réglementation devra être respectée.

N'oubliez pas l'obligation de tenir compte d'objectifs de développement durable découlant de l'article 5 du CMP, qui complète les principes fondamentaux de la commande publique définis au présent article.

Reportez-vous à l'article 76 du CMP pour une définition d'un « accord-cadre ». C'est un contrat relevant du droit des marchés publics qui consiste à entreprendre un référencement de plusieurs opérateurs économiques après ouverture à la concurrence, et qui débouchera – le cas échéant – sur la passation d'un ou plusieurs marchés subséquents après remise en concurrence des entités référencées dans tel ou tel domaine ou secteur géographique.

Raisonnez toujours en euros « hors taxes » concernant les « valeurs » évoquées dans cet article 1<sup>er</sup> du Code, car les seuils en marchés publics sont établis sur cette base (à l'exception du seuil de 600 euros TTC pour les sous-traitants et de 3000 euros TTC pour les attestations fiscales et sociales).

#### Alerte

Veillez scrupuleusement à respecter systématiquement les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, car leur violation peut déboucher sur une qualification pénale de délit d'obtention d'avantage injustifié, plus couramment appelé délit de favoritisme (art. 432-14 du Code pénal).

Qualifiez vos contrats de location, non pas en prestations de « services », mais en marchés de « fournitures ». L'article 1<sup>er</sup> du Code mentionne bien la « location » comme étant de la fourniture, au même titre que l'achat ou le crédit-bail.

Ne vous en tenez pas uniquement à la notion de « d'ouvrage » visée dans cet article en ce qui concerne vos marchés de travaux. Vous devez également appliquer celle d'« opération », qui suppose le cumul des montants estimés de plusieurs ouvrages ou bâtiments, infrastructures et équipements, afin de déterminer le montant global devant être comparé avec les seuils applicables et savoir quelle procédure de passation appliquer : cf. art. 27 du CMP. Ne contournez pas les exigences concurrentielles du Code en étant un pouvoir adjudicateur subventionnant une association qui assurerait une prestation pour lui et qui relèverait du secteur concurrentiel. Vous prendriez le risque, en cas de contentieux, de voir cette subvention requalifiée de marché public et être ainsi déclarée illégale. Ne qualifiez pas les marchés de maîtrise d'œuvre de marchés de travaux. Il s'agit, au même titre que les commandes de prestations intellectuelles, de marchés publics de « services ».

Respectez, quel que soit le montage contractuel retenu, les règles applicables à la maîtrise d'œuvre, notamment la définition d'une mission de base en bâtiment ou d'éléments de missions (loi MOP du 12 juillet 1985 et décret « missions » de 1993), y compris s'il est



fait appel – comme l'évoque cet article 1<sup>er</sup> du Code – à la conception-réalisation en prévoyant dans un même marché une phase conception et une phase exécution d'un ouvrage.

Garantissez le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats à un marché public, même si ce dernier comporte des clauses de reprise du personnel (cf. cas des marchés de nettoyage) ou suppose la communication d'éléments financiers (comme des charges salariales). Le niveau de renseignement doit être assuré entre le cocontractant actuel et les futurs candidats éventuels au marché.

## Jurisprudence

– CE 6 juillet 1990, «Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais», n°88224

Pour qu'une subvention ne soit pas requalifiée de marché public, il faut au moins que la collectivité n'attende pas la moindre contrepartie directe de la part du bénéficiaire de la subvention.

– CE 8 février 1991, «Région Midi-Pyrénées», n°57679. S'agissant de la Vente en l'État Futur d'Achèvement (VEFA), les collectivités «ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque :

- a) l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble;
- b) l'immeuble est construit pour le compte du pouvoir adjudicateur;
- c) l'immeuble est entièrement destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur;
- d) l'immeuble a été conçu en fonction des besoins propres du pouvoir adjudicateur.»

– CE 26 mars 2008, «Région de la Réunion», n°284412

Lorsque les sommes versées par le biais d'une subvention correspondent à des prestations de services individualisées, commandées par la personne publique dans le cadre de ses compétences après qu'elle ait défini ses propres besoins, il s'agit d'un marché public. Une subvention directe est donc illégale.

– CE, 7 novembre 2008, «Département de la Vendée», n°291794 Il s'agit bien d'une délégation de service public et non pas d'un marché public, lorsque la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, à savoir que le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation.

– CJUE 15 juillet 2010, «Commission européenne c/République Fédérale d'Allemagne», n° C-271/08

Les contrats de services d'assurance vieillesse d'entreprise attribués sans publicité et mise en concurrence préalables méconnaissent la directive n°2004/18/CE portant coordination des procédures de passation des marchés publics.

– CE 23 mai 2011, «Commune de Six-Fours-les-Plages», n°342520 Rémunérer une entreprise de spectacle pour l'organisation d'un festival de musique réalisés à la seule initiative de la commune constitue le prix d'un marché public. La subvention directe est donc illégale et un marché public aurait dû être conclu.

## Article 2

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :

- 1° L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial;
- 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'État le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appli-

quent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux.

## Conseil pratique

Listez l'ensemble des entités étant liées à la vôtre et qui relèveraient du concept de pouvoir adjudicateur soumis au présent Code. Appliquez le concept de pouvoir adjudicateur à l'ensemble de la structure d'achat, tous services confondus et toutes délégations de signatures éventuelles : il existe en effet un seul et unique pouvoir adjudicateur nullement fractionnable en fonction de plusieurs services ou directions internes.

## Alerte

Ne prenez pas en compte les structures ayant un statut de droit privé (exemple : les associations) étant donné que si celles-ci s'avèreraient soumises aux directives européennes portant coordination des procédures de marchés publics, elles devraient respecter, non pas le Code des marchés publics, mais l'ordonnance du 6 juin 2005. Ne confondez pas un «pouvoir adjudicateur» et une «entité adjudicatrice» : cette dernière correspond à la deuxième partie du Code des marchés publics concernant une activité de réseaux d'eau, d'énergie, de transports et de services postaux. Une structure d'achat peut être à la fois un pouvoir adjudicateur s'agissant de ses commandes habituelles et une entité adjudicatrice pouvant bénéficier d'un régime juridique plus souple lorsqu'elle passe des commandes relevant des activités de réseaux précitées.

## Chapitre II : Exclusions

### Article 3

*Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 2*

*Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 : 1° Accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics;*

*2° Accords-cadres et marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée, lorsque ce pouvoir adjudicateur bénéficie, sur le fondement 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;*

*3° Accords-cadres et marchés 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; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du présent code;*

*4° Accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion;*

*5° Accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, sous réserve des dispositions du 3°.*

Sont également exclus les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par des banques centrales;

6° Accords-cadres et marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation;

7° Accords-cadres et marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige;

8° Accords-cadres et marchés passés au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci;

9° Accords-cadres et marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement des troupes ou conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers, en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage;

10° Accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection;

11° Accords-cadres et marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation;

12° Accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail;

13° Accords-cadres et marchés qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques;

14° Accords-cadres et marchés qui cessent d'être soumis aux dispositions du présent code en application de l'article 140.

## Conseil pratique

N'ouvrez pas à la concurrence pour toute acquisition ou location de terrains ou bâtiments existants : comme le précise le troisième point ci-dessus, cet achat ne relève pas du champ d'application du Code des marchés publics.

Exonérez-vous d'ouverture à la concurrence en tant qu'acheteur, si vous vous portez acquéreur d'œuvres ou d'objets d'arts uniquement « existants » : la préexistence du bien par rapport à l'acte d'achat justifie les conditions d'application de l'exonération d'application du Code prévues à l'article 3-10°.

## Alerte

Interprétez de manière stricte le concept de droits exclusifs évoqué au deuxième point : il repose sur le « fondement d'une disposition légalement prise », c'est-à-dire qu'il faut que l'acheteur puisse apporter la preuve d'un texte normatif (loi, décret, arrêté) conférant une exclusivité à un opérateur économique.

N'appliquez pas la théorie des contrats « in house » développée au premier point ci-dessus aux relations contractuelles entre une collectivité locale et une société d'économie mixte, fut-elle créée par celle-ci : en principe, les conditions de l'article 3-1 ne sont pas réunies. Respectez le formalisme concurrentiel du Code des marchés publics pour les achats culturels ou sociaux : ils ne sont pas exonérés de son champ d'application, car si tel était le cas, ils figureraient dans la liste exhaustive de l'article 3 du Code.

## Jurisprudence

Principales références jurisprudentielles sur les contrats « in house » de l'article 3-1°

- Jurisprudence communautaire ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) :
  - CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, affaire C-107/98

- CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, affaire C-26/03

- CJCE, 21 juillet 2005, Coname, affaire C-231/03

- CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, affaire C-458/03

- CJCE, 10 novembre 2005, Commission c/Autriche, affaire C-29/04

- CJCE, 11 mai 2006, Cabotermo SpA, affaire C-340/04

- CJCE, 6 avril 2006, ANAV, affaire C-410/04

- CJCE, 19 avril 2007, Asemfo, affaire C-295/05

- CJCE, 17 juillet 2008, Commission c/Italie, affaire C-371/05

- CJCE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA, affaire C-324/07

- CJCE, 6 juin 2009, Commission c/Allemagne, affaire C-480/06

- Jurisprudence nationale ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) :

- CE, 29 avril 1970, Société Unipain, requête n°77935

- CE, 27 juillet 2001, Camif, requête n°218067

- CE, Ass, 5 mars 2003, UNSPIC et autres, requête n°233372

- CE, 9 juillet 2003, Fédération française des entreprises gestionnaires des services, aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres, requête n°239879

- CE, Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n°284736

## Chapitre III : Dispositions spécifiques à certains marchés de la défense

### Article 4

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 3

I. - Dans les cas où s'appliquent les dispositions des articles L.1111-1, L.1111-2, L.2141-1, L.2141-2 et L.2141-3 du code de la défense, un décret particulier remplace, si besoin est, pour les accords-cadres et marchés passés par les services de la défense, les dispositions du présent code.

II. - Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les marchés et autres contrats.

III. - Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité au sens de l'article 179 passés par l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial sont régis par les dispositions de la troisième partie du présent code.

## Conseil pratique

Appliquez la troisième partie du Code des marchés publics (art. 176 à 291) qui régit les modalités de passation et d'exécution des marchés publics de défense et de sécurité : celle-ci déroge aux règles générales de la première et deuxième partie du Code.

## Alerte

Ne considérez pas que vous êtes systématiquement dans le champ d'application des marchés de la défense ou de la sécurité. Des conditions doivent être respectées. Il faut que le marché porte sur : 1° la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, ou sous assemblages ; 2° la fourniture d'équipements destinés à la sécurité et nécessitant des supports ou informations protégés ou classifiés y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous assemblages ; 3° les travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux points a) et b) pour tout ou partie de son cycle de vie ;

4° les travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et nécessitant des supports ou informations protégés ou classifiés.

## Titre II : Dispositions générales

### Chapitre I<sup>er</sup> : Détermination des besoins à satisfaire

#### Article 5

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

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

#### Conseil pratique

Prévoyez dans tous les marchés publics des « objectifs de développement durable » car l'article 5 du Code l'impose: il s'agit soit d'éléments sociaux, soit d'éléments environnementaux. Seules exceptions que la jurisprudence pourrait un jour admettre éventuellement: le cas particulier des marchés de prestations intellectuelles où il est parfois difficile de prévoir de telles dispositions. Prévoyez des « critères » d'attribution à dimension développement durable plutôt que des « conditions d'exécution » (clauses de vos cahiers des charges) ayant des exigences en la matière, si en tant qu'acheteur, vous n'avez pas encore appliqué dans tel ou tel marché l'obligation de l'article 5 du CMP: les critères offrent une souplesse de proposition aux candidats, alors qu'une clause d'un cahier des charges devra quoi qu'il arrive, être respectée par n'importe quel candidat retenu (or elle peut s'avérer être d'un niveau trop exigeant et dissuasif pour les entreprises appréciant l'opportunité de soumissionner à vos marchés). La fixation de « critères » peut être un commencement pour l'acheteur, sachant que dans certains secteurs d'activités la prise en compte d'objectifs de développement durable constitue déjà une réalité très répandue. Optez pour un « accord-cadre » si vous n'arrivez pas à déterminer avec suffisamment de précisions la « nature et l'étendue » de votre marché. L'accord-cadre consistera en un référencement d'opérateurs économiques. Ce n'est qu'au stade des marchés subséquents que l'acheteur défini ses besoins avec plus de précisions. Et une relance des titulaires de l'accord-cadre sera facile à engager si l'acheteur a oublié des besoins lors de la conclusion du précédent marché subséquent. Optez pour un « marché à bons de commande » si vous arrivez à définir vos besoins avec suffisamment de précisions et que vous êtes confronté à un aléa sur la survenance du besoin ou l'étendue de celui-ci. L'acheteur passera une commande au fur et à mesure de ses besoins, par l'émission de bons de commande, avec chaque quantité nécessaire.

Prévoyez au sein de votre structure d'achat, une ou plusieurs délégations de signature des accords-cadres, marchés et avenants éventuels, au regard de l'identification du pouvoir adjudicateur: le ou les bénéficiaires de ces délégations seront les Représentants du Pouvoir Adjudicateur (RPA). Il ne faut plus utiliser l'expression Personne Responsable du Marché (PRM).

#### Alerte

Ne fractionnez pas le pouvoir adjudicateur en établissant plusieurs niveaux de détermination de vos besoins, afin d'échapper à une globalisation des montants financiers de vos achats pour les comparer avec les seuils concurrentiels du Code des marchés publics: un

fractionnement institutionnel ne saurait vous permettre d'échapper à l'application des notions de « familles homogènes » de fournitures et de services ou d'« opération » de travaux de l'article 27 du CMP.

### Chapitre II : Spécifications techniques

#### Article 6

*Modifié par Décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 - art. 50*

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

*1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation;*  
*2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales.*

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

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

*II. - Le pouvoir adjudicateur détermine les prestations qui font l'objet du marché ou de l'accord-cadre qu'il passe:*

*1° Soit en utilisant exclusivement l'une ou l'autre des catégories de spécifications techniques mentionnées aux 1° et 2° du I;*  
*2° Soit en les combinant.*

*Cette combinaison est opérée:*

*a) Soit en définissant des performances ou exigences fonctionnelles et en précisant la référence des normes ou autres documents équivalents mentionnés au 1° du I qui sont présumés permettre de réaliser ces performances ou de satisfaire à ces exigences;*

*b) Soit en recourant à des normes ou autres documents équivalents pour certains aspects du marché et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres.*

*III. - Les spécifications techniques mentionnées au I permettent l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Chaque fois que possible, elles sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou, pour tous les utilisateurs, des critères de fonctionnalité.*

*IV. - Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes: «ou équivalent».*

*V. - Lorsque le pouvoir adjudicateur utilise une spécification technique formulée selon les modalités prévues au 1° du I, il ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme à cette spécification si le candidat prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente cette spécification.*

*VI. - Lorsque le pouvoir adjudicateur définit des performances ou des exigences fonctionnelles selon les modalités prévues au 2° du I, il ne peut pas rejeter une offre si elle est conforme à des normes ou des documents équivalents qui eux-mêmes correspondent aux performances ou exigences fonctionnelles requises. Le candidat est tenu de prouver, par tout moyen approprié, que les normes ou documents équivalents que son offre comporte répondent aux performances ou exigences fonctionnelles exigées. Peut constituer un moyen approprié de preuve au sens du présent article un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu. Sont des organismes reconnus au sens*



du présent article: les laboratoires d'essai ou de calibrage ainsi que les organismes d'inspection et de certification conformes aux normes européennes applicables. Les pouvoirs adjudicateurs acceptent les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres États membres.

VII. - Lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles définies en application du 2° du I comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un écolabel pour autant:

1° Que cet écolabel soit approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché;

2° Que les mentions figurant dans l'écolabel aient été établies sur la base d'une information scientifique;

3° Que l'écolabel ait fait l'objet d'une procédure d'adoption à laquelle ont participé des représentants des organismes gouvernementaux, des consommateurs, des fabricants, des distributeurs et des organisations de protection de l'environnement;

4° Que l'écolabel soit accessible à toutes les parties intéressées.

Le pouvoir adjudicateur peut indiquer, dans les documents de la consultation, que les produits ou services ayant obtenu un écolabel sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques mais est tenu d'accepter tout moyen de preuve approprié.

VIII. - Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

## Conseil pratique

Faites des cahiers des charges de performances et non pas des cahiers des charges où vous avez tout défini, au point que le candidat n'a plus la moindre latitude de proposer une solution performante. Un marché public suppose des critères d'attribution reposant sur une appréciation d'une performance technique, environnementale, sociale, économique, ou autre. Vos cahiers des charges, comme le rappelle l'article 6 ci-dessus, doivent s'insérer dans cette logique de performance.

Utilisez les écolabels existants comme exigence de qualité environnementale dans vos cahiers des charges: NF environnement, la petite fleur verte européenne, Energy Star, AB, etc. Sont également utilisables les écolabels techniques indiquant des niveaux de consommations énergétiques (A, B, C...).

Hissez le niveau de qualité des prestations que vous souhaitez, en imposant le respect de normes de performances. Toutes les normes Afnor ne sont pas obligatoires. Certaines sont purement indicatives et peuvent ainsi permettre aux acheteurs de monter le niveau de qualité en les mentionnant expressément dans leurs cahiers des charges. Respectez les obligations en matière d'accessibilité des bâtiments aux personnes à mobilité réduite et pas seulement aux personnes handicapées. Le Code rappelle que cette accessibilité doit être prévue «chaque fois que possible».

## Alerte

Ne mentionnez pas de «marques» dans vos marchés, sauf s'il s'agit de décrire ce que vous avez déjà acheté et que la consultation porte sur une prestation complémentaire à ces achats (exemples: l'entretien d'une chaudière existante, les pièces détachées d'un véhicule de telle marque, etc.). Le Code considère en effet que la mention de marques, du type, ou brevets, doit être réalisée «à titre exceptionnel» et uniquement «dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle». En dans cette seule hypothèse prévue par le Code, il conviendra d'ajouter la mention «ou équivalent». Le caractère exceptionnel imposé par le Code suppose qu'il ne saurait s'agir de besoins récurrents, et donc, mentionnés dans un bordereau de prix unitaires

d'un marché à bons de commande. Une originalité du besoin doit également être démontrée à titre probatoire. À défaut, la mention de marques est considérée comme étant discriminatoire et violant les principes fondamentaux de la commande publique.

Vérifiez que les écolabels que vous pensez utiliser répondent aux quatre exigences du Code et qu'il ne s'agit pas d'écolabels établis par des associations, organisations non gouvernementales ou autres structures équivalentes ne disposant pas d'une participation effective des pouvoirs publics à la dévolution dudit écolabel. Constitue un écolabel en droit des marchés publics, un écolabel approprié, établi sur la base d'une information scientifique, ayant fait l'objet d'une procédure d'adoption à laquelle ont participé des représentants des pouvoirs publics, consommateurs, fabricants, distributeurs, organisations de défense de l'environnement, et il faut que cet écolabel soit accessible c'est-à-dire public (pouvant être obtenu par n'importe quelle structure répondant à certaines conditions et non pas réservé à un cercle restreint d'opérateurs économiques ne permettant pas à d'autres de l'obtenir). Utilisez prudemment la mention «HQE», car il s'agit d'une marque protégée. Développez avant tout la performance environnementale souhaitée, bien plus que l'expression HQE qui renvoie à une marque.

## Analyses

Différents types d'écolabels peuvent être imposés par l'acheteur, mais en ce cas, il faut ajouter la mention «ou équivalent»

- Voici quelques exemples d'écolabels:
  - Ecolabel générique européen: la «Fleur verte» européenne
  - Ecolabel générique Français: NF Environnement
  - Commerce équitable: Fair trade (Max Havelaar)
  - Produits contenant du recyclé: Boucle de mobius avec ou pas le pourcentage en recyclé
  - Energie: Energy star ou EU energy label
  - Produits électriques électroniques: TCO 01 ou TCO 99
  - Bois: FSC ou PEFC
  - Textile: Oeko-tex 100, Biore, Best and better
  - Produits issus de l'agriculture biologique: AB (en France), - Organic logo (au niveau européen)
  - Etc.

- Textes officiels:

Voir l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres.

## Chapitre III : Coordination, groupement de commandes et centrale d'achats

### Article 7

Modifié par Décret n°2008-206 du 29 février 2008 - art. 1

Au sein d'un pouvoir adjudicateur, les services qui disposent d'un budget propre peuvent coordonner la passation de leurs marchés ou accords-cadres, quel que soit leur montant, selon des modalités qu'ils déterminent librement. Les marchés ou accords-cadres ainsi passés obéissent aux règles fixées par le présent code.

Les services qui coordonnent la passation de leurs marchés ou accords-cadres peuvent décider que l'un d'entre eux sera chargé:

- de signer et de notifier le marché ou l'accord-cadre, chaque service, pour ce qui le concerne, s'assurant de sa bonne exécution, ou

- de signer le marché ou l'accord-cadre, de le notifier et de l'exécuter au nom de l'ensemble des services.

Les services qui coordonnent la passation de leurs marchés ou accords-cadres peuvent décider que la commission d'appel d'offres compétente pour les marchés ou les accords-cadres coordonnés est celle du service coordonnateur.

## Conseil pratique

Optimisez vos achats en prévoyant cette logique de service coordonnateur. Vous y gagnerez en temps de travail et pourrez engager des consultations sur des besoins similaires ou identiques, pour des volumes plus globalisés, permettant ainsi de dégager des économies. Interrogez-vous, par-delà la coordination au sein des services, sur l'opportunité d'engager des consultations communes avec d'autres collectivités ou structures d'achats également concernées par vos mêmes besoins.

## Alerte

Conservez le pouvoir d'attribution et de signature de vos marchés, si vous souhaitez continuer à choisir les titulaires de vos marchés. La constitution de structures d'achats en commun peut déboucher sur des transferts de compétences entre les différentes entités partenaires.

## Article 8

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 3

*I. - Des groupements de commandes peuvent être constitués :*

*1° Entre des services de l'État et les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ou entre de tels établissements publics seuls ;*

*2° Entre des collectivités territoriales, entre des établissements publics locaux ou entre des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ;*

*3° Entre des personnes publiques mentionnées aux 1° et 2° ci-dessus ;*

*4° Entre une ou plusieurs personnes publiques mentionnées aux 1° et 2° ci-dessus et une ou plusieurs personnes morales de droit privé, ou un ou plusieurs établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, groupements d'intérêt public, groupements de coopération sociale ou médico-sociale ou groupements de coopération sanitaire, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par le présent code.*

*II. - Une convention constitutive est signée par les membres du groupement. Elle définit les modalités de fonctionnement du groupement.*

*Elle désigne un coordonnateur parmi les membres du groupement, ayant la qualité de pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée.*

*Celui-ci est chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants.*

*Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés.*

*III. - Une commission d'appel d'offres du groupement est instaurée dès lors qu'une collectivité territoriale ou un établissement public local autres qu'un établissement public social ou médico-social participe au groupement.*

*Sont membres de cette commission d'appel d'offres :*

*1° Un représentant élu parmi les membres ayant voix délibérative de la commission d'appel d'offres de chaque membre du groupement qui dispose d'une commission d'appel d'offres ;*

*2° Un représentant pour chacun des autres membres du groupement désigné selon les modalités qui leur sont propres.*

*La commission d'appel d'offres est présidée par le représentant du coordonnateur. Pour chaque membre titulaire peut être prévu un suppléant.*

*IV. - Lorsqu'il est instauré une commission d'appel d'offres, son président peut désigner des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de la consultation. Celles-ci sont convoquées et peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres.*

*La commission d'appel d'offres peut également être assistée par des agents des membres du groupement, compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.*

*Pour les marchés et accords-cadres des groupements mentionnés aux 2°, 3° et, le cas échéant, 4° du I, le comptable du coordonnateur du groupement, si celui-ci est un comptable public, et un représentant du service en charge de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres, lorsqu'ils y sont invités. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.*

*V. - Pour les groupements dans lesquels les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social sont majoritaires, le titulaire est choisi par la commission d'appel d'offres en application des règles prévues par le présent code pour les collectivités territoriales.*

*Pour les groupements dans lesquels les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social ne sont pas majoritaires, le titulaire est choisi après avis de la commission d'appel d'offres, selon les modalités définies par la convention constitutive du groupement. Pour les groupements constitués entre des personnes ne disposant pas de commission d'appel d'offres, le titulaire est choisi selon les modalités définies par la convention constitutive du groupement.*

*Les marchés passés par un groupement au sein duquel les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux sont majoritaires obéissent aux règles prévues par le présent code pour les collectivités territoriales.*

*Dans les autres cas, les marchés obéissent aux règles prévues par le présent code pour les marchés de l'État.*

*VI. - Chaque membre du groupement, pour ce qui le concerne, signe le marché et s'assure de sa bonne exécution.*

*VII. - La convention constitutive du groupement peut aussi avoir prévu que le coordonnateur sera chargé :*

*1° Soit de signer et de notifier le marché ou l'accord-cadre, chaque membre du groupement, pour ce qui le concerne, s'assurant de sa bonne exécution ;*

*2° Soit de signer le marché ou l'accord-cadre, de le notifier et de l'exécuter au nom de l'ensemble des membres du groupement.*

*Dans ces deux cas, lorsqu'il est instauré une commission d'appel d'offres, la convention constitutive peut prévoir qu'il s'agit de celle du coordonnateur.*

*Lorsqu'une collectivité territoriale ou un établissement public local autres qu'un établissement public social ou médico-social participe au groupement et que le coordonnateur ne dispose pas d'une commission d'appel d'offres, il en constitue une pour les besoins du fonctionnement du groupement.*

## Conseil pratique

Optimisez vos achats en constituant des groupements de commandes. Intégrez dans votre groupement des structures privées qui ont une plus forte connaissance des actions de négociation avec les prestataires et fournisseurs, et qui bénéficient déjà dans bien des cas, de tarifications plus économiques que dans le secteur public. Dans certains domaines d'activités les entreprises pratiquent d'office des prix plus élevés lorsque vous êtes un acheteur public alors qu'il s'agit de la même prestation qu'elles réalisent pour le secteur privé.

## Alerte

Ne constituez pas un groupement de commandes sans établir une convention constitutive permettant de régler les partages de compétences entre chaque membre du groupement, ainsi que le volet financier ou budgétaire.

Réfléchissez bien avant de constituer un groupement aux coûts de fonctionnement. Un groupement peut supposer d'embaucher du personnel ou de dédier spécifiquement du personnel pour le fonctionnement de celui-ci.

Réfléchissez également aux enjeux de partages de pouvoirs : dans un groupement, vous pouvez perdre vos capacités décisionnaires

en termes de choix d'un cocontractant. Chaque marché sera passé au nom du groupement et non pas individuellement par chaque membre du groupement. La prise en compte des spécificités de vos achats n'est peut-être pas garantie. Ce sont autant d'aspects à bien vérifier et à acter dans la convention constitutive du groupement. Veillez à faire écrire dans la convention constitutive du groupement les modalités de dissolution de celui-ci et surtout les conditions pour quitter un groupement. En pratique, bien des conventions constitutives ne prévoient pas de clauses particulières pour quitter un groupement. Or le départ d'un membre peut entraîner des préjudices financiers pour les autres membres restants qui peuvent – par exemple – se retrouver à honorer un marché aux volumes estimés de commandes devenus trop importants.

## Article 9

*Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée qui:*

*1° Acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs;*

*ou*

*2° Passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.*

### Conseil pratique

Faites appel à une centrale d'achat pour optimiser vos commandes ou recourir à des achats sur catalogue.

### Alerte

Vérifiez la performance des tarifications pratiquées par des centrales d'achat existantes, avant de leur passer commandes. Une centrale d'achat prenant une part de rémunération, les prix payés par l'acheteur peuvent parfois s'avérer plus élevés que dans le cadre d'un marché lancé directement par vos soins. Il faut se livrer à une analyse cas par cas.

Contrôlez, concernant les délais de livraison, les engagements pris par la centrale d'achat que vous presentez pour une commande, car il arrive que certaines défaillances soient constatées.

## Chapitre IV : L'allotissement

### Article 10

*Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. À cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.*

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

*Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ou-*

*vrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt 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. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction.*

### Conseil pratique

Procédez à un allotissement le plus systématiquement possible, en fonction de la nature technique du besoin et/ou par zone géographique. Par-delà l'obligation du Code, il s'agit de permettre à des petites structures de pouvoir accéder à la commande publique, ou encore d'être opérationnel sur le terrain (cas des marchés de travaux d'entretien où le prestataire doit intervenir dans des délais très courts et se situer ainsi à proximité). Vous pouvez réaliser à cette fin, un tableau à double entrée (lots techniques et géographiques), en prenant soin de joindre à votre dossier de consultation une carte permettant d'identifier chaque zone géographique. Dispensez-vous de procéder à un allotissement, uniquement si vous êtes dans l'un des quatre cas suivants: si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes; si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence; si la dévolution en lots séparés risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations; si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (donc, ici, il faudra apporter la preuve que ces missions ont été confiées contractuellement à un prestataire extérieur).

Numérotez vos lots de manière cohérente au sein d'une même consultation, ce qui supposera un cumul des lots pour déterminer la procédure applicable (cf. art. 27 du CMP).

### Alerte

Ne considérez pas que l'exception à l'allotissement liée à l'existence d'économies en recourant à un marché global suppose simplement la démonstration de petites économies. Le pourcentage doit être significatif pour entrer dans cette dérogation. Il est probable que ce soit au moins de l'ordre de 20% d'économies, mais encore faudrait-il le démontrer de manière convaincante en cas de contentieux. Évitez dans la plupart des cas de mélanger différents corps de métier au sein d'un même lot (cf. la pratique des «macro-lots» qui peut s'avérer contraire à l'exigence d'allotissement du Code). Ne faites pas varier les offres financières reçues en fonction du nombre de lots attribués.

Ne limitez pas le nombre de lots susceptibles d'être remportés par un même candidat.

## Chapitre V : Documents constitutifs du marché

### Article 11

*Modifié par Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 - art. 2*

*Les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT sont passés sous forme écrite. Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives. L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par le pouvoir adjudicateur.*



## Conseil pratique

Passez systématiquement vos commandes par écrit. Votre comptable devrait bloquer le paiement d'un montant sans écrit préalable. L'article 35-II-1° relatif aux cas d'urgence prévoit même, dans l'hypothèse où l'établissement d'un contrat n'est pas possible, un échange de lettre (exemple: devis). Sous certaines conditions, le Code civil, pour les marchés privés, prévoit par contre une force juridique à des contrats verbaux.

Listez les pièces «constitutives» de votre marché en les hiérarchisant, et en identifiant celles auxquelles vous souhaitez conférer une valeur «contractuelle». Chaque pièce «constitutive» d'un marché dispose d'une force juridique, mais seules les pièces à valeur «contractuelle» auront vocation à guider l'exécution dudit marché. Inspirez-vous de la liste figurant dans les cahiers des charges types (CCAG), en la complétant ou en l'amendant.

## Alerte

Le cahier des charges types (CCAG) auquel votre marché va peut-être renvoyer, ne contient pas une liste exhaustive des pièces à valeur contractuelle. Il faut que vous rajoutiez certaines pièces dans ces listes des CCAG pour qu'elles acquièrent une valeur contractuelle. Exemples: quid des «plans»? quid des «planning» de chantier? quid des «chartes» internes à l'acheteur? etc. Si vous ne les mentionnez pas expressément, ces pièces n'auront pas valeur contractuelle par le simple artifice du renvoi à un CCAG. Le rédacteur du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) dispose du choix de les rendre à valeur contractuelle ou pas. Dans un marché à bons de commande, le Bordereau de Prix Unitaires (BPU) a forcément valeur contractuelle. Par contre, dans un marché à forfait, seul le montant global forfaitaire a vocation à disposer d'une valeur contractuelle et non pas la Décomposition du Prix Global et Forfaitaire (DPGF).

Ne conférez pas une valeur contractuelle à un Détail des Quantités Estimatives (DQE), qui est un document prévu dans le cadre d'un marché à prix unitaires et qui sert à la comparaison des offres entre elles. Les estimations sont purement estimatives et non pas contractuelles. Seuls les prix unitaires ont valeur contractuelle.

## Article 12

*I. - Les pièces constitutives des marchés passés selon une procédure formalisée comportent obligatoirement les mentions suivantes:*

- 1° L'identification des parties contractantes;
- 2° La justification de la qualité de la personne signataire au nom de l'État et, le cas échéant, la délibération autorisant la signature du marché;
- 3° La définition de l'objet du marché;
- 4° La référence aux articles et alinéas du présent code en application desquels le marché est passé;
- 5° L'énumération des pièces du marché; ces pièces sont présentées dans un ordre de priorité défini par les parties contractantes. Sauf cas d'erreur manifeste, cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces;
- 6° Le prix ou les modalités de sa détermination;
- 7° La durée d'exécution du marché ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement;
- 8° Les conditions de réception, de livraison ou d'admission des prestations;
- 9° Les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus dans le marché, les délais de paiement;
- 10° Les conditions de résiliation, notamment celles prévues à l'article 47;
- 11° La date de notification du marché;
- 12° La désignation du comptable assignataire;
- 13° Les éléments propres aux marchés à tranches conditionnelles.

*II. - Pour les marchés de conception-réalisation définis à l'article 37, sont en outre des pièces constitutives du marché:*

1° Le programme de l'opération, au sens de l'article 2 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée;

2° Les études de conception présentées par l'opérateur économique retenu.

*III. - Les pièces constitutives des accords-cadres comportent obligatoirement les mentions énumérées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 10° et 11° du I du présent article.*

*Les pièces constitutives des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre comportent obligatoirement les mentions énumérées aux 6°, 8°, 9°, 12° et 13° du I du présent article, si ces mentions n'ont pas déjà été indiquées dans celles de l'accord-cadre.*

*IV. - Si les pièces constitutives ne sont pas rédigées en langue française, le pouvoir adjudicateur peut exiger que ces documents soient accompagnés d'une traduction en français certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté.*

## Conseil pratique

Utilisez les documents types téléchargeables sur le site Internet du Ministère de l'économie, dans la série des «DC» (déclaration du candidat).

Considérez la liste établie par cet article comme étant les caractéristiques de base à prévoir pour le lancement d'une consultation. Elles vous serviront pour l'établissement des pièces du marché, mais également pour la rédaction de votre avis d'appel public à la concurrence.

Définissez l'objet du marché en «nature» et en «volume» et en «tenant compte d'objectifs de développement durable» comme l'exige l'article 5 du CMP.

Soyez précis concernant le type de «prix» que vous souhaitez: un marché à «forfait» ou à «prix unitaires» ou pour une partie des prestations la première formule, et pour une autre partie l'autre formule (veillez à bien identifier les deux catégories de prestations concernées).

## Alerte

Ne prévoyez pas une durée supérieure à quatre ans (sauf cas exceptionnels liés par exemple à des amortissements), s'il s'agit d'un marché à bons de commande ou d'un accord-cadre.

Prévoyez des clauses de variation de vos prix, dans le respect de l'article 18 du CMP, y compris son alinéa V, qui impose dans certains cas une clause de révision des marchés publics.

Définissez le cas échéant des tranches (tranche ferme et tranches conditionnelles) si vous n'êtes pas certains d'une commande pour l'ensemble de celles-ci. Mais, chaque tranche doit constituer un ensemble cohérent: l'absence d'affermissement d'une tranche conditionnelle ne doit pas hypothéquer la viabilité du reste des prestations déjà réalisées.

## Article 13

*Les cahiers des charges des marchés passés selon une procédure formalisée déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés.*

*Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.*

*Les documents généraux sont:*

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

*Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.*

*La référence à ces documents n'est pas obligatoire.*

Les documents particuliers sont :

1° Les cahiers des clauses administratives particulières, qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché;

2° Les cahiers des clauses techniques particulières, qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché.

Si le pouvoir adjudicateur décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.

## Conseil pratique

Renvoyez aux CCAG tout particulièrement quand vous êtes dans le cadre d'une procédure adaptée de faible montant, car à défaut, il est possible que votre marché ne dispose d'aucune clause concernant des aléas d'exécution (pénalités, respect d'obligations environnementales, modalités de paiement, de résiliation, etc.). L'article 13 du CMP ne vise que les « procédures formalisées » mais il est vivement conseillé de procéder ainsi pour tous les marchés, surtout lorsque le contenu du contrat (ou devis) est extrêmement allégé. Inspirez-vous des contenus des CCTG qui existent et qui peuvent concerner l'objet de votre marché.

N'insérez pas dans votre dossier de consultation, le texte des CCAG ou CCTG, car ces documents sont publics. Il convient par contre d'être relativement précis quant à la dénomination du document et à sa date d'adoption officielle.

Prenez le sommaire de ces documents types pour lister les articles auxquels vous souhaitez déroger.

## Alerte

Utilisez les nouveaux CCAG adoptés en 2009 et vérifiez que les modèles de documents de marchés que vous utilisez ne contiennent pas à renvoyer aux CCAG des années 70, qui sont en très grandes parties désuets.

Prévoyez des clauses de propriétés intellectuelles chaque fois où une telle problématique risque de se poser en cours d'exécution. Ce n'est pas parce que vous ne renvoyez pas au CCAG « prestations intellectuelles » qu'il n'est pas opportun d'en prévoir afin d'éviter les litiges ultérieurement.

Complétez les CCAG par un CCAP et CCTG par un CCTP, car sinon, certaines clauses sont inapplicables. Par exemple, une clause peut prévoir une alternative qui est laissée au libre choix de l'acheteur, ou encore, une clause peut renvoyer expressément à des dispositions particulières qui sont supposées exister dans le contrat (à défaut, la clause se heurte à un vide juridique).

## Analyses

### Les CCAG utilisables

- CCAG - Marchés de fournitures courantes et services: approuvé par l'arrêté du 19 janvier 2009 ayant abrogé le décret n°77-699 du 27 mai 1977
- CCAG - Marchés publics de prestations intellectuelles: approuvé par l'arrêté du 16 septembre 2009 ayant abrogé le décret n°78-1306 du 26 décembre 1978
- CCAG - Marchés publics de travaux: approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009 et son rectificatif, ayant abrogé le décret n°76-87 du 21 janvier 1976
- CCAG - Marchés publics industriels: approuvé par l'arrêté du 16 septembre 2009 ayant abrogé le décret n°80-809 du 14 octobre 1980

- CCAG - Marchés publics de techniques de l'information et de la communication: approuvé par l'arrêté du 16 septembre 2009

### Les CCTG utilisables

- CCTG « Terrassements généraux » - Fascicule 2
- CCTG « Fourniture d'acier et autres métaux, armatures à haute résistance pour les constructions en béton précontraint par pré ou post-tension » - Fascicule 4
- CCTG « Fournitures de granulats employés à la construction et à l'entretien des chaussées » - Fascicule 23
- CCTG « Fourniture de liants bitumineux pour la construction et l'entretien des chaussées » - Fascicule 24
- CCTG « Exécution des corps de chaussées » - Fascicule 25
- CCTG « Exécution des enduits superficiels d'usure » - Fascicule 26
- CCTG « Fabrication et mise en œuvre des enrobés hydrocarbonés » - Fascicule 27
- CCTG « Exécution des chaussées en béton » - Fascicule 28
- CCTG « Exécution des revêtements de voiries et espaces publics en produits modulaires » - Fascicule 29
- CCTG « Bordures et caniveaux en pierre naturelle ou en béton et dispositif de retenue en béton » - Fascicule 31
- CCTG « Construction de trottoirs » - Fascicule 32
- CCTG « Travaux forestiers de boisement » - Fascicule 34
- CCTG « Aménagements paysagers, aires de sports et de loisirs en plein air » - Fascicule 35
- CCTG « Réseau d'éclairage public, conception et réalisation » - Fascicule 36
- CCTG « Travaux d'assainissement et de drainage de terres agricoles » - Fascicule 39
- CCTG « Protection des ouvrages métalliques contre la corrosion » - Fascicule 56
- CCTG « Règles techniques de conception et de calcul des fondations d'ouvrages de génie civil » - Fascicule 62
- CCTG « Travaux de maçonnerie d'ouvrages de génie civil » - Fascicule 64
- CCTG « Exécution des ouvrages de génie civil en béton armé ou précontraint » - Fascicule 65
- CCTG « Exécution des ouvrages de génie civil à ossature en acier » - Fascicule 66
- CCTG « Étanchéité des ponts routes, support en béton de ciment » - Fascicule 67, Titre I
- CCTG « Étanchéité des ouvrages souterrains » - Fascicule 67, Titre III
- CCTG « Exécution des travaux de fondation des ouvrages de génie civil » - Fascicule 68
- CCTG « Travaux en souterrain » - Fascicule 69
- CCTG « Ouvrages d'assainissement (Titre I - Réseaux; Titre II - Ouvrages de recueil, de restitution et de stockage des eaux pluviales) » - Fascicule 70
- CCTG « Fourniture et pose de conduites d'adduction et de distribution d'eau » - Fascicule 71
- CCTG « Équipement d'hydraulique, mécanique et électrique des stations de pompage d'eaux » - Fascicule 73
- CCTG « Construction des réservoirs en béton » - Fascicule 74
- CCTG « Conception et exécution des installations de traitement des eaux destinées à la consommation humaine » - Fascicule 75
- CCTG « Travaux de forage pour la recherche et l'exploitation d'eau potable » - Fascicule 76
- CCTG « Canalisations et ouvrages de transport et de distribution de chaleur ou de froid » - Fascicule 78
- CCTG « Construction d'installation de pompage pour le relèvement ou le refoulement des eaux usées domestiques, d'effluents industriels ou d'eaux de ruissellement ou de surface » - Fascicule 81

- CCTG « Conception et exécution d'installations d'épuration d'eaux usées » - Fascicule 81, Titre II
- CCTG « Construction d'installations d'incinération avec fours à grille, oscillants ou tournants de déchets ménagers, autres déchets non dangereux et DASRI » - Fascicule 82
- CCTG « Construction d'installation de broyage des déchets ménagers » - Fascicule 85

Il existe également un CCTG « Travaux de Génie Civil », adopté par l'arrêté du 30 mai 2012 du Ministre chargé de l'économie et du Ministre chargé du développement durable, publié le 8 juin 2012 au JORF, ayant abrogé et remplacé le décret n°93-1164 du 11 octobre 1993 ainsi que les arrêtés modifiant le CCTG Travaux intervenus postérieurement.

### L'acheteur peut également s'inspirer des guides établis par les groupes d'études des marchés

GEM Équipement de bureau, enseignement et formation:

- Guide de l'achat public de jeux et jouets (date de publication: juillet 2011)
- Produits papetiers, articles de papeterie et imprimés (date de publication: février 2008)
- Couchettes pour enfants de moins de six ans (date de publication: février 2008)
- Guide de l'acheteur public pour les marchés publics d'équipements des systèmes audiovisuels et de vidéocommunication (date de publication: mai 2007)
- Guide de l'acheteur public en matière d'impression et de reproduction de documents - Édition 2005
- Recommandation relative aux étagères et rayonnages
- Recommandation relative au mobilier de bureau
- Recommandation relative aux ameublements de sécurité
- Guide pour l'équipement des cuisines de restauration collective
- Guide pour l'acheteur public en matière d'équipement multimédia
- Guide de l'acheteur public en matière de ressources numériques
- Guide de l'acheteur public en matière de matériels et équipements pour la pratique des activités physiques et sportives des adolescents et des jeunes - Collèges et lycées
- 5718 - Équipements de sport et de loisirs pour les enfants de 3 à 12 ans - Recommandation et cahiers des charges fonctionnels
- 5731 - Guide de l'acheteur de jeux et jouets
- 5730 - Guide de l'acheteur public de produits graphiques en relief à usage des personnes déficientes visuelles
- 5720 - Guide de l'acheteur public de produits papetiers et d'imprimés
- 5727 - Guide de l'acheteur public pour les marchés publics d'équipements de systèmes audiovisuels et de vidéocommunication
- 5726 - Guide pour l'aménagement et l'entretien des espaces verts
- 5722 - Recommandation pour l'établissement d'une charte graphique et d'un logotype

GEM Aménagements et équipements durables dans le bâtiment (fusion GEM Ascenseurs et GEM Chauffage et climatisation):

- Guide de l'achat public - Accessibilité des personnes handicapées - Rôle du maître d'ouvrage et réalisation d'un diagnostic - GEM Asc (date de publication: juillet 2009)
- Ascenseurs et escaliers mécaniques (date de publication: février 2008)

GEM - Chauffage et climatisation:

- Guide de rédaction des clauses techniques des marchés publics d'exploitation de chauffage avec ou sans gros entretien des matériels et avec obligation de résultat (date de publication: mai 2007)

GEM - Chimie, parachimie:

- 5719 - Guide du nettoyage des locaux
- 5729 - Guide sur l'évaluation du comportement au feu des sièges rembourrés et objets assimilables destinés aux collectivités du secteur public

- 5724 - Lubrifiants et produits connexes pour véhicules terrestres à moteur
- 5728 - Guide sur la définition des exigences de comportement au feu et des modes de preuves à établir pour les sièges rembourrés destinés aux collectivités du secteur public
- Guide relatif à la sécurité vis-à-vis de l'allumabilité de matelas et d'articles de literie destinés aux établissements de soins et aux foyers de personnes âgées
- Guide relatif à la sécurité vis-à-vis de l'allumabilité de matelas et d'articles de literie destinés aux établissements à hauts risques prisons, services psychiatriques des hôpitaux

GEM - Développement Durable, Environnement:

- Guide relatif à la prise en compte du coût global dans les marchés publics de maîtrise d'œuvre et de travaux - Atelier Impact économique de l'achat public durable (date de publication: mai 2010)
- Guide de l'achat public durable - Achats de produits, matériel et prestations de nettoyage - GEM DD (date de publication: juillet 2009)
- Guide de l'achat public durable - Achat de vêtements - GEM DD (date de publication: juillet 2009)
- Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables - GEM DD (date de publication: juillet 2009)
- Qualité environnementale dans la construction et la réhabilitation des bâtiments publics (date de publication: février 2008)
- Guide de l'achat public éco-responsable - Le bois, matériau de construction (date de publication: mai 2007)
- Guide de l'achat public éco-responsable - L'efficacité énergétique dans les marchés d'exploitation de chauffage et de climatisation pour le parc immobilier existant
- Guide de l'achat public éco-responsable - Achat de papier à copier et de papier graphique
- Guide de l'achat public éco-responsable - Achat de produits
- Notice d'information sur les outils permettant de promouvoir la gestion durable des forêts dans les marchés publics de bois et produits dérivés

GEM - Habillement et textile:

- Guide de la location-entretien des articles textiles (date de publication: juillet 2011)
- Spécification technique n° A23-2010 du 18 mai 2010 du Groupe d'étude des marchés d'habillement et de textile (GEMHT), applicable au blanchissage et au nettoyage professionnels des articles textiles (date de publication: mai 2010)
- Spécification technique n° A17-2003 applicable aux étoffes à base de coton, fibres libériennes et fibres chimiques - GEM HT (mise à jour novembre 2009)
- Spécification technique n° A18-2003 applicable aux étoffes à base de laine - GEM HT (mise à jour novembre 2009)
- Guide n° A22-2009 relatif aux effets confectionnés imper-respirant - GEM HT (date de publication: juillet 2009)
- Guide n° A21-2009 relatif aux contrôles qualitatifs des effets confectionnés - GEM HT (date de publication: juillet 2009)
- 5507 - Spécification technique n° A19-2003 applicable aux supports textiles revêtus
- 5503 - Spécification technique générale n° A16-2003 applicable aux marchés publics d'étoffes
- Spécification technique générale relative aux fils à coudre
- 5508 - Recommandation A9-89 relative aux fermetures auto-agrippantes
- 5508 bis - Spécification technique A20-2003 du 28 janvier 2003 applicable aux sangles et rubans textiles
- Spécifications techniques relatives aux cuirs finis - Guide relatif aux achats publics d'articles confectionnés à base de cuirs finis
- 5510 - Articles confectionnés/Spécifications techniques - Répertoire de terminologie - Colorimétrie textile



- 5504 - Spécification technique - Articles confectionnés à base de tricot
- 5511 - Spécification technique - Entoilages thermo-adhérents
- 2025 - CCTG n° B1-96 - Articles confectionnés
- GEM - Informatique et communications électroniques:
  - Guide pour les acheteurs publics de services de communications électroniques (date de publication: mai 2010)
  - Instruction sur l'établissement des spécifications techniques pour la fourniture de matériels informatiques
  - Document d'information des acheteurs publics sur l'acquisition et la mise en œuvre d'un Progiciel de gestion Intégrée (PGI)
  - Guide sur l'assistance à la maîtrise d'ouvrage en informatique
- GEM - Mécanique et électricité
  - 5721 - Protection et sécurité des personnes et des biens contre la malveillance
- GEM - Ouvrages, Travaux et Maîtrise d'œuvre:
  - Fascicule 75 du Cahier des clauses techniques générales des marchés publics de travaux - Conception et exécution des installations de traitement des eaux destinées à la consommation humaine (Date de publication: janvier 2011)
  - Recommandation sur la référence aux Eurocodes dans les marchés publics relatifs aux ouvrages de construction - GEM OTM (date de publication: juillet 2009)
  - Fascicule 82 du Cahier des clauses techniques générales des marchés publics de travaux - Construction d'installations d'incinération avec fours à grille, oscillants ou tournants de déchets ménagers, autres déchets non dangereux et DASRI
  - Fascicule 65 du Cahier des clauses techniques générales des marchés publics de travaux - Exécution des ouvrages en béton armé ou précontraint
  - Fascicule 29 du Cahier des clauses techniques générales des marchés publics de travaux - Exécution des revêtements de voiries et espaces publics en produits modulaires
  - Fascicule 23 du Cahier des clauses techniques générales des marchés publics de travaux - Fournitures de granulats employés à la construction et à l'entretien des chaussées (date de publication: décembre 2007)
  - Recommandation n° T1-2000 relative aux maîtres d'ouvrage public pour l'application du fascicule 81 titre II (Conception et exécution des installations d'épuration d'eaux usées) du CCTG applicable aux marchés publics de travaux
  - Recommandation n° T1-99 relative à l'utilisation des normes et des certifications dans les spécifications et à l'appréciation des équivalences
  - Recommandation n° T2-99 relative à la maîtrise de la qualité pour la programmation et la conception d'une opération de bâtiment - Neuf ou réhabilitation
  - Recommandation n° T1-96 relative aux études pour la construction ou la réparation des ouvrages de stockage et de transport de l'eau
  - Recommandation n° T1-95 relative à l'utilisation de l'eurocode 2, de l'eurocode 3, de l'eurocode 4 et de l'eurocode 5 dans les ouvrages publics de bâtiment
  - Cahier des clauses administratives particulières simplifié (CCAP-S) applicable au bâtiment
- GEM - Produits de santé
  - Guide des achats durables de produits de santé (date de publication: juillet 2011)
  - Produits de santé en établissement hospitalier (date de publication: février 2008)
  - Laveurs désinfecteurs pour endoscopes/Achats-Maintenance-Fourniture des consommables associés/Guide et documents types
  - Guide d'approvisionnement des médicaments, des dispositifs médicaux stériles et autres produits du domaine pharmaceutique
  - Guide d'achat en matière de réseau de gaz à usage médical
  - Maintenance et contrôle qualité des dispositifs médicaux
- Dématérialisation des procédures d'achat de fournitures des établissements publics de santé
- Guide relatif à la maintenance et au contrôle qualité des dispositifs médicaux et équipements techniques hospitaliers
- Cahier des clauses particulières relatif à la maintenance et au contrôle qualité des dispositifs médicaux et équipements techniques hospitaliers
- 5706- Chariots ou guéridons mobiles de soins - Spécification technique
- 5725 - Guide B1-99 pour l'achat de dispositifs médicaux de diagnostic in vitro
- 5667 - Lève-malade mobile
- 5668 - Stérilisateurs à la vapeur d'eau pour les charges à protection perméable/Achat-Maintenance, guide et documents types
- GEM - Restauration collective et nutrition
  - Recommandation Nutrition (date de publication: juillet 2011)
  - Spécification technique n° B3-07-09 applicable aux laits et aux produits laitiers - GEM RGN (date de publication: juillet 2009)
  - Spécification technique - Préparations de viandes, produits à base de viandes de volailles ou de lapins - Foies gras de volaille (date de publication: février 2008)
  - Spécification technique n° B1-18-07 du 4 mai 2007 applicable aux viandes et aux abats de volailles, de lapins ou de cailles, en carcasses ou pièces (date de publication: mai 2007)
  - Spécification technique n° E6-07 du 4 mai 2007 applicable aux matières grasses tartinables beurres, margarines, etc., aux matières grasses laitières ayant un taux de matière grasse égal ou supérieur à 90%, et aux préparations liquides à base de matières grasses (date de publication: mai 2007)
  - Spécification technique n° B1-17-05 du 8 décembre 2005 applicable aux abats de boucherie
  - Spécification technique n° ES-05 du 8 décembre 2005 applicable aux graisses végétales et/ou animales alimentaires
  - Guide n° F9-02 du 28 janvier 2003 pour l'achat public de fruits, légumes et pommes de terre à l'état frais
  - Spécification technique applicable aux viandes hachées et aux préparations de viandes hachées d'animaux de boucherie
  - Guide des contrats publics de restauration collective
  - Guide pour l'étude, la programmation, la conception, la réalisation et l'équipement des locaux de restauration collective
  - Spécification technique C10-01 relative aux produits enrobés à base de poisson, congelés ou surgelés
  - Spécification technique C9-01 relative au poisson congelé ou surgelé
  - Guide de présentation des charcuteries n° B2-17-99
  - Spécifications techniques n° B2-18-99 relatives aux charcuteries
  - Spécification technique n° B1-13-03 du 9 décembre 2003 applicable aux viandes de gros bovins en muscles ou pièces
  - Spécification technique n° B1-14-05 du 31 mars 2005 applicable aux viandes de veau en muscles ou pièces
  - Spécification technique n° B1-15-05 du 31 mars 2005 applicable aux viandes d'ovins en muscles ou pièces
  - Spécification technique n° B1-16-05 du 31 mars 2005 applicable aux viandes de porcins en muscles ou pièces
  - 5541-6 - Boissons
  - 5541-5 - Fruits et légumes (frais et conserves)
  - 5541-4 - Produits de la mer et d'eau douce
  - 5541-1 - Produits des industries céréalières, produits sucrés et d'épicerie, corps gras
  - Spécification technique n° E4-05 du 31 mars 2005 relative aux huiles végétales alimentaires
- GCCQ - Groupe de coordination pour la construction de la qualité
  - 5709 - Guide de l'acheteur public en matière de qualité

## Chapitre VI : Clauses sociales et environnementales

### Article 14

*Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.*

*Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.*

#### Conseil pratique

Prévoyez des clauses de performance sociale et/ou environnementale pour les marchés où un potentiel existe. Étant donné la force juridique d'une clause d'un contrat, c'est-à-dire d'une condition d'exécution d'un marché public, il est nécessaire de vérifier avant de l'imposer, son caractère applicable. Exemple: prévoir une clause d'insertion dans un secteur où il y a une pénurie de main-d'œuvre peut s'avérer être une aberration.

Passez des partenariats avec les acteurs sociaux implantés localement avant d'insérer des clauses sociales dans vos marchés, car les opérateurs économiques peuvent en toute bonne foi se retrouver dans l'impossibilité de respecter une telle clause (absence de personnes en difficultés, absence de volontaires, pénurie sur le terrain, etc.).

Imposez quant au volet environnemental, chaque fois que c'est possible, le respect d'écolabels comme condition d'exécution de votre marché (cf. sous l'article 6 du CMP).

#### Alerte

Ne prévoyez pas une clause trop exigeante, qui pourrait être considérée par un juge comme étant discriminatoire à l'égard des petites structures potentiellement intéressées par votre marché.

Ne tuez pas le tissu économique local en poussant à l'extrême vos achats à portée sociale: si vous ne prévoyez que des chantiers d'insertion sur le territoire de votre structure, ou si vous confiez la totalité de vos besoins en entretien d'espaces verts à des associations d'insertion, vous risquez d'organiser une rareté de l'offre publique dans ce domaine et de fragiliser les entreprises classiques. Livrez-vous à un subtil dosage pour garantir une réelle efficacité de votre dispositif.

## Chapitre VII : Marchés réservés

### Article 15

*Modifié par Décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 - art. 52*

*Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L.5213-13, L.5213-18, L.5213-19 et L.5213-22 du code du travail et L.344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.*

*L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition.*

#### Conseil pratique

Utilisez la logique des marchés «réservés» dans les secteurs où l'attente sociale est très importante localement. Il s'agit de la formule la plus radicale prévue par le Code des marchés publics: les autres entreprises n'entrant pas dans la définition de l'article 15 sont d'office exclues de la consultation de ces marchés.

#### Alerte

Ne confiez pas à des «entreprises adaptées» (structures œuvrant dans le domaine social) des marchés où les risques d'accident du travail sont très importants. Par exemple: l'entretien des espaces verts pourrait faire l'objet d'un marché réservé, mais c'est déconseillé pour la partie élagage qui pourrait demeurer dans le secteur économique classique. C'est à apprécier cas par cas. Ne considérez pas que les associations agissant dans le domaine social et qui vous démarchent peuvent faire l'objet d'une commande directe. Bien souvent, elles interviennent dans le champ concurrentiel et doivent soumissionner à un marché, fut-il ici, dans le cadre des marchés réservés, en concurrence avec d'autres associations ou acteurs sociaux.

## Chapitre VIII : Durée du marché

### Article 16

*Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 5*

*Sous réserve des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres et les marchés à bons de commande, les marchés complémentaires passés en procédure négociée ainsi que les marchés relatifs à des opérations de communication, la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.*

*Un marché 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, périodes de reconduction comprises. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.*

#### Conseil pratique

Prévoyez désormais, depuis la réforme de 2011, une «tacite» reconduction de vos marchés, selon des périodes prédéfinies, sans nécessairement documenter expressément la reconduction, et sans dépasser une durée maximale. En cas de silence du contrat, le caractère «tacite» de la reconduction est présumé.

Interprétez «la nécessité d'une remise en concurrence périodique» comme voulant en principe signifier qu'un marché public ne suppose pas une durée très longue (comme c'est le cas pour les délégations de service public). Généralement, la remise en concurrence intervient tous les quatre ou cinq ans.

Déterminez la procédure applicable à vos marchés, en cumulant toutes les reconductions potentielles: il faut comparer avec les seuils de publicité, le maximum potentiellement exécutable au titre du marché, donc reconductions incluses.

#### Alerte

Ne prévoyez pas une reconduction tacite sans une durée totale et maximale de votre marché. Un marché ne saurait être reconductible éternellement. Tout marché doit comporter une durée.

Distinguez bien la « durée » d'un marché (qui correspond à la durée totale de vie de celui-ci) et le « délai » d'exécution d'un marché (qui correspond au temps d'exécution accordé par rapport à une prestation précise). Par exemple : un marché à bons de commande peut avoir une durée de quatre ans, et un délai d'exécution de quinze jours (c'est-à-dire que le prestataire disposera de quinze jours à compter de la réception d'un bon de commande pour satisfaire à la demande).

Anticipez les renouvellements de marchés par le lancement de nouvelles consultations suffisamment à l'avance : une commande ne peut déboucher sur une exécution dépassant la durée de vie du marché au titre duquel elle est engagée. C'est (par exemple) ce que rappelle l'article 77 du CMP concernant les marchés à bons de commande, où il arrive parfois (illégalement) qu'un bon de commande est envoyé en décembre avec un délai d'exécution dépassant l'échéance de la durée de vie du marché fixée au 31 décembre. Cela revient à faire exécuter des prestations sans contrat, à partir du 1<sup>er</sup> janvier, avec des risques de responsabilités importantes en cas d'accidents du travail et une absence de garantie sur les prestations exécutées sans contrat.

## Chapitre IX : Prix du marché

### Article 17

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

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

### Conseil pratique

Optez pour un marché à prix « unitaires » si vous avez un aléa sur les quantités ou sur la survenance du besoin (moment où vous allez commander).

Élaborez un Bordereau de Prix Unitaires (BPU) à valeur contractuelle si vous avez recours à la formule des marchés à prix « unitaires ». Et établissez un Détail des Quantités Estimatives (DQE) afin de permettre de comparer les offres entre elles. Ce document n'aura pas valeur contractuelle, mais il est indispensable pour comparer différentes listes de prix unitaires. Il consiste à reprendre quelques lignes du BPU (ou la totalité) et à rajouter au regard de chaque ligne, des quantités « estimatives ». Une fois complété par le candidat par l'insertion de prix unitaires, il suffira de multiplier ces prix unitaires par les quantités et de dresser le total, ainsi vous aurez un montant à comparer entre chaque offre reçue.

Optez pour un marché à « forfait » si vous êtes capable de définir, en totalité, avec suffisamment de précision, votre besoin, et qu'aucun aléa de quantité ou de survenance du besoin n'entre en jeu. Le forfait peut porter sur une partie des prestations et le reste relever de prix unitaires établis au regard d'une liste de commandes potentielles. Il peut également être fractionné à travers l'établissement de tranches ou phases.

Prévoyez une « prime » ou autre clause incitative dans vos marchés pour lesquels vous souhaitez que les opérateurs économiques atteignent des performances particulièrement importantes. Cela peut être simplement en termes de délais d'exécution (par exemple, pour une inauguration devant intervenir avant des élections, pour inciter à une qualité optimale de prestations, etc.).

### Alerte

Évitez les prix fermes et définitifs, avec des marchés ne contenant pas de clauses de variation de prix, s'agissant de contrats dont la durée est particulièrement longue. De plus, l'article 18 du CMP prévoit des cas d'obligations de clauses de variation de prix, même pour des contrats aux durées très courtes.

Évitez de rendre « contractuelle » une Décomposition du Prix Global et Forfaitaire (DPGF), car en ce cas, le titulaire pourrait réclamer systématiquement des corrections des quantités établies dans celui-ci au regard des quantités réellement exécutées. Or, comme le rappelle l'article 17 du CMP, un marché est à prix forfaitaire, « quelles que soient les quantités livrées ou exécutées ». Exceptionnellement, des défauts de conception ou autres circonstances peuvent cependant déboucher sur un droit du titulaire à des corrections de son forfait.

### Article 18

*Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 6*

*I. - Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché est conclu à prix définitif.*

*II. - Un prix définitif peut être ferme ou révisable.*

*III. - Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Toutefois, il est actualisable dans les conditions définies ci-dessous.*

*Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.*

*Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment :*

*1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ;*

*2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.*

*Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, il peut prévoir que son prix pourra être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus.*

*Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.*

*Dans les marchés à tranches conditionnelles régis par l'article 72, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées par les troisième à sixième alinéas du présent III. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche.*

*Pour l'application de ces dispositions, sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché.*

*IV. - Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous.*

*Lorsque le prix est révisable, le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :*

*1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;*

*2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;*

*3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.*

*V. - Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix in-*



cluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément au IV du présent article.

### Conseil pratique

Prévoyez une périodicité de révision, cas par cas, dans vos marchés. Les indices étant parfois « provisoires » et devenant « définitifs » généralement tous les trois mois, il peut s'avérer opportun de prévoir une périodicité de trois ou quatre mois, ou de fixer le mois MO à trois ou quatre mois avant la date de référence retenue pour ce dernier.

Définissez ce que vous entendez par le mois MO. La plupart du temps, les praticiens optent pour la date limite de réception des plis, qui est la même pour tous les candidats.

Prévoyez plutôt une clause de révision qu'une clause d'actualisation. C'est plus honnête vis-à-vis des entreprises dont les marchés ont une durée significative.

Optez systématiquement pour une clause de révision, par-delà les termes de l'article 18, quand vos marchés dépassent une année. Prévoyez une révision une fois par an, si vous êtes dans un marché de fournitures classiques où les prix des matières premières n'évaluent pas énormément durant une année.

### Alerte

Ne prévoyez pas dans un même contrat, à la fois une clause d'actualisation et une clause de révision, sauf si celui-ci est découpé en deux parties bien distinctes. Il est interdit en principe de prévoir les deux clauses dans un même contrat, car la formule de révision inclut en réalité l'étape d'actualisation des prix.

N'utilisez pas l'expression, dernier indice « connu ». Soyez plus précis : mentionnez la source exacte de connaissance de l'indice en question (site Internet de l'Insee, parution au BOCCRF, publication en version papier dans telle ou telle revue, ou mise en ligne sur tel ou tel site Internet). À défaut, des litiges peuvent naître sur la dernière valeur de l'indice qu'il convenait de prendre en compte.

N'utilisez pas l'expression, « date d'établissement du prix », pour définir le mois MO. Elle est utilisée dans les CCAG, mais elle est peu claire et pratique : elle suppose qu'il s'agit de la date de signature de l'acte d'engagement de chaque titulaire de chaque lot, et donc, elle suppose de ressortir cas par cas chaque acte d'engagement afin de l'identifier pour chaque contrat. Il est souhaitable de renvoyer à la « date limite de réception des plis » qui est identique pour tous les titulaires des marchés d'une même opération découpée en lots.

Ne vous contentez pas de renvoyer au CCAG applicable concernant ce volet « clauses de variation de prix », car soit il ne prévoit pas d'indice applicable, soit (comme c'est le cas du CCAG Travaux) il suppose l'application du BT 01 ou TP 01, or ces indices peuvent s'avérer ne pas être suffisamment précis et adaptés à chacun des lots d'une même opération.

### Article 19

*I.-Il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants :*

*1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;*

*2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;*

*3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini à l'article 72, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;*

*4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par le pouvoir adjudicateur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs.*

*II.-Les marchés conclus à prix provisoires précisent :*

*1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, éventuellement dans la limite d'un prix plafond ;*

*2° L'échéance à laquelle devra intervenir un avenant pour fixer le prix définitif ;*

*3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;*

*4° Les vérifications sur pièces et sur place que le pouvoir adjudicateur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.*

*III.-Pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément au décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.*

### Conseil pratique

Faites un avenant pour forfaitiser le prix « provisoire » d'un marché de maîtrise d'œuvre, après l'APS/APD (avant projet sommaire, avant projet définitif), afin d'éviter de continuer l'exécution d'un marché sur la seule base d'un pourcentage de rémunération.

### Alerte

Utilisez rarement la logique des prix « provisoires » en dehors de l'hypothèse des marchés de maîtrise d'œuvre : les conditions de l'article 19 risquent de ne pas être réunies.

## Chapitre X : Avenants

### Article 20

*Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 35*

*En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.*

*Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.*

### Conseil pratique

Évitez les avenants entraînant une augmentation ou diminution du volet financier de plus de 15 ou 20%. Généralement, les tribunaux ont tendance à considérer qu'il y a un bouleversement de l'économie du marché au-delà d'un tel niveau.

Détaillez de manière importante les sujétions techniques si vous pensez être face à un cas où l'argumentation pourrait être recevable.

Appliquez les mêmes règles pour les avenants d'augmentation et de diminution.

Présentez à la Commission d'appel d'offres, les avenants portant sur marchés ayant fait l'objet d'une procédure où une commission d'appel d'offres est déjà intervenue, dès lors qu'il porte sur un changement financier de plus de 5%, conformément à la loi.

## Alerte

Ne profitez pas d'un avenant pour passer commande de prestations non prévues dans le marché de base,... sauf si vous démontrez une sujétion technique imprévue.

Ne considérez pas que le mot « imprévue » vise les cas que l'acheteur a oublié éventuellement de prévoir. La jurisprudence considère que cela vise les hypothèses de l'imprévisibilité: il s'agit de sujétions techniques totalement imprévisibles, d'une manière objective. Ne confondez pas un avenant avec les marchés complémentaires: cf. art. 35-II-5° et 6° du CMP.

## Article 21

*L'article 21 n'existe plus. Il prévoyait notamment le rôle de la Commission d'Appel d'Offres pour les services de l'État et ses établissements. L'obligation de convoquer une CAO ayant été supprimée pour ces entités, l'article 21 a été abrogé.*

## Titre III : Passation des marchés

### Chapitre I<sup>er</sup> : Composition de la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales et du jury de concours

#### Section 1 : La commission d'appel d'offres

## Article 22

*Modifié par Décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2*

*I. - Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux sont constitués une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent. Une commission spécifique peut aussi être constituée pour la passation d'un marché déterminé. Ces commissions d'appel d'offres sont composées des membres suivants: 1° Lorsqu'il s'agit d'une région, le président du conseil régional ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste;*

*Lorsqu'il s'agit de la collectivité territoriale de Corse, le président du conseil exécutif ou son représentant, président, et cinq membres de l'assemblée de Corse élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste; 2° Lorsqu'il s'agit d'un département, le président du conseil général ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste;*

*3° Lorsqu'il s'agit d'une commune de 3500 habitants et plus, le maire ou son représentant, président, et cinq membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste;*

*4° Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3500 habitants, le maire ou son représentant, président, et trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste;*

*5° Lorsqu'il s'agit d'un établissement public de coopération intercommunale ou d'un syndicat mixte, le président de cet établissement ou de ce syndicat ou son représentant, président, et un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé, élus, en son sein, par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat. Toutefois, si ce nombre ne peut être atteint, la commission est composée au minimum d'un président et de deux membres élus par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat;*

*6° Lorsqu'il s'agit d'un autre établissement public local, le représentant légal de l'établissement ou son représentant, président, et de deux à quatre membres de l'organe délibérant, désignés par celui-ci.*

*II. - Dans tous les cas énumérés ci-dessus, il est procédé, selon les mêmes modalités, à la désignation ou à l'élection de suppléants en nombre égal à celui des membres titulaires. Cette règle ne s'applique pas aux établissements publics de coopération intercommunale et aux syndicats mixtes dont l'organe délibérant comporte moins de cinq membres.*

*III. - Pour les collectivités mentionnées aux 1°, 2°, 3°, 4° et 5° du I, l'élection des membres titulaires et des suppléants a lieu sur la même liste, sans panachage ni vote préférentiel. Les listes peuvent comprendre moins de noms qu'il n'y a de sièges de titulaires et de suppléants à pourvoir.*

*En cas d'égalité des restes, le siège revient à la liste qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages. Si les listes en cause ont également recueilli le même nombre de suffrages, le siège est attribué au plus âgé des candidats susceptibles d'être proclamés élus. Il est pourvu au remplacement d'un membre titulaire de la commission d'appel d'offres par le suppléant inscrit sur la même liste et venant immédiatement après le dernier titulaire élu de ladite liste. Le remplacement du suppléant, ainsi devenu membre titulaire, est assuré par le candidat inscrit sur la même liste, immédiatement après ce dernier. Il est procédé au renouvellement intégral de la commission d'appel d'offres lorsqu'une liste se trouve dans l'impossibilité de pourvoir, dans les conditions telles que prévues à l'alinéa précédent, au remplacement des membres titulaires auxquels elle a droit.*

*IV. - Ont voix délibérative les membres mentionnés au I. En cas de partage égal des voix, le président a voix prépondérante.*

*V. - La commission d'appel d'offres peut faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.*

## Conseil pratique

Prévoyez la composition type de votre Commission d'appel d'offres dès le commencement de la mandature de l'exécutif local. La présence d'une CAO est consubstantielle à l'activité de votre structure, dès lors qu'elle est soumise au champ d'application de l'article 22 du CMP, dont sont exclus les services de l'État et ses établissements publics.

Désignez une personne en interne ayant vocation à s'occuper des convocations des CAO et du remplacement des « titulaires » par les « suppléants » en cas d'empêchement.

Établissez un « secrétariat de séance » pour chaque CAO: la personne aura notamment vocation à gérer les procès-verbaux de chaque réunion (leur établissement, leurs signatures, la retranscription des positions de la CAO, leur conservation).

Constituez des CAO spécifiques pour telle ou telle catégorie de marchés, avec des membres aux compétences particulières.

Programmez à l'avance, idéalement sur une année, les dates de réunion des CAO. Cela facilitera le fonctionnement interne de votre structure, au sein des différents services.

## Alerte

Ne vous contentez pas d'établir des procès-verbaux de CAO qui comporteraient un simple renvoi à un rapport d'analyse des offres. Les PV des CAO doivent comporter l'expression écrite des positions des membres de la Commission.

Annulez la réunion de la CAO si le quorum de la moitié plus un n'est pas atteint. Ne faites pas signer a posteriori vos PV de CAO: cette pratique est totalement illégale. Seules les personnes présentes ont vocation à signer.

## Article 23

*Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 3*

*I. - Peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres:*

1° Un ou plusieurs membres du service technique compétent du pouvoir adjudicateur ou d'un autre pouvoir adjudicateur pour suivre l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité lorsque la réglementation impose le concours de tels services ou lorsque le marché porte sur des travaux subventionnés par l'État;

2° Des personnalités désignées par le président de la commission en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la consultation.

II. - Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et un représentant du service en charge de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.

### Conseil pratique

Formalisez par écrit ces désignations de personnes compétentes pour participer aux Commissions d'appel d'offres.

Vérifiez que les personnes extérieures à votre structure qui seraient le cas échéant désignées membres de la CAO, n'ont aucun lien ou conflit d'intérêt avec les candidats potentiels au marché concerné.

### Alerte

Toutes les personnes désignées au titre de cet article 23 disposent d'une voix « consultative » et non pas « délibérative »

À l'exception du premier alinéa, les désignations visées dans cet article, relèvent de la seule compétence du « président » de la Commission d'appel d'offres.

## Section 2: Le jury de concours

### Article 24

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 3

I. - Le jury de concours est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours.

a) Pour l'État et ses établissements publics, les membres du jury de concours sont désignés suivant les modalités suivantes:

i) En ce qui concerne les administrations centrales de l'État, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent;

ii) En ce qui concerne les services déconcentrés de l'État placés sous l'autorité du préfet, par le préfet;

iii) En ce qui concerne les établissements publics de l'État, par les règles propres à chaque établissement.

b) Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, les membres du jury sont désignés dans les conditions prévues aux I, II et III de l'article 22. Pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux, ils sont désignés selon les règles propres à chaque établissement.

c) Pour les groupements de commandes mentionnés à l'article 8, les membres du jury sont les membres de la commission d'appel d'offres prévue au III de l'article 8 et, en ce qui concerne l'État et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, un représentant de chacun des membres du groupement.

d) Le président du jury peut en outre désigner comme membres du jury des personnalités dont il estime que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, sans que le nombre de ces personnalités puisse excéder cinq.

e) En outre, lorsqu'une qualification professionnelle est exigée des candidats pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury ont cette qualification ou une qualification équivalente. Ils sont désignés par le président du jury.

Tous les membres du jury ont voix délibérative.

II. - Le comptable public et un représentant du service en charge de la concurrence sont invités à participer aux jurys de l'État. Ils peuvent participer,

lorsqu'ils y sont invités par le président du jury, aux jurys des collectivités territoriales. Ils ont voix consultative. Leurs observations sont consignées au procès-verbal à leur demande.

III. - Le président du jury peut, en outre, faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics. Ces agents ont voix consultative.

IV. - Le jury peut auditionner toute personne susceptible de lui apporter des informations utiles.

### Conseil pratique

Vérifiez que les personnes extérieures à votre structure qui seraient le cas échéant désignées membres d'un jury, n'ont aucun lien ou conflit d'intérêt avec les candidats potentiels au marché concerné. Mettez en place un « secrétariat de concours » afin de gérer la procédure, en insistant auprès des personnes concernées sur leurs obligations de confidentialité.

Utilisez le système du « coffre-fort » afin de rendre anonyme les plis reçus dans le cadre d'un concours où l'anonymat s'impose (au-delà du seuil européen des marchés publics de services, en terme de montant des honoraires du marché de maîtrise d'œuvre). Prévoyez également le cas des procédures de concours de maîtrise d'œuvre que vous mettriez en place en dessous des seuils européens.

### Alerte

Évitez de confier à un syndicat ou ordre professionnel compétent sur le territoire de votre structure d'achat, la désignation d'architectes pour composer le tiers de maîtres d'œuvre au sein du jury de concours. Il vaut mieux faire appel à une tierce partie située dans une autre région, ou désigner soit même des architectes dont on connaît l'indépendance certaine à l'égard des potentiels candidats au concours. Ne faites pas de conférence de presse ou de divulgation publique organisée ou non, s'agissant des titulaires des marchés de maîtrise d'œuvre pressentis suite à la réunion d'un jury de concours: attendez l'attribution définitive intervenant après l'envoi d'un courrier motivé aux non retenus.

## Section 3: Règles communes de fonctionnement

### Article 25

Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 19

Les convocations aux réunions de la commission mentionnée aux articles 8, 22 et 23 ou du jury sont adressées à leurs membres au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion.

Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents.

Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission d'appel d'offres ou le jury est à nouveau convoqué. Ils se réunissent alors valablement sans condition de quorum.

La commission d'appel d'offres ou le jury dresse procès-verbal de ses réunions. Tous les membres de la commission ou du jury peuvent demander que leurs observations soient portées au procès-verbal.

En cas d'urgence impérieuse prévue au 1° de l'article 35, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

### Conseil pratique

Envoyez vos convocations en recommandé avec accusé réception, en veillant à récupérer l'accusé réception. À défaut, solution



moins coûteuse, envoyez des télécopies avec impression de l'accusé réception. Numérotez vos procès-verbaux en fonction des différentes réunions de Commission d'appel d'offres.

## Alerte

Les marchés négociés de l'article 35 ne sont pas exonérés d'une Commission d'appel d'offres, à la seule exception des cas d'urgence de l'article 35-II-1° du CMP.

Seules les personnes disposant d'une voix délibérative comptent pour l'appréciation du quorum. La Commission d'appel d'offres n'intervient que pour l'attribution et non pas pour l'ouverture des plis. Juridiquement celle-ci peut être réalisée par les services puis validée par le Représentant du Pouvoir Adjudicateur (RPA).

## Chapitre II : Définition des seuils et présentation des procédures de passation

### Section 1 : Présentation et seuils des procédures

#### Article 26

*Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 7*

*Modifié par Décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1*

*I. - Les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes :*

*1° Appel d'offres ouvert ou restreint ;*

*2° Procédures négociées, dans les cas prévus par l'article 35 ;*

*3° Dialogue compétitif, dans les cas prévus par l'article 36 ;*

*4° Concours, défini par l'article 38 ;*

*5° Système d'acquisition dynamique, défini par l'article 78.*

*II. - Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants :*

*1° 130 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services, non mentionnés aux 2° à 4° ci-dessous, de l'État et de ses établissements publics ; 2° 200 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées ;*

*3° 200 000 € HT pour les marchés de fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ;*

*4° 200 000 € HT pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;*

*5° 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux.*

*III. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi mettre en œuvre une procédure adaptée :*

*1° En application de l'article 30 ;*

*2° Pour certains lots, dans les conditions prévues par le III de l'article 27.*

*IV. - Lorsque le montant estimé des marchés et accords-cadres de travaux est égal ou supérieur à 5 000 000 € HT, le pouvoir adjudicateur ne peut recourir aux différentes procédures formalisées, autres que l'appel d'offres, que dans les conditions prévues par les articles 35 à 38.*

*V. - Les marchés peuvent également être passés sur la base d'un accord-cadre conformément aux dispositions de l'article 76.*

*VI. - Pour les groupements de commandes mentionnés à l'article 8, les seuils à prendre en compte sont ceux qui sont applicables aux marchés et accords-cadres de l'État chaque fois qu'un service de l'État ou un établissement public à caractère autre qu'industriel et commercial de l'État est membre du groupement. Dans les autres cas, les seuils à prendre en compte sont ceux qui sont applicables aux marchés et accords-cadres des collectivités territoriales.*

*VII. - Les marchés sans formalités préalables mentionnés dans le code général des collectivités territoriales sont les marchés d'un montant inférieur aux seuils fixés au II.*

## Conseil pratique

Ayez recours à un accord-cadre si vous n'êtes pas en mesure de définir avec suffisamment de précision votre besoin, en nature et en volume, ainsi qu'en tenant compte d'objectifs de développement durable. L'accord-cadre consiste en un référencement d'opérateurs économiques compétents dans tel ou tel domaine, pour une durée maximale de quatre ans : cf. art. 76 du CMP.

Mettez en place un système d'acquisition dynamique si vous disposez d'un outil électronique permettant de dématérialiser l'ensemble de votre procédure, en respectant les contraintes techniques imposées par la réglementation : cf. art. 56 et 78 du CMP. Procédez à un appel d'offres « restreint » si vous pensez que vous risquez de recevoir trop d'offres à analyser pour un lot déterminé (cela peut être le cas pour des lots « peinture », « serrurerie... ») eu égard à son montant relativement faible. Cette procédure permet de fixer dès le départ un nombre maximum de candidats qui seront admis à remettre une offre dans un second temps. Cette procédure est cependant plus longue que celle de l'appel d'offres « ouvert ». Utilisez la possibilité de recourir à une procédure adaptée pour des « petits » lots qui relèveraient cependant d'une consultation plus globale soumise à la procédure d'appel d'offres, dans les conditions définies à l'article 27-III du CMP.

## Alerte

Le choix d'une procédure n'est pas complètement libre. Il dépend de seuils de publicité et mise en concurrence, ou de conditions particulières (cas du dialogue compétitif).

Les marchés négociés ne sont possibles que dans les cas limitativement énumérés à l'article 35 du CMP, avec ou sans publicité et mise en concurrence préalables.

Un concours en maîtrise d'œuvre en France est forcément « restreint ». La possibilité d'un concours « ouvert » est prévue dans le CMP, mais c'est uniquement en dehors de toute prestation de maîtrise d'œuvre définie par la loi MOP du 12 juillet 1985.

## Section 2 : Méthode de calcul de la valeur estimée des marchés publics, des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

#### Article 27

*Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 8*

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

*II. - Le montant estimé du besoin est déterminé dans les conditions suivantes, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est fait appel et quel que soit le nombre de marchés à passer :*

*1° En ce qui concerne les travaux, sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ainsi que la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à disposition des opérateurs. Il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisés par son unité fonctionnelle, technique ou économique.*

2° En ce qui concerne les fournitures et les services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

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

Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année.

III. - Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, la ou les procédures à mettre en œuvre sont les procédures formalisées mentionnées au I de cet article.

Toutefois, même si la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils des marchés formalisés, il est possible de recourir à une procédure adaptée :

1° Pour les lots inférieurs à 80000 euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services ;

2° Pour les lots inférieurs à 1000000 euros HT dans le cas des marchés de travaux, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'exécède pas 20% de la valeur de la totalité des lots. Dans le cas où un minimum et un maximum sont fixés, les 20% s'appliquent au montant minimum du marché.

Cette dérogation peut également s'appliquer à des lots déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure ainsi qu'à des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial lorsque ces lots satisfont aux conditions fixées par les trois alinéas précédents.

Cette dérogation ne peut, en revanche, s'appliquer aux accords-cadres et aux marchés qui ne comportent pas de montant minimum.

IV. - Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes au profit des candidats, il prend en compte leur montant pour calculer la valeur estimée du besoin.

V. - Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamique, la valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

VI. - Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte correspond à ce maximum. Si le marché ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée définis à l'article 26.

## Conseil pratique

Appliquez les notions de «familles homogènes» de fournitures et services ou d'«opération» de travaux pour tous vos marchés, en raisonnant au niveau du «pouvoir adjudicateur», c'est-à-dire dans une logique interservices.

Calculez toujours le montant total maximum susceptible d'être commandé au titre du marché concerné, toute période de reconduction éventuelle confondue, toutes tranches ou phases éventuelles cumulées, pour comparer avec les seuils de publicité et mise en concurrence et en déduire la procédure applicable.

Prenez en compte vos besoins prévisibles sur au moins une année s'agissant d'une commande ponctuelle dont la durée d'exécution ne s'étendrait pas sur douze mois.

Utilisez la souplesse de l'article 27-III, dite des «petits lots», qui permet de recourir à une procédure adaptée pour des lots qui relèveraient d'une consultation plus globale soumise à une procédure d'appel d'offres, dès lors que les conditions sont réunies. Il est possible de laisser de tels lots, dans un premier temps, au sein d'une procédure d'appel d'offres, puis en cas d'infructuosité ou de volonté de relancer l'un de ces lots, vous pouvez in-

voquer dans un second temps l'article 27-III pour engager une procédure adaptée s'agissant de ces lots (dans le cadre d'une seconde consultation).

## Alerte

La combinaison de la définition d'un pouvoir adjudicateur et celle des concepts de l'article 27-II est fondamentale: si vous ne respectez pas ces obligations, vous risquez de ne pas appliquer la bonne procédure de passation à vos marchés et commettre des irrégularités importantes susceptibles de déboucher sur une qualification pénale de délit d'octroi d'avantage injustifié lié à un fractionnement artificiel de prestation (art. 432-14 du Code pénal).

Ne supprimez pas une prestation indispensable ou prévisible du champ de votre marché, sous prétexte de vous retrouver en dessous d'un seuil concurrentiel, car vous ne pourrez pas légalement passer ultérieurement un avenant portant sur cette prestation.

## Section 3: Procédure adaptée

### Article 28

Modifié par Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 - art. 3

I. - Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.

Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une de ces procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'appliquer dans son intégralité.

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

II. - Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable dans les situations décrites au II de l'article 35 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.

III. - Le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

## Conseil pratique

Définissez ce que vous entendez par «procédure adaptée» dans un règlement de consultation suffisamment précis et détaillé, car une telle procédure n'est pas définie dans le Code. Elle devra quoi qu'il en soit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et les dispositions générales découlant des directives européennes portant coordination des procédures de passation des marchés publics.

Prévoyez des possibilités de négociation en prenant soin de détailler les modalités pratiques, si une réunion sur place est prévue, etc. Négociez chaque fois que c'est « opportun » et non pas systématiquement, car les opérateurs économiques vont finir par intégrer à l'avance un pourcentage de négociation dans leur offre, s'ils savent que vous allez négocier tout le temps. Précisez si vous souhaitez « auditionner » les candidats dans le cadre de votre procédure adaptée.

## Alerte

Appliquez toutes les règles d'une procédure d'appel d'offres, définies dans le Code, si vous optez volontairement pour une telle procédure. Évitez de qualifier de « commission d'appel d'offres » la commission que vous souhaitez réunir dans le cadre d'une procédure adaptée, et veillez à ce qu'elle ne soit pas composée à l'identique d'une CAO définie par le Code, car il y a un risque de requalification juridique de votre procédure adaptée en procédure d'appel d'offres. Qualifiez là par exemple, de « commission des marchés à procédure adaptée » (CMPA).

Prudence quant à « l'impossibilité » ou « l'inutilité » des formalités de publicité et mise en concurrence évoquées à l'article 28-II, en rapport avec l'objet du marché, son montant ou le faible degré de concurrence dans le secteur considéré. Les tribunaux interpréteront ces concepts de manière très stricte, compte tenu du droit européen, et exigeront de véritables cas de force majeure pour se dispenser d'une ouverture concurrentielle.

Pour se retrouver en dessous de 15000 euros HT, encore faut-il qu'il s'agisse d'un besoin ne relevant pas d'une famille homogène de fournitures ou de services, ou d'une opération de travaux, au sens de l'article 27 du CMP, dont le montant global sur au moins une année dépasserait ce seuil de 15000 euros HT.

## Document

### Exigences du ministère de l'Économie pour les marchés dont le montant est inférieur à 15000 euros HT

Selon la Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'Économie et des finances, « le relèvement du seuil à 15000 euros HT est assorti de quelques conditions. (...) L'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics invitent l'acheteur public à s'informer sur la structure de l'offre existante sur le marché et à se comporter en gestionnaire avisé et responsable. Il devra être à même de pouvoir justifier les motifs de son choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité des procédures qu'il aura employées, selon la nature et le montant de la prestation achetée, notamment devant le juge (par exemple, en produisant les devis sollicités, les référentiels de prix ou les guides d'achat utilisés, etc.). L'établissement d'une note de traçabilité de l'achat est recommandé ». (position de la DAJ du Ministère de l'économie, exprimée dans sa « fiche explicative : décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du CMP », téléchargeable à : [www.economie.gouv.fr/daj/Decrets-modificatifs-du-code](http://www.economie.gouv.fr/daj/Decrets-modificatifs-du-code))

### Précisions du Conseil d'État pour les marchés dont le montant est inférieur à 15000 euros HT

En dessous de 15000 euros HT, l'acheteur doit retenir selon le Conseil d'État, « une offre répondant de manière pertinente [à son] besoin, faire une bonne utilisation des deniers publics et ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin ». Termes qui ont été repris mot pour mot dans l'article 28, suite à la réforme du Code qui a intégré ce seuil de 15000 euros HT, par voie réglementaire et non plus par voie législative comme ini-

tialement prévu. (extrait de l'avis du Conseil d'État sur la proposition de loi n°3706 de simplification du droit et allègement des démarches administratives qui envisageait de consacrer un tel seuil)

## Section 4 : Procédure applicable aux marchés de services

### Article 29

Modifié par Décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 - art. 53

Sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre les marchés publics et les accords-cadres ayant pour objet les services énumérés ci-dessous :

1. Services d'entretien et de réparation ;
2. Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des services de transports ferroviaires ;
3. Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ;
4. Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ;
5. Services de communications électroniques ;
6. Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3 ;
7. Services informatiques et services connexes ;
8. Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3 ;
9. Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;
10. Services d'études de marché et de sondages ;
11. Services de conseil en gestion et services connexes ;
12. Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques ;
13. Services de publicité ;
14. Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;
15. Services de publication et d'impression ;
16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues.

## Conseil pratique

Appliquez toutes les règles de droit commun si votre marché relève principalement d'une prestation de service mentionnée ci-dessus. Les modèles d'avis d'appel public à la concurrence demandent à ce que soit mentionné le « numéro de la catégorie » de services. Ce numéro correspond en réalité à celui figurant dans la liste de l'article 29. Cette liste est une reprise fidèle de l'annexe II A de la directive européenne n°2004-18 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics.

## Alerte

N'ajoutez aucune autre prestation de services à cette liste. Elle est limitative. Toute autre prestation de services relève du champ d'application de l'article 30 du CMP, sauf si elle est exclue du Code par le biais de son article 3.

## Analyses

### L'ouverture à la concurrence du secteur postal

Avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, l'opérateur historique (à savoir la Poste) bénéficiait d'un certain nombre de droits d'exclusi-



tivité, conférés par le législateur. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, le secteur lui étant réservé ne portait plus que sur les envois de correspondance intérieure ou en provenance de l'étranger d'un poids ne dépassant pas 50 grammes et d'un prix inférieur à deux fois et demie le tarif de base (article L.2 du code des postes et communications électroniques dans sa version issue de la loi n°2005-516 du 20 mai 2005). Et désormais, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, le secteur réservé est totalement supprimé et l'ouverture à la concurrence du secteur postal est complète. La conclusion de marchés publics de services avec ouverture à la concurrence s'impose.

## Article 30

*Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 10*

*Modifié par Décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1*

*I. - Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28.*

*II. - Toutefois:*

*1° Les dispositions du III de l'article 40 et du troisième alinéa de l'article 41 ne sont pas applicables;*

*2° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 200 000 euros HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 et le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 85;*

*3° Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 200 000 euros HT sont attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales;*

*4° Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées;*

*5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'État.*

*III. - Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé.*

### Conseil pratique

Appliquez les règles allégées d'une procédure adaptée quel que soit le montant de votre marché, si celui-ci porte principalement sur une prestation de service relevant de l'article 30, c'est-à-dire ne figurant pas expressément dans l'article 29.

Reportez-vous à l'annexe II B de la directive européenne n°2004-18 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics, si vous souhaitez absolument une liste de prestations de services susceptibles de relever de cet article. Il s'agit notamment des marchés de formation, de prestations juridiques, de services sociaux, culturels et récréatifs.

### Alerte

N'oubliez pas de publier un avis d'attribution au-delà du seuil européen des marchés publics de services. À défaut, les voies de recours perdureront dans le temps, suite à ce manquement à une obligation de transparence.

## Section 5: Centrales d'achat

### Article 31

*Le pouvoir adjudicateur qui recourt à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou pour l'acquisition de fournitures ou de services est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour autant que la centrale d'achat est soumise, pour la totalité de ses achats, aux dispositions du présent code ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée.*

### Conseil pratique

Faites appel à une centrale d'achat pour optimiser vos commandes ou recourir à des achats sur catalogue.

### Alerte

Vérifiez la performance des tarifications pratiquées par les centrales d'achat existantes, avant d'y recourir. Une centrale d'achat prenant une part de rémunération, les prix payés par l'acheteur peuvent parfois s'avérer plus élevés que dans le cadre d'un marché lancé directement par vos soins. Il faut se livrer à une analyse cas par cas.

Contrôlez les engagements en termes de délais de livraison de la centrale d'achat que vous présentez pour une commande, car il arrive que certaines défaillances soient constatées.

## Chapitre III: Règles générales de passation

### Section 1: Modalités de transmission des documents et des informations

#### Article 32

*Les moyens de transmission des documents et des informations qui sont choisis par le pouvoir adjudicateur doivent être accessibles à tous les opérateurs économiques et ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des candidats à la procédure d'attribution.*

*Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres et à garantir que le pouvoir adjudicateur ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.*

### Conseil pratique

Prévoyez pour faciliter l'envoi des plis par les candidats et leur identification par l'acheteur, une page en format «paysage» où vous avez déjà inscrit l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet du marché et la date limite de réception. Prévoyez en haut à gauche, une petite case que le candidat complètera en mentionnant son identité. Apposez également en bas et en gros, la mention «ne pas ouvrir» afin que le service courrier n'ouvre pas le pli avant la date limite de réception. En insérant ce document ou fichier dans le dossier de consultation, vous permettrez aux candidats de se contenter de l'imprimer et de le coller sur leur enveloppe. Il vous sera facile ensuite d'identifier tous les plis des marchés et de les classer en fonction de l'objet des consultations. Enregistrez sur un registre de dépôt des plis, toutes les candidatures et offres reçues, avec mention de la date et heure de réception.

## Alerte

N'exigez pas un mode de transmission qui serait discriminant ou rattaché à une marque (exemple: «La Poste» ou «Chronopost» sont des marques). La phrase ayant vocation à figurer dans votre règlement de consultation est: «transmission par tout moyen assurant date certaine de réception et confidentialité des plis». N'admettez pas la transmission de candidature ou offre par simple télécopie ou e-mail, car aucune offre ne doit être lisible avant la date limite de réception des plis.

## Section 2: Définition des procédures

### Article 33

*L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs 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 choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.*

## Conseil pratique

Préférez la mise en œuvre d'une procédure adaptée (beaucoup plus souple) plutôt qu'un appel d'offres. Une procédure adaptée est au moins autorisée jusqu'aux seuils européens. Procédez à un appel d'offres «restreint» si vous pensez que vous risquez de recevoir trop d'offres à analyser pour un lot déterminé (cela peut être le cas pour des lots «peinture», «serrurerie»...) eu égard à son montant relativement faible. Cette procédure permet de fixer dès le départ un nombre maximum de candidats qui seront admis à remettre une offre dans un second temps. Cette procédure est cependant plus longue que celle de l'appel d'offres «ouvert». Utilisez la possibilité de recourir à une procédure adaptée pour des «petits» lots qui relèveraient cependant d'une consultation plus globale soumise à la procédure d'appel d'offres, dans les conditions définies à l'article 27-III du CMP. Planifiez dans le temps la mise en œuvre de votre procédure de passation en ajoutant la période estimée d'exécution, afin de ne pas être surpris ultérieurement des délais particulièrement longs et afin de bien informer les élus préalablement.

## Alerte

Le choix d'une procédure n'est pas complètement libre. Il dépend de seuils de publicité et mise en concurrence, ou de conditions particulières (cas du dialogue compétitif).

N'oubliez pas de convoquer une Commission d'appel d'offres dans le cadre de toutes les procédures d'appel d'offres.

### Article 34

*Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.*

## Conseil pratique

Négociez tout ce qui relève du champ des critères d'attribution et permettra ainsi de faire évoluer le classement des offres.

Négocier ne veut pas dire obligatoirement obtenir quelque chose. Ce qui est impératif, c'est de rendre possible la remise d'une meilleure offre de la part des candidats.

## Alerte

Négociez obligatoirement dans le cadre d'une procédure négociée relevant du champ d'application de l'article 35. Le sens de l'article 34 est bien de rendre obligatoire la négociation dans une telle procédure.

Dressez un rapport d'analyse des offres débouchant sur un classement des offres «avant» toute négociation. Un nouveau classement sera réalisé ensuite, après négociation. Le rapport final doit permettre d'identifier ces deux phases.

Ne négociez pas uniquement avec un seul candidat alors que d'autres candidats ont remis une offre recevable. Les principes fondamentaux de la commande publique, dont l'égalité de traitement entre les candidats, doivent être respectés.

Ne modifiez pas substantiellement les termes d'une offre, au point que cela remettrait en cause les règles de concurrence: la suppression de prestations est délicate à acter, car ce sont peut-être ces prestations qui ont dissuadé des candidats de soumissionner.

### Article 35

*Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 8*

*Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous.*

*I. - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence:*

*1° Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.*

*Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées.*

*Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres;*

*2° Les marchés et les accords-cadres de services, notamment les marchés de services financiers mentionnés au 6° de l'article 29 et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres;*

*3° Les marchés et les accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate;*

*4° Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.*

*II. - Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence:*

*1° Les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle. Peuvent également être conclus*

selon cette procédure les marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs en application des articles L.1311-4, L.1331-24, L.1331-26-1, L.1331-28, L.1331-29 et L.1334-2 du code de la santé publique et des articles L.123-3, L.129-2, L.129-3, L.511-2 et L.511-3 du code de la construction et de l'habitation. Ces marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence. Par dérogation aux dispositions du chapitre V du titre II de la première partie du présent code, lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, la passation du marché est confirmée par un échange de lettres;

3° Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement;

3° Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre;

4° Les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne;

5° Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage:

a) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur;

b) Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement. Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50% du montant du marché principal;

6° Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.

Le premier marché 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 services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial;

7° Les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier;

8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité;

9° Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse;

10° Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures

à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

## Conseil pratique

Appliquez les concepts d'offre « irrégulière » (incomplète) et « inacceptable » (hors de prix) définis dans cet article 35-I-1° du CMP, ainsi que celui d'offre « inappropriée » (sans rapport avec l'objet du marché ou assimilée à une absence d'offre) figurant à l'article 35-II-3° du CMP, définis dans cet article 35 du CMP, pour tous vos rapports d'analyse des offres. Ces concepts ont été initiés par le Conseil d'État dans le cadre de la réforme du Code ayant aboutie en 2006. Allez chercher directement un opérateur économique, dans le cadre d'un marché négocié sans publicité et mise en concurrence préalables, si vous avez reçu aucune candidature ou offre à un marché ayant fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres (art. 35-II-3°).

## Alerte

Ne confondez pas un marché négocié (qui relève du champ de l'article 35) d'une procédure adaptée qui peut inclure une phase de négociation (art. 28).

N'oubliez pas que les marchés négociés font l'objet d'une présentation en Commission d'appel d'offres.

Ne confondez pas un « avenant » avec un « marché complémentaire » défini aux paragraphes 4 et 5 de l'article 35-II.

Ne démontrez pas trop que les prestations complémentaires sont « nécessaires » dans le cadre des marchés complémentaires de travaux et services mais plutôt qu'elles étaient imprévisibles tout en étant indispensables à la réalisation de l'ouvrage (art. 35-II-5°).

## Article 36

Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 4

La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie:

1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins;

2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

## Conseil pratique

Planifiez dans le temps le déroulé d'une procédure de dialogue compétitif, car la phase dialogue ne comporte pas réglementairement de durée maximale.

Établissez une sorte de programme détaillé fonctionnel en termes de recherches de performances techniques, économiques et environnementales (etc.).

## Analyses

Recourez à la procédure de dialogue compétitif uniquement si les conditions de l'article 36 sont réunies.

Ne dialoguez pas uniquement avec l'un des candidats ayant re-



mis une offre, mais individuellement, avec tous ceux ayant remis une offre recevable.

Ne confondez pas « dialogue » et « négociation » : un dialogue intervient avant la remise d'une offre finalisée; alors que la négociation porte sur une offre déjà déposée.

Ne dévoilez pas la teneur des propositions des candidats (formulées dans le cadre du dialogue) aux autres candidats.

Ne révélez pas l'identité des autres candidats durant la phase dialogue.

## Article 37

*Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 11*

*Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Les motifs d'ordre technique mentionnés à l'alinéa précédent sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.*

### Conseil pratique

Ayez recours à la conception-réalisation uniquement pour des opérations d'envergure et particulièrement complexes à gérer avec une maîtrise d'œuvre séparée de la partie travaux.

Par-delà la conception-réalisation, pensez aux nouveaux marchés globaux de performance prévus à l'article 73 du CMP, qui peuvent être une autre réponse à votre besoin.

### Alerte

La conception-réalisation ne s'applique pas uniquement pour des ouvrages de bâtiment, mais également pour des ouvrages d'infrastructures. Si vous êtes soumis à la loi MOP du 12 juillet 1985, la conception-réalisation n'est autorisée que si vous fixez un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique dans le cadre d'une telle procédure, ou si des motifs d'ordre technique justifient une association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

## Article 38

*Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24, 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 des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché.*

*Le concours peut être ouvert ou restreint. Les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues par le règlement du concours.*

### Conseil pratique

Vérifiez que les personnes extérieures à votre structure qui seraient le cas échéant désignées membres du jury de concours,

n'ont aucun lien ou conflit d'intérêt avec les candidats potentiels au marché concerné.

Mettez en place un « secrétariat de concours » afin de gérer la procédure, en insistant auprès des personnes concernées sur leurs obligations de confidentialité.

Utilisez le système du « coffre-fort » pour rendre anonyme les plis reçus dans le cadre d'un concours où l'anonymat s'impose (au-delà du seuil européen des marchés publics de services, en terme de montant des honoraires du marché de maîtrise d'œuvre). Prévoyez également le cas des procédures de concours de maîtrise d'œuvre que vous mettriez en place en dessous des seuils européens.

### Alerte

Si l'objet du marché porte sur des missions de maîtrise d'œuvre, le concours doit être un concours « restreint » afin de limiter les coûts eu égard à l'indemnisation des candidats.

Évitez de confier à un syndicat ou ordre professionnel compétent sur le territoire de votre structure d'achat, la désignation d'architectes pour composer le tiers de maîtres d'œuvre au sein du jury de concours. Il vaut mieux faire appel à une tierce partie située dans une autre région, ou désigner soit même des architectes dont on connaît l'indépendance certaine à l'égard des potentiels candidats au concours.

Ne faites pas de conférence de presse ou de divulgation publique organisée ou non, s'agissant des titulaires des marchés de maîtrise d'œuvre pressentis suite à la réunion d'un jury de concours : attendez l'attribution définitive intervenant après l'envoi d'un courrier motivé aux non retenus.

## Section 3 : Organisation de la publicité

### Article 39

*Modifié par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10*

*Modifié par Décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1*

*I. - À partir du seuil de 750 000 euros HT pour les fournitures et les services et de 5 000 000 euros HT pour les travaux, un avis de pré-information, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, peut être soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur est le site dématérialisé auquel il a recours pour ses achats. Le pouvoir adjudicateur qui publie l'avis de pré-information sur son profil d'acheteur envoie au préalable, par voie électronique, à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, un avis annonçant la publication de cet avis. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de pré-information publié sur le profil d'acheteur.*

*II. - La publication d'un avis de pré-information n'est obligatoire que pour le pouvoir adjudicateur qui entend recourir à la faculté de réduire les délais de réception des offres en application du II de l'article 57 et du II de l'article 62.*

*III. - Pour les marchés de fournitures et de services, cet avis indique le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres, pour chacune des catégories de produits ou de services homogènes, que le pouvoir adjudicateur envisage de passer au cours des douze mois suivants la publication de l'avis. S'il concerne des fournitures ou des services à acquérir durant un exercice budgétaire, cet avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après le début de cet exercice budgétaire.*

*IV. - Pour les marchés de travaux, l'avis indique les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres que le pouvoir adjudicateur entend passer. L'avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la décision de réaliser un programme de travaux, dans lequel s'inscri-*

vent les marchés de travaux ou les accords-cadres que les pouvoirs adjudicateurs entendent passer.

## Conseil pratique

Publiez un avis de pré-information si vous souhaitez réduire les délais d'ouverture à la concurrence concernant votre future procédure de consultation supposant la publication d'un nouvel avis, cette fois d'appel public à la concurrence.

Entendez par « profil d'acheteur », le « site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats ».

## Alerte

Ne changez pas les caractéristiques principales de votre besoin, entre la publication de l'avis de pré-information et celui d'appel public à la concurrence.

## Article 40

Modifié par Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 - art. 4

*I. - En dehors des exceptions prévues aux II et III de l'article 28 ainsi qu'au II de l'article 35, tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 15 000 euros HT est précédé d'une publicité, dans les conditions définies ci-après.*

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

*III. - 1° Lorsque le montant estimé du besoin est compris entre 90 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'y faire figurer une estimation du prix des prestations attendues.*

*Le pouvoir adjudicateur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est en outre nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes énoncés à l'article 1<sup>er</sup>. Cette publication doit alors être effectuée dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.*

*2° Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics.*

*IV. - Le pouvoir adjudicateur peut faire paraître, en plus de ces avis, un avis d'appel public à la concurrence dans une autre publication dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.*

*V. - Pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, l'avis d'appel public à la concurrence est un avis de marché simplifié établi pour publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics.*

*VI. - Les avis destinés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics sont envoyés par téléprocédure. Ils sont publiés sur support papier ou sous forme électronique.*

*Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier les*

*avis d'appel public à la concurrence, conformément au texte transmis, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.*

*La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou sur tout autre support publicitaire ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne.*

*Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office.*

*VII. - Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.*

## Conseil pratique

Renseignez tous les champs exigés pour les avis de marchés, quel que soit le support retenu.

S'agissant des consultations pour les procédures adaptées dont la publication d'un avis ne s'impose pas, la demande écrite de devis doit comporter au moins les cinq renseignements suivants : identité du pouvoir adjudicateur, objet du besoin en nature et volume et en tenant compte d'objectifs de développement durable, critères d'attribution, documents sollicités comme contenu de la candidature et offre, et enfin, la date limite de réception des plis avec l'heure limite. La date d'envoi étant établie par l'outil de transmission.

Connectez-vous au site du BOAMP en vous inscrivant (mots de passe indispensables) afin de publier en même temps un avis sur le Journal officiel de l'Union européenne si votre marché dépasse les seuils européens.

Vérifiez que le support de presse locale que vous avez choisi figure dans la liste des journaux habilités à publier des annonces légales (JAL) établis chaque année par arrêté préfectoral pris par la Préfecture de département.

## Alerte

La publication de l'avis d'appel à la concurrence sur un « profil d'acheteur », en plus des supports classiques prévus par le CMP, est obligatoire depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010. On entend par « profil d'acheteur », le « site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a recours pour ses achats ».

## Article 40-1

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10

*Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L.551-15 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics, relatif à son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application des articles 28 ou 30.*

## Conseil pratique

Publiez un avis d'intention de conclure au Journal officiel de l'Union européenne, chaque fois où cela s'impose.

## Alerte

Le manquement à cette obligation peut constituer un motif d'annulation de votre marché, au motif que vous avez porté atteinte à une voie de recours prévue par le Code de justice administrative, suite à la transposition d'une directive européenne.

## Section 4: Information des candidats

### Article 41

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 13

Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents et informations préparées par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché ou de l'accord-cadre.

Ces documents nécessaires à la consultation des candidats à un marché ou à un accord-cadre leur sont remis gratuitement. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut décider que ces documents leur sont remis contre paiement des frais de reprographie. Le montant et les modalités de paiement de ces frais figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les documents de la consultation sont publiés sur un profil d'acheteur, selon les modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

### Conseil pratique

Mettez en téléchargement gratuit votre dossier de consultation sur un site internet dont vous mentionnez les coordonnées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Faites payer les frais de reprographie des dossiers de consultation comportant des documents particulièrement coûteux (nombreux plans en AO et en couleur, supports de communication en couleur, etc.). À défaut, vous pouvez rendre consultables sur place certaines pièces de votre dossier, afin d'éviter leur reprographie très coûteuse, et les mettre en ligne sur le site où est téléchargeable le reste de votre dossier de consultation.

### Alerte

Le coût d'une version papier d'un dossier de consultation ne doit porter que sur les frais de reprographie et non pas sur les frais postaux de transmission.

Le coût d'une version papier doit avoir été rendu public dans le cadre du lancement de la consultation et être identique pour tous les candidats intéressés.

Veillez au même degré d'information des candidats à travers la rédaction des pièces de votre dossier de consultation, par rapport au(x) titulaire(s) du précédent marché qui ne doit pas disposer d'informations privilégiées.

- Textes officiels: Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.

### Article 42

Les marchés et accords-cadres passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation qui est un des documents de la consultation. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

### Conseil pratique

Par-delà les termes de cet article qui tend à ne pas prévoir l'établissement d'un règlement de consultation dans une procédure adaptée, il est particulièrement indispensable d'en établir un (ou

un document équivalent, qui peut être très court s'agissant de marchés de faible montant), au regard des principes fondamentaux d'égalité des candidats et de transparence des procédures. Il s'agit de décrire la «règle du jeu» qui s'appliquera à votre consultation

### Alerte

Parlez de «règlement de concours» si votre marché fait l'objet d'une procédure de concours.

Ne changez pas votre règlement de consultation postérieurement à la publication de l'avis d'appel public à la concurrence.

N'inscrivez pas votre règlement de consultation ou de concours parmi les pièces à valeur contractuelle. Il s'agit d'un document ayant une force juridique mais pas contractuelle (signée par le candidat). Elle fixe les règles de «passation» d'un marché, mais pas celles d'«exécution» d'un marché.

## Section 5: Interdictions de soumissionner

### Article 43

Les interdictions de soumissionner aux marchés et accords-cadres soumis au présent code s'appliquent conformément aux dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée et de l'article 29 de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

### Conseil pratique

Exigez des candidats toutes les déclarations sur l'honneur qu'impose la réglementation.

Incitez les candidats à utiliser les formulaires DC1 et DC2 (Déclaration du Candidat) pour soumissionner, afin de simplifier leurs déclarations sur l'honneur. Celles-ci figurent listées dans ces documents. Les DC1 et DC2 sont téléchargeables gratuitement sur le site du Ministère de l'économie, dans sa rubrique «marchés publics». Faites compléter le cas échéant la candidature d'un soumissionnaire, si un élément est manquant, en permettant à tous les candidats d'apporter éventuellement des précisions complémentaires à leurs plis.

### Alerte

Considérez que l'interdiction de soumissionner évoquée par l'article 43 du CMP porte sur des éléments objectifs, souffrant d'aucune subjectivité. Ce sont des conditions sine qua none pour que le pli d'un candidat soit recevable.

L'interdiction de soumissionner à un marché public peut découler d'une décision de justice condamnant une personne morale à être exclue de la commande publique (une entreprise se retrouve ainsi cantonnée au secteur privé), et ce, définitivement ou pour une durée déterminée.

## Section 6: Présentation des documents et renseignements fournis par les candidats

### Article 44

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 14

I. - Le candidat produit à l'appui de sa candidature:

1° La copie du ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire;  
2° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 43;

3° Les documents et renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées à l'article 45.

II. - La candidature pour un marché ou un accord-cadre passé selon une procédure formalisée, lorsqu'elle est transmise par voie électronique, est signée électroniquement dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

### Conseil pratique

Incitez les candidats à utiliser les formulaires DC1 et DC2 (Déclaration du Candidat) pour soumissionner, afin de simplifier leurs déclarations sur l'honneur. Celles-ci figurent listées dans ces documents. Les DC1 et DC2 sont téléchargeables gratuitement sur le site du Ministère de l'économie, dans sa rubrique «marchés publics».

Faites compléter le cas échéant la candidature d'un soumissionnaire, si un élément est manquant, en permettant à tous les candidats d'apporter éventuellement des précisions complémentaires à leurs plis.

### Alerte

Un opérateur économique se retrouvant mis en situation de «redressement» judiciaire suite au jugement d'un tribunal de commerce, ne pourra devenir titulaire d'un marché dont la durée d'exécution dépasse la période d'observation dont il bénéficie (cf. texte du jugement qui doit être transmis par le candidat concerné). Ne demandez pas d'autres renseignements ou documents que ceux limitativement prévus à l'article 45. Celui-ci renvoi à une liste exhaustive.

## Article 45

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 4

I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. Le pouvoir adjudicateur peut également exiger, si l'objet ou les conditions du marché le justifient, des renseignements relatifs à leur habilitation préalable, ou à leur demande d'habilitation préalable, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale.

La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. Les documents, renseignements et les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

II. - Le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques qu'ils produisent des certificats de qualité. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes.

Pour les marchés qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger la production de certificats, établis par des organismes indépendants, et attestant leur capacité à exécuter le marché.

Pour les marchés de travaux et de services dont l'exécution implique la mise en œuvre de mesures de gestion environnementale, ces certificats sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS) ou sur les normes européennes ou internationales de gestion environnementale.

Dans les cas prévus aux trois alinéas précédents, le pouvoir adjudicateur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres.

III. - Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur.

IV. - Peuvent également être demandés, le cas échéant, des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi mentionnée aux articles L.5212-1 à L.5212-4 du code du travail.

V. - Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

### Conseil pratique

Listez de manière précise et claire dans votre règlement de consultation, l'ensemble des documents que vous souhaitez obtenir au titre des candidatures.

Incitez les candidats à utiliser les formulaires DC1 et DC2 (Déclaration du Candidat) pour soumissionner, afin de simplifier leurs déclarations sur l'honneur. Celles-ci figurent listées dans ces documents. Les DC1 et DC2 sont téléchargeables gratuitement sur le site du Ministère de l'économie, dans sa rubrique «marchés publics». Faites compléter le cas échéant la candidature d'un soumissionnaire, si un élément est manquant, en permettant à tous les candidats d'apporter éventuellement des précisions complémentaires à leurs plis.

### Alerte

Ne demandez pas d'autres renseignements ou documents que ceux limitativement prévus à l'article 45. Celui-ci renvoi à une liste exhaustive. Les capacités professionnelles, techniques et financières exigibles des candidats doivent se situer à un niveau raisonnable et ne limitant pas excessivement la concurrence. N'exigez pas la détention d'une qualification précise, du type Qualibat, Qualifelec, identifications FNTP, certificats CAPEB, etc. Conformément à la jurisprudence «Révillon» du Conseil d'État, une telle exigence serait discriminante.

- Textes officiels: Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs

## Article 46

Modifié par Décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 - art. 60

I. - Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit en outre:

1° Les pièces prévues aux articles D.8222-5 ou D.8222-7 et D.8222-8 du code du travail; ces pièces sont à produire tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché;

2° Les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des administrations et organismes



compétents ainsi que la liste des impôts et cotisations sociales devant donner lieu à délivrance du certificat.

II. - Afin de satisfaire aux obligations fixées au 2° du I, le candidat établi dans un État autre que la France produit un certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine. Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré par le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment, ou dans les États où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays.

III. - Le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les certificats et attestations prévus au I et au II. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat éliminé. Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

IV. - Le pouvoir adjudicateur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté, aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent article.

## Conseil pratique

Utilisez les formulaires officiels, du type NOTI 2 (anciennement DC7), celui de l'URSSAF (pour le volet social), la liasse 3666 (pour le volet fiscal),... téléchargeables sur les sites Internet du Ministère de l'économie (rubrique marchés publics) et de l'URSSAF. Exigez le recto-verso de l'attestation URSSAF.

Admettez les équivalences dans les autres pays dont proviendraient les candidats potentiels.

## Alerte

Selon le Code du travail, pour toute commande de plus de 3000 euros TTC, l'acheteur public doit absolument disposer des attestations sociales du candidat retenu, et ce, tous les six mois si le marché a une durée d'exécution dépassant cette période.

### • Textes officiels :

Arrêté du 31 janvier 2003 pris pour l'application de l'article 46 du code des marchés publics et de l'article 8 du décret n°97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n°97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal

## Article 47

Modifié par Décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 - art. 60

Après signature du marché, en cas d'inexactitude des documents et renseignements mentionnés à l'article 44 et à l'article 46 ou de refus de produire les pièces prévues aux articles D.8222-5 ou D.8222-7 et D.8222-8 du code du travail conformément au 1° du I de l'article 46, il est fait application aux torts du titulaire des conditions de résiliation prévues par le marché.

## Conseil pratique

Anticipez (si possible) cette résiliation automatique de votre marché, en mettant en demeure le candidat de vous fournir toute explication sous un délai relativement court.

Vérifiez la solvabilité du candidat concerné, avant de tenter de lui appliquer une responsabilité aux torts de celui-ci, qui reviendrait à lui faire payer le préjudice que vous auriez subi du fait de son inexactitude des documents et renseignements fournis.

## Alerte

En l'absence de transmission des attestations fiscales et sociales tous les six mois conformément au Code du travail, suite à une demande du pouvoir adjudicateur, s'agissant d'un marché dont la durée d'exécution dépasse cette période, l'acheteur est contraint de résilier son marché. Il est conseillé de procéder préalablement à une mise en demeure écrite.

## Section 7 : Présentation des offres

### Article 48

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 15

I.- Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement défini à l'article 11.

L'acte d'engagement pour un marché ou un accord-cadre passé selon une procédure formalisée, lorsque l'offre est transmise par voie électronique, est signé électroniquement dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Sans préjudice des dispositions prévues à l'article 56 relatives à la copie de sauvegarde, les offres sont transmises en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même candidat, seule est ouverte la dernière offre reçue, par voie électronique ou sur support matériel, par le pouvoir adjudicateur dans le délai fixé pour la remise des offres.

II.- Dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises telles que définies par l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou à des artisans.

## Conseil pratique

Listez de manière très claire et exhaustive, dans votre règlement de consultation, ce que vous attendez comme pièces constitutives d'une offre. Pensez à demander éventuellement des échantillons, maquettes ou prototypes au titre de l'offre: si tel est le cas, prévoyez une indemnisation forfaitaire s'ils représentent une valeur financière significative. Vérifiez que votre acte d'engagement renvoi bien aux autres documents ayant valeur contractuelle, afin que la seule signature de celui-ci suffise à rendre contractuelles les autres pièces. Afin d'écartier toute incertitude, vous pouvez prévoir un document d'une page qui liste toutes les pièces à valeur contractuelle, en mentionnant au regard de chacune d'entre elles leur nombre de pages, et en exigeant que les soumissionnaires signent celle-ci.

## Alerte

Le CMP n'autorise pas de faire compléter une offre pour laquelle il manquerait un document clairement demandé dans le règlement de consultation. Elle permet de faire préciser une offre, mais rejette les offres incomplètes comme étant « irrégulières » (cf. art. 35-I-1°). Seules les candidatures peuvent être complétées.

En cas de réception de plusieurs offres de la part d'une même entreprise, n'ouvrez que celle qui a été reçue en dernier lieu.

N'exigez pas dans le contenu d'une offre, la remise du CCAP et/ou CCTP signés par les candidats, étant donné qu'ils n'ont pas le droit de les modifier en tant que tels. Les CCAP et CCTP faisant foi, sont ceux établis et conservés du côté de l'acheteur public. Les variantes sont formulées de manière distincte et non pas à travers des ratures ou amendements de ces cahiers des charges.

L'indication d'une intention de sous-traiter ou de ne pas sous-traiter, ne signifie pas grand-chose. Un candidat peut toujours changer d'avis en cours d'exécution et déclarer de nouveaux sous-traitants (en respectant certes les règles de sous-traitance prévues par la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 et les articles 112 à 117 du CMP).

• Textes officiels :

Arrêté du 28 août 2006 pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés.

## Article 49

*Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché ainsi que d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime.*

### Conseil pratique

Si vous demandez des échantillons, maquettes ou prototypes au titre de l'offre, prévoyez une indemnisation forfaitaire s'ils représentent une valeur financière significative. Dans l'esprit du « devis descriptif et estimatif » évoqué par cet article, il est indispensable de demander que les candidats remplissent un « Détail des Quantités Estimatives » (DQE) dans le cadre d'un marché à bons de commande, afin de permettre une comparaison des offres entre elles.

### Alerte

Évitez d'exiger des échantillons, maquettes ou prototypes, pour des marchés au faible montant. Adaptez le délai d'ouverture à la concurrence au temps de travail nécessaire pour élaborer la maquette ou le prototype demandé, s'il doit être réalisé spécifiquement pour soumissionner à votre marché.

## Article 50

*Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 16*

*I. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.*

*Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.*

*II. - Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte.*

*III. - Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.*

### Conseil pratique

Autorisez ou pas les variantes dans vos marchés, sachant que leur autorisation revient à renforcer vos chances de recevoir des offres particulièrement innovantes.

Interdisez toute variante dans le cadre de certains marchés, car sinon votre rapport d'analyse risque d'être particulièrement complexe et long à élaborer: réflexion à mener notamment s'agissant des variantes dans le domaine des marchés alimentaires, où elles risquent d'être particulièrement nombreuses.

Interdisez la remise d'une variante sans offre de base, cela vous évitera d'entrer dans le débat litigieux portant sur le caractère recevable d'une offre qui ne respecterait pas le cahier des charges selon l'acheteur (donc devant être rejetée), alors que selon le candidat il s'agissait d'une variante sans offre de base (donc analysable).

### Alerte

Ne confondez pas les « options » avec les « prestations supplémentaires éventuelles » (PSE) et les « variantes ». Ces dernières ne sont pas définies par le pouvoir adjudicateur mais par le candidat. Elles sont de véritables « offres alternatives ».

Si vous autorisez les variantes, ne les traduisez pas de manière trop détaillée car en ce cas, elles risquent d'être requalifiées en « prestations supplémentaires éventuelles » ou « options » auxquelles les soumissionnaires devaient impérativement répondre (ce qui n'est pas le cas des variantes).

Si vous autorisez les variantes, vous devez définir leur étendue (technique, financière, environnementale...): leur autorisation ne peut pas être générale. De plus, vous devez préciser leurs modalités de présentation. Pensez donc à rajouter ces précisions dans la rubrique « renseignements complémentaires » de vos appels à la concurrence pour lesquels, bien souvent, les outils informatiques ne prévoient qu'une case « oui » ou « non », sans autre possibilité rédactionnelle.

## Section 8: Les groupements d'opérateurs économiques

### Article 51

*Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 17*

*I. - Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence.*

*Le groupement est 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.*

*Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.*

*II. - Dans les deux formes de groupements, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et coordonne les prestations des membres du groupement.*

*Si le marché le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du pouvoir adjudicateur.*

*III. - En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. Pour les accords-cadres et les marchés à bons de commande, l'acte d'engagement peut n'indiquer que la répartition des prestations.*

En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.

IV. - Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des opérateurs économiques groupés, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces opérateurs économiques au stade de la passation du marché. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

L'acte d'engagement est signé soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises.

V. - La composition du groupement ne peut 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 est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.

VI. - L'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire 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.

VII. - Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué, si cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

## Conseil pratique

Exigez que les candidats se présentant sous la forme de groupement soient constitués en groupement « solidaire », c'est-à-dire avec une solidarité financière entre eux.

Admettez les candidatures des groupements n'ayant pas la forme que vous avez exigée, car celle-ci s'imposera quoi qu'il en soit dès la notification.

## Alerte

Ne rejetez pas les groupements où seul le mandataire est solidaire des autres membres, même si en principe, il n'existe que des groupements « solidaires » ou « conjoints ». Les formulaires types élaborés par le Ministère de l'économie admettent clairement cette hypothèse, qui correspond à une pratique courante.

## Section 9: Examen des candidatures et des offres

### Sous-section 1: Sélection des candidatures

#### Article 52

Modifié par Décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2

I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et

qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

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

Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

## Conseil pratique

N'exigez plus la remise d'une double enveloppe qui supposait la séparation d'une candidature et d'une offre. Le CMP ne prévoit plus ce système de la double enveloppe, sauf pour les procédures de concours avec remise d'esquisse où sont même prévues trois enveloppes.

Vérifiez en premier lieu si vous disposez de tous les documents que vous avez listés dans votre règlement de consultation et exigés au titre des candidatures.

Faites compléter le cas échéant les candidatures incomplètes en signalant aux autres candidats qu'ils peuvent également, dans le même délai imparti, insérer tout élément complémentaire à leur pli.

Dressez la liste des candidatures recevables et analysez uniquement les offres de celles-ci.

## Alerte

Pas d'analyse trop subjective au stade des candidatures. Il est devenu de plus en plus difficile de rejeter une candidature compte tenu de l'évolution de la réglementation et de la jurisprudence.

Ne rejetez pas les candidats qui ne disposent pas de références de précédents marchés déjà exécutés, comme le rappelle le CMP. Une entreprise peut avoir été créée récemment et disposer pourtant d'employés compétents. Une entreprise ayant déjà exécuté de nombreux marchés, peut avoir perdu une expertise précieuse suite au départ d'une partie de ses employés.

## Sous-section 2: Attribution des marchés

### Article 53

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 5

*I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde:*

*1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché;*

*2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.*

*II. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.*

*Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.*

*Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance.*

*Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.*

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

*IV. - 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.*

*2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.*

*3° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.*

### Conseil pratique

Pondérez systématiquement vos critères d'attribution, en indiquant un pourcentage, nombre de points, coefficients...

Évitez de mettre des pourcentages identiques pour deux critères. La pondération a tendance à être interprétée par les tribunaux comme supposant une hiérarchisation.

Privilégiez le critère du «coût global d'utilisation» ou de «coûts tout au long du cycle de vie» au lieu du critère du «prix» qui est très arithmétique et ne prend pas en compte une analyse plus globale.

Traduisez ce que vous entendez par «valeur technique», «caractère esthétique et fonctionnel» (et cf. autres critères utilisables), afin d'éviter les contestations ultérieures des notations mises dans votre rapport d'analyse des offres. Prévoyez par exemple, une liste de questions qui permettra de guider le candidat dans la rédaction de son mémoire technique ou de sa note méthodologique, et vous facilitera la justification de votre note.

Utilisez le système de préférence défini à l'article 53-IV du CMP pour les entités pouvant en bénéficier, à l'instar des artisans et sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP).

### Alerte

N'oubliez pas de prévoir une dimension environnementale et/ou sociale dans votre marché, soit au niveau des critères d'attribution (art. 53), soit au niveau des conditions d'exécution (clause du cahier des charges, art. 14), soit à travers des marchés réservés (art. 15), etc. Cette obligation de prise en compte d'objectifs de développement durable est prévue à l'article 5 du CMP.

Pondérez également vos éventuels «sous-critères»: tout élément donnant lieu à une notation autonome dans le rapport d'analyse d'offres doit avoir fait l'objet d'une mention dans le règlement de consultation avec la précision de son poids (pourcentage, nombre de points, coefficients...)

## Sous-section 3: Procédure de sélection des offres au moyen d'enchères électroniques

### Article 54

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 8

*I. - 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 et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre.*

*II. - Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique que pour les marchés de fournitures d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26.*

*Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché.*

*III. - L'enchère électronique porte sur le prix, sur d'autres critères quantifiables ou à la fois sur le prix et d'autres critères quantifiables.*

*Elle intervient après une première évaluation complète des offres permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatisé.*

*IV. - Le pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis d'appel public à la concurrence.*

*Les documents de la consultation comportent, au moins, les informations suivantes:*

*1° Les éléments quantifiés des offres sur lesquels porte l'enchère électronique;*

*2° Le cas échéant, la variation minimale de ces éléments;*

*3° La nature des informations qui seront communiquées aux candidats au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront;*

*4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique, notamment les conditions dans lesquelles les candidats pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés;*

*5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion;*

*6° La durée de l'enchère.*

*V. - L'enchère électronique commence après que les offres ont été évaluées au regard des critères ne faisant pas l'objet de l'enchère.*



Tous les candidats ayant présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément par voie électronique à participer à l'enchère en présentant de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs.

Lorsque le choix de l'attributaire du marché n'est pas fondé sur le seul critère du prix, l'invitation adressée à chaque candidat est accompagnée du résultat de l'évaluation de son offre réalisée en application du premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules sont fournies séparément pour chaque variante.

VI. - L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases dans des conditions précisées dans les documents de la consultation. Elle ne peut durer moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

VII. - Les candidats sont informés instantanément de leur classement ou du résultat de la meilleure offre. Ils peuvent également être informés du nombre de candidats à l'enchère et, si les documents de la consultation le prévoient, des prix et valeurs proposés par les autres candidats. Cependant, en aucun cas, l'identité des candidats ne peut être divulguée pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

VIII. - Le pouvoir adjudicateur clôt l'enchère électronique selon l'une des modalités suivantes :

1° Aux date et heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère;

2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouvelles enchères dans les conditions prévues par l'invitation à participer à l'enchère;

3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère, ont eu lieu.

IX. - Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué conformément au I de l'article 53, en fonction des résultats de l'enchère électronique et sous réserve que le candidat dont l'offre est retenue produise les certificats et attestations mentionnés aux I et II de l'article 46, dans les conditions fixées par le III du même article.

## Conseil pratique

Utilisez le système des enchères électroniques, (notamment) chaque fois où la prestation de fourniture est relativement standardisée et peut faire l'objet du critère unique du prix.

Regardez si les enchères électroniques sont pratiquées dans le secteur privé du domaine concerné par votre marché. C'est un bon indicateur en termes de garantie d'efficacité.

## Analyses

Les enchères électroniques ne sont pas autorisées en France dans le domaine des services et travaux.

Évitez les enchères électroniques dans le domaine des prestations intellectuelles, même si le Code des marchés publics les autorise désormais pour des marchés publics de services.

### Sous-section 4: Offres anormalement basses

#### Article 55

Modifié par Décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2

Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-

sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi. Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction;

2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services;

3° L'originalité de l'offre;

4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée;

5° L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre pour ce motif en informe la Commission européenne.

## Conseil pratique

Considérez qu'une offre « anormalement basse » n'est pas nécessairement une offre trop basse financièrement : il s'agit avant tout d'une offre « incohérente » (il n'est pas possible de réaliser la prestation souhaitée à ce tarif ou pour ce nombre d'heures, etc.). Une association largement subventionnée ou une personne publique soumissionnant à un marché peuvent très bien proposer une offre très peu coûteuse, sans être pour autant « anormalement basse ». Faites systématiquement des écrits s'agissant de vos demandes d'informations sur le contenu d'une offre qui vous semblerait anormalement basse et conservez la réponse écrite.

Demandez ces explications avant la rédaction définitive du rapport d'analyse des offres et sa présentation en Commission d'appel d'offres.

Établissez un tableau décomposant la structure même de l'offre et demandez au candidat auteur de l'offre supposée être anormalement basse, de le compléter, en indiquant les prix unitaires, les nombres d'heures, etc. Ne demandez pas pour autant la marge bénéficiaire ou le tarif des fournisseurs du candidat, cela reviendrait à violer le droit de la concurrence. La marge bénéficiaire doit être ventilée sur l'ensemble des postes.

## Alerte

Ne rejetez pas d'office une offre anormalement basse sans avoir demandé par écrit des explications au candidat concerné.

Le rejet d'une offre anormalement basse relève de la seule compétence de la Commission d'appel d'offres concernant les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux.

## Section 10: Communications et échanges d'informations par voie électronique

### Article 56

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 19

I. Dans toutes les procédures de passation des marchés publics et accords-cadres, les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production de supports physiques électroniques, selon les dispositions prévues au présent article.

Le mode de transmission est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence de cet avis, dans les documents de la consultation.

Les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils adressent au pouvoir adjudicateur.

II. Le pouvoir adjudicateur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

Pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique.

III. Pour les marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser de recevoir les documents transmis par voie électronique.

IV. Dans les cas où la transmission électronique est obligatoire et dans ceux où elle est une faculté donnée aux candidats, le pouvoir adjudicateur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Dans le cas des marchés passés selon une procédure adaptée, ces modalités tiennent compte des caractéristiques du marché, notamment de la nature et du montant des travaux, fournitures ou services en cause. Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat.

V. Les candidats qui présentent leurs documents par voie électronique peuvent adresser au pouvoir adjudicateur, sur support papier ou support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces 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.

VI. Dans le cadre des marchés passés selon les procédures de groupement prévues aux articles 7 et 8, le coordonnateur désigné par le groupement assume les obligations mises par les dispositions du présent article à la charge du pouvoir adjudicateur.

Dans le cas de candidatures groupées conformément à l'article 51, le mandataire assure la sécurité et l'authenticité des informations transmises au nom des membres du groupement.

NOTA: conformément à l'article 51 II du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011, les dispositions du III de l'article 56 du code des marchés publics dans leur rédaction issue de l'article 19 dudit décret entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Antérieurement à cette date, les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ne peuvent refuser de recevoir les documents transmis par voie électronique pour les marchés passés selon une procédure formalisée.

## Conseil pratique

Incitez à la dématérialisation des procédures de marchés publics. Elle va devenir véritablement obligatoire pour tous les marchés publics dans un avenir très proche. Disposez d'une plateforme de dématérialisation, même si vous êtes une petite structure d'achat, car vous ne pourrez pas fonctionner en toute légalité au regard du droit européen et français des marchés publics.

## Alerte

Vérifiez que la plateforme choisie respecte bien toutes les contraintes techniques imposées par la réglementation sur les signatures électroniques, les séquestres, etc.

## Chapitre IV : Définition et déroulement des différentes procédures de marchés publics

### Section 1: Appel d'offres

#### Sous-section 1: Appel d'offres ouvert

#### Article 57

Modifié par Décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2

I. - Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues à l'article 40.

II. - 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ce délai minimal ne peut être réduit pour des motifs d'urgence.

2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies:

a) L'avis de pré-information prévu à l'article 39 a été publié;

b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence;

c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de pré-information.

3° (alinéa abrogé);

4° Les délais mentionnés aux 1° et 2° peuvent être réduits de sept jours lorsque l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par voie électronique.

5° Le délai mentionné au 1° peut être réduit de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

6° Les réductions de délais mentionnées aux 4° et 5° peuvent être cumulées sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai minimal à vingt-deux jours du fait de la publication d'un avis de pré-information en application du 2°.

III. - Lorsque les documents de la consultation ne sont pas accessibles par voie électronique, ils sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile dans les six jours qui suivent leur demande.

Les renseignements complémentaires sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des offres.

IV. - Les délais minimaux mentionnés au II sont prolongés dans les hypothèses suivantes:

1° Lorsque les délais prévus au III ne peuvent être respectés;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

V. - Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Ils comportent une enveloppe comprenant les documents relatifs à la candidature et à l'offre. Pour les marchés allotés, les candidats peuvent soit présenter un seul exemplaire des documents relatifs à leur candidature et scinder lot par lot les éléments relatifs à leurs offres, soit présenter pour chacun des lots les éléments relatifs à leurs candidatures et à leurs offres.

## Conseil pratique

Calculez le nombre de jours du délai d'ouverture à la concurrence en partant du lendemain du jour de l'envoi à l'organe de publication de l'avis.

Fixez une heure limite de réception, à défaut ce sera 23h59, or votre structure n'est peut-être pas capable de recevoir des plis déposés jusqu'à cette heure tardive.

Rappelez dans votre règlement de consultation les horaires d'ouverture du bâtiment où pourront être déposés les plis.

## Alerte

Rallongez vos délais d'ouverture à la concurrence, si une visite sur place est prévue, si des documents complémentaires doivent être consultés dans vos locaux, etc.

Rallongez les délais réglementaires cas par cas, en fonction de l'ampleur des documents devant être fournis (longueur du mémoire technique ou de la note méthodologique, quantité impor-

tante de plans à étudier, etc.) et de l'exigence ou non de remise d'échantillons, maquettes ou prototypes.

## Article 58

Modifié par Décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2

*I. - L'ouverture des plis n'est pas publique; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence. Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52.*

*II. - Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, les candidatures qui ne peuvent être admises en application des dispositions de l'article 52 sont éliminées. Cette élimination est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article 80.*

*III. - Les offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35 sont éliminées. Cette élimination est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.*

### Conseil pratique

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner comme tels sur le registre de dépôts.

Faites compléter le cas échéant les « candidatures » (pas les « offres ») incomplètes en signalant aux autres candidats qu'ils peuvent également, dans le même délai imparti, insérer tout élément complémentaire à leur pli.

Éliminez automatiquement les offres qui s'avéreraient être irrégulières (c'est-à-dire principalement incomplètes, cf. définition figurant dans l'art. 35-I-1°), inacceptables (hors de prix: cf. définition dans l'art. 35-I-1°) ou inappropriées (sans rapport avec l'objet du marché ou assimilées à une absence d'offre: cf. définition dans l'article 35-II-3°), sans les noter et les classer. Seules les autres offres recevables sont notées et classées.

### Alerte

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis, sauf s'il s'agit d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. En France, ces séances ne sont pas publiques.

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures.

## Article 59

Modifié par Décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2

*I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.*

*II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.*

*Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.*

*Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.*

*Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80. Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.*

*III. - Lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35, l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux. Cette déclaration est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Les candidats qui ont remis un dossier au pouvoir adjudicateur en sont informés. Lorsque l'appel d'offres est déclaré infructueux, il est possible de mettre en œuvre:*

*1° Soit un nouvel appel d'offres ou, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un marché négocié dans les conditions prévues au 3° du II de l'article 35 dans le cas d'offres inappropriées ou au 1° du I de l'article 35 dans le cas d'offres irrégulières ou inacceptables;*

*2° Soit, s'il s'agit d'un lot qui remplit les conditions mentionnées au III de l'article 27, une procédure adaptée.*

*Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux et médico-sociaux, la commission d'appel d'offres choisit le type de procédure à mettre en œuvre.*

*IV. - À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.*

### Conseil pratique

Déclarer « sans suite » pour « motif d'intérêt général » un lot ne vous empêche pas de le relancer dans un second temps sous la forme d'une procédure adaptée s'il entre dans les conditions d'application de l'article 27-III du GMP relatif à la théorie des « petits lots ».

Appliquez les notions d'offres « irrégulières » (c'est-à-dire principalement incomplètes, cf. définition figurant dans l'art. 35-I-1°), « inacceptables » (hors de prix: cf. définition dans l'art. 35-I-1°) ou « inappropriées » (sans rapport avec l'objet du marché ou assimilées à une absence d'offre: cf. définition dans l'article 35-II-3°). Seules les autres offres recevables sont notées et classées.

### Alerte

« Proposez » simplement à la CAO de retenir tel ou tel opérateur économique, car si vous êtes une collectivité territoriale, le choix de l'offre économique la plus avantageuse est effectué par la commission d'appel d'offres.

Demandez les attestations fiscales et sociales uniquement aux candidats qui ne les auraient pas déjà transmises dans leur dossier et évitez de leur adresser un courrier qui leur dirait expressément qu'ils seront retenus comme titulaires d'un marché, car vous devez d'abord écrire aux non-retenus avant de notifier le marché au(x) titulaire(s).

## Sous-section 2: Appel d'offres restreint

### Article 60

Modifié par Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 6

*I. - Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues à l'article 40.*

*Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats*



admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

II. - Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence, est de trente-sept jours, à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique. En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai minimal peut être ramené à quinze jours ou à dix jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.

III. - Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

### Conseil pratique

Procédez à un appel d'offres « restreint » si vous pensez que vous risquez de recevoir trop d'offres à analyser pour un lot déterminé (cela peut être le cas pour des lots « peinture », « serrurerie... ») eu égard à son montant relativement faible. Cette procédure permet de fixer dès le départ un nombre maximum de candidats qui seront admis à remettre une offre dans un second temps. Cette procédure est cependant plus longue que celle de l'appel d'offres « ouvert ».

Utilisez la possibilité de recourir à une procédure adaptée pour des « petits » lots qui relèveraient cependant d'une consultation plus globale soumise à la procédure d'appel d'offres, si les conditions définies à l'article 27-III du CMP sont réunies.

### Alerte

Fixez en réalité un nombre maximum se situant au moins à « six » et non pas à « cinq » dans le cadre d'une procédure restreinte, comme l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne dans sa décision « Commission européenne c/France », concernant le Conseil Général du Nord et le Conseil Régional Nord Pas-de-Calais du 26 septembre 2000 (C-225/98).

Le pouvoir adjudicateur doit en réalité fixer un nombre « maximum » se situant dans une fourchette dont le « minimum » est d'au moins cinq.

### Article 61

Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 23

I. - L'ouverture des plis n'est pas publique; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence. Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52.

II. - La liste des candidats autorisés à présenter une offre en application des dispositions de l'article 52 est établie au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures. Elle est établie par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article 80.

### Conseil pratique

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner comme tels sur le registre de dépôts.

Faites compléter le cas échéant les « candidatures » (pas les « offres ») incomplètes en signalant aux autres candidats qu'ils peuvent également, dans le même délai imparti, insérer tout élément complémentaire à leur pli.

### Alerte

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis, sauf s'il s'agit d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. En France, ces séances ne sont pas publiques.

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures.

### Article 62

Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 7

I. - Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés.

Cette lettre de consultation comporte au moins:

1° Les documents de la consultation, ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique;

2° La date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française;

3° Les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié;

4° Le cas échéant, la date limite pour demander des documents complémentaires;

5° La liste des documents à fournir avec l'offre.

II. - 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies:

a) L'avis de pré-information prévu à l'article 39 a été publié;

b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence;

c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de pré-information.

3° (alinéa abrogé);

4° Les délais de réception des offres mentionnés aux 1° et 2° peuvent être réduits de cinq jours lorsque le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

III. - En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, les délais de réception des offres mentionnés au II peuvent être ramenés à dix jours.

IV. - Les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

V. - Le délai minimal mentionné au II est prolongé dans les hypothèses suivantes:

1° Lorsque le délai prévu au IV ne peut être respecté;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

VI. - Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.



## Conseil pratique

Procédez à toutes ces formalités de consultation par écrit. Tous vos envois peuvent avoir lieu par tout moyen assurant date certaine de réception.

Calculez le nombre de jours du délai d'ouverture à la concurrence en partant du lendemain du jour de l'envoi de la lettre de consultation.

Fixez une heure limite de réception, à défaut ce sera 23h59, or votre structure n'est peut-être pas capable de recevoir des plis déposés jusqu'à cette heure tardive.

Rappelez les horaires d'ouverture du bâtiment où pourront être déposés les plis, dans votre lettre de consultation.

## Alerte

Rallongez vos délais d'ouverture à la concurrence, si une visite sur place est prévue, si des documents complémentaires doivent être consultés dans vos locaux, etc.

Rallongez les délais réglementaires au cas par cas, en fonction de l'ampleur des documents devant être fournis (longueur du mémoire technique ou de la note méthodologique, quantité importante de plans à étudier, etc.) et de l'exigence ou non de remise d'échantillons, maquettes ou prototypes.

## Article 63

*Modifié par Décret n°2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2*

*L'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique. Les candidats n'y sont pas admis.*

*Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans la lettre de consultation.*

*Les offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35 sont éliminées. Cette élimination est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.*

## Article 64

*Modifié par Décret n°2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2*

*I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.*

*II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.*

*Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article. Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80.*

*Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.*

*III. - Lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35, l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux. Cette déclaration est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Les candidats qui ont remis un dossier au pouvoir adjudicateur en sont informés.*

*Lorsque l'appel d'offres est déclaré infructueux, il est possible de mettre en œuvre :*

*1° Soit un nouvel appel d'offres, ou si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un marché négocié dans les conditions prévues au 3° du II de l'article 35 dans le cas d'offres inappropriées ou au 1° du I de l'article 35 dans le cas d'offres irrégulières ou inacceptables ;*

*2° Soit, s'il s'agit d'un lot qui remplit les conditions mentionnées au III de l'article 27, une procédure adaptée.*

*Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux et médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui choisit le type de procédure à mettre en œuvre.*

*IV. - À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.*

## Conseil pratique

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner comme tels sur le registre de dépôts.

Éliminez automatiquement les offres qui s'avèreraient être irrégulières (c'est-à-dire principalement incomplètes, cf. définition figurant dans l'art. 35-I-1°), inacceptables (hors de prix: cf. définition dans l'art. 35-I-1°) ou inappropriées (sans rapport avec l'objet du marché ou assimilées à une absence d'offre: cf. définition dans l'article 35-II-3°), sans les noter et les classer. Seules les autres offres recevables sont notées et classées.

Déclarer « sans suite » pour « motif d'intérêt général » un lot ne vous empêche pas de le relancer dans un second temps sous la forme d'une procédure adaptée s'il entre dans les conditions d'application de l'article 27-III du GMP relatif à la théorie des « petits lots ».

## Alerte

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis, sauf s'il s'agit d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. En France, ces séances ne sont pas publiques.

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures.

« Proposez » simplement à la Commission d'Appel d'Offres de retenir tel ou tel opérateur économique, car si vous êtes une collectivité territoriale, le choix de l'offre économique la plus avantageuse est effectué par la commission d'appel d'offres.

Demandez les attestations fiscales et sociales uniquement aux candidats qui ne les auraient pas déjà transmises dans leur dossier et évitez de leur adresser un courrier qui leur dirait expressément qu'ils seront retenus comme titulaires d'un marché, car vous devez d'abord écrire aux non-retenus avant de notifier le marché au(x) titulaire(s).

## Section 2: Procédures négociées

### Article 65

*Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 8*

*I. - La procédure négociée est organisée conformément aux dispositions suivantes.*

*Lorsqu'il doit être procédé à un avis d'appel public à la concurrence, cet avis est publié dans les conditions prévues à l'article 40.*

*Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats*

admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Annulation en Conseil d'État (1).

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

II. - Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence, est de trente-sept jours, à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.

En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai minimal peut être ramené à quinze jours ou à dix jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.

III. - Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

IV. - Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52.

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à négocier est établie en application des dispositions de l'article 52.

Les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article 80.

## Conseil pratique

Ayez recours à une procédure négociée uniquement dans les cas énumérés à l'article 35 du CMP. Si vous pouvez mettre en œuvre une procédure adaptée (pouvant comporter une phase de négociation), elle doit être privilégiée car elle est plus souple qu'une procédure négociée définie par le présent article.

Prévoyez dans votre règlement de consultation, une négociation en « cascades » : à l'issue d'une première phase de négociation, vous renégociez avec la moitié des candidats ; puis à l'issue de la seconde phase de négociation, vous renégociez avec encore la moitié des offres déjà renégociées précédemment, etc. Ainsi vous respecterez le principe d'égalité de traitement des candidats, en établissant la règle du jeu dès le départ. À noter que vous devez conserver au moins trois plis en renégociation (il n'est plus possible ensuite de les diviser). Le critère de la « moitié » est purement indicatif pour illustrer : un acheteur peut opter pour le critère d'un tiers par exemple.

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner sur le registre de dépôts.

Faites compléter le cas échéant les « candidatures » (pas les « offres ») incomplètes en signalant aux autres candidats qu'ils peuvent également, dans le même délai imparti, insérer tout élément complémentaire à leur pli.

## Alerte

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis, sauf s'il s'agit d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. En France, ces séances ne sont pas publiques.

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure : la collégialité étant souhaitable en terme de sécurisation des procédures.

## Article 66

Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 25

I. - Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés.

Cette lettre de consultation comporte au moins :

1° Les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;

2° La date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ;

3° Les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié ;

4° Le cas échéant, la date limite pour demander des documents complémentaires ;

5° La liste des documents à fournir avec l'offre.

II. - Les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

En cas de délais réduits du fait de l'urgence, ces renseignements sont communiqués aux opérateurs économiques qui le demandent en temps utile quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

III. - Le délai de réception des offres est librement fixé par le pouvoir adjudicateur. Il est prolongé dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque les délais prévus au II ci-dessus ne peuvent être respectés ;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

IV. - Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

V. - Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans la lettre de consultation.

Les offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 sont éliminées.

La négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché tels qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation, sans l'accord de celui-ci.

La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés, par application des critères de sélection des offres établis conformément à l'article 53 indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

VI. - Au terme des négociations, après classement des offres conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

En cas d'urgence impérieuse prévue au 1° du II de l'article 35, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 25.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.

Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80.

Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.

## Conseil pratique

Procédez à toutes ces formalités de consultation par écrit. Tous vos envois peuvent avoir lieu par tout moyen assurant date certaine de réception.

Calculez le nombre de jours du délai d'ouverture à la concurrence en partant du lendemain du jour de l'envoi de la lettre de consultation. Fixez une heure limite de réception, à défaut ce sera 23h59, or votre structure n'est peut-être pas capable de recevoir des plis déposés jusqu'à cette heure tardive.

Rappelez les horaires d'ouverture du bâtiment où pourront être déposés les plis, dans votre lettre de consultation.

Engagez une négociation en « cascade », si elle a été prévue dans votre règlement de consultation: à l'issue d'une première phase de négociation, vous renégociez avec la moitié des candidats; puis à l'issue de la seconde phase de négociation, vous renégociez avec encore la moitié des offres déjà renégociées précédemment, etc. Ainsi vous respecterez le principe d'égalité de traitement des candidats, en établissant la règle du jeu dès le départ. À noter que vous devez conserver au moins trois plis en renégociation (il n'est plus possible ensuite de les diviser). Le critère de la « moitié » est simplement indiqué pour illustrer: un acheteur peut opter pour le critère d'un tiers par exemple.

## Alerte

Rallongez vos délais d'ouverture à la concurrence, si une visite sur place est prévue, si des documents complémentaires doivent être consultés dans vos locaux, etc.

Rallongez les délais réglementaires cas par cas, en fonction de l'ampleur des documents devant être fournis (longueur du mémoire technique ou de la note méthodologique, quantité importante de plans à étudier, etc.) et de l'exigence ou non de remise d'échantillons, maquettes ou prototypes.

Éliminez automatiquement les offres qui s'avèreraient être « inappropriées » (sans rapport avec l'objet du marché ou assimilées à une absence d'offre: cf. définition dans l'article 35-II-3°), sans les noter et les classer. Seules les autres offres recevables sont notées et classées.

## Section 3: Procédure de dialogue compétitif

### Article 67

Modifié par Décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2

La procédure de dialogue compétitif est organisée conformément aux dispositions suivantes.

*I. - Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues à l'article 40. Les besoins et exigences sont définis par le pouvoir adjudicateur dans cet avis et, le cas échéant, dans un projet partiellement défini ou dans un programme fonctionnel.*

*Les modalités du dialogue sont définies dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.*

*Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.*

*[Annulation en Conseil d'État]*

*Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut conti-*

*nuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.*

*II. - Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence, est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis, ou de trente jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.*

*III. - Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.*

*IV. - L'ouverture des plis n'est pas publique; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence.*

*Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur, qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52. Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à dialoguer est établie en application des dispositions de l'article 52. Les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article 80.*

*V. - Les candidats sélectionnés sont simultanément invités, par écrit, à participer au dialogue.*

*L'invitation à participer au dialogue comporte au moins:*

*1° Les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique;*

*2° Les références de l'avis d'appel public à la concurrence;*

*3° La date et le lieu de déroulement du dialogue, ainsi que l'obligation d'utiliser la langue française;*

*4° Le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires;*

*5° La liste des documents à fournir.*

*VI. - Le dialogue s'ouvre avec les candidats sélectionnés.*

*L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés.*

*La procédure peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères de sélection des offres, indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées. Au cours du dialogue, chaque candidat est entendu dans des conditions d'égalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.*

*VII. - Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation. Il les invite à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours. L'invitation à remettre leur offre finale comporte au moins la date et l'heure limites de réception de ces offres, l'adresse à laquelle elles seront transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du marché.*

*Les renseignements complémentaires sur le programme fonctionnel ou le projet partiellement défini sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres finales.*

*Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre finale, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.*



VIII. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Il peut être demandé au candidat retenu de clarifier des aspects de son offre ou de confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.

Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80. Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

IX. - Lorsqu'aucune offre finale n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35, le dialogue compétitif est déclaré sans suite ou infructueux. Cette déclaration est effectuée par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Les candidats qui ont remis un dossier au pouvoir adjudicateur en sont informés. Lorsque le dialogue compétitif est déclaré infructueux, il est possible de mettre en œuvre :

1° Soit un nouveau dialogue compétitif, un appel d'offres ou, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un marché négocié dans les conditions prévues au 1° du I de l'article 35;

2° Soit, s'il s'agit d'un lot qui remplit les conditions mentionnées au III de l'article 27, une procédure adaptée.

Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux et médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui choisit le type de procédure à mettre en œuvre.

X. - Il peut être prévu dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence qu'une prime sera allouée à tous les participants au dialogue ou à ceux dont les propositions ont fait l'objet de la discussion ou encore à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée en application de l'alinéa précédent.

XI. - À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.

### Conseil pratique

Vérifiez si les conditions pour recourir à une procédure de dialogue compétitif sont réunies. Elle a vocation à s'appliquer pour des opérations complexes nécessitant une performance technique, environnementale, financière ou autre, importante.

Calculez le nombre de jours des délais d'ouverture à la concurrence en partant du lendemain du jour du point de départ du calcul. Fixez une heure limite de réception, à défaut ce sera 23h59, or votre structure n'est peut-être pas capable de recevoir des plis déposés jusqu'à cette heure tardive.

Rappelez les horaires d'ouverture du bâtiment où pourront être déposés les plis, dans votre lettre de consultation.

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner sur le registre de dépôts.

Faites compléter le cas échéant les « candidatures » (pas les « offres ») incomplètes en signalant aux autres candidats qu'ils peuvent également, dans le même délai imparti, insérer tout élément complémentaire à leur pli.

### Alerte

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis ou de dialogue, sauf s'il s'agit

d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. Évitez d'ouvrir les plis ou de mener un dialogue sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures. Considérez qu'un dialogue compétitif porte sur la recherche de solutions et non pas sur la négociation d'une offre déjà reçue. « Proposez » simplement à la CAO de retenir tel ou tel opérateur économique, car si vous êtes une collectivité territoriale, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est effectué par la commission d'appel d'offres. Demandez les attestations fiscales et sociales uniquement aux candidats qui ne les auraient pas déjà transmises dans leur dossier et évitez de leur adresser un courrier qui leur dirait expressément qu'ils seront retenus comme titulaires d'un marché, car vous devez d'abord écrire aux non-retenus avant de notifier le marché au(x) titulaire(s).

## Section 4: Autres procédures

### Sous-section 1: Marché relatif à des opérations de communication

#### Article 68

Lorsque les marchés relatifs à des opérations de communication sont passés conformément à la procédure de dialogue compétitif ou à la procédure négociée, ils peuvent comporter une ou plusieurs phases de réalisation dont le montant global est défini préalablement à l'exécution du marché. Ils sont alors passés pour une durée de quatre ans au plus.

À l'issue de chaque phase de réalisation, le pouvoir adjudicateur peut, sur la base des résultats obtenus, définir éventuellement, après avis du titulaire du marché, parmi les prestations prévues au marché, les nouveaux moyens à mettre en œuvre pour la phase suivante, en vue d'atteindre les objectifs de l'opération de communication.

Cette consultation du titulaire du marché ne peut cependant donner lieu, sans fausser la concurrence ou avoir un effet discriminatoire, à une modification des caractéristiques essentielles du marché.

Ces marchés prévoient la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'arrêter leur exécution au terme d'une ou de plusieurs de ces phases.

### Conseil pratique

Il s'agit de l'une des rares hypothèses où il est possible de modifier les « moyens » en cours d'exécution afin d'atteindre les « objectifs » contractualisés initialement, et ce, à l'échéance de chaque phase définie dans le marché.

### Alerte

Les « moyens » potentiellement utilisables doivent avoir été définis dans le marché, à travers par exemple un bordereau de prix unitaires, afin d'éviter de modifier substantiellement les caractéristiques essentielles du marché.

La durée de ces marchés est encadrée: elle est au maximum de quatre ans.

### Sous-section 2: Marché de conception-réalisation

#### Article 69

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 8

I. - Les marchés de conception-réalisation définis à l'article 37 sont passés par les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée selon la procédure d'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions particulières qui suivent:



Un jury est composé dans les conditions fixées par le I de l'article 24. Il comporte, dans tous les cas, au moins un tiers de maîtres d'œuvre désignés par le président du jury. Ces maîtres d'œuvre sont indépendants des candidats et du pouvoir adjudicateur et sont compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Le pouvoir adjudicateur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir auditionnés. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, 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.

Le pouvoir adjudicateur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Cependant, ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché. Le marché est attribué au vu de l'avis du jury. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché. Le règlement de la consultation prévoit le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont le jury a estimé que les offres remises avant l'audition étaient incomplètes ou ne répondaient pas au règlement de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20%. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

II. - Dans le cas des opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, et si les conditions définies aux articles 36 et 37 sont réunies, les marchés de conception-réalisation peuvent également être passés selon la procédure du dialogue compétitif. Ils suivent alors les dispositions prévues à l'article 67.

III. - Lorsque le marché de conception-réalisation est d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, et si les conditions définies à l'article 37 sont réunies, il peut être passé selon une procédure adaptée régie par l'article 28.

IV. - Dans les cas prévus aux II et III ci-dessus, si les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, ils mentionnent également le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont l'offre ne répondait pas aux documents de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20%. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

## Conseil pratique

Vérifiez si les conditions pour recourir à une procédure de conception-réalisation sont réunies. Elle a vocation à s'appliquer pour des opérations complexes où la séparation de la phase «conception» de celle des «travaux» seraient préjudiciable pour le maître d'ouvrage. Mettez en place un jury dans le cadre de cette procédure, dans les conditions prévues à l'article 24 du Code.

## Alerte

N'oubliez pas de prévoir une prime dans votre règlement de consultation eu égard aux prestations remises dans le cadre de la consultation. «Proposez» simplement à la CAO de retenir tel ou tel opérateur économique, car si vous êtes une collectivité territoriale (ou un établissement public local, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux), le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est effectué par la commission d'appel d'offres.

## Sous-section 3: Concours

### Article 70

Modifié par Décret n°2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2

I. - Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues à l'article 40. Les délais de réception des candidatures et des offres sont ceux de l'appel d'offres. En cas de concours ouvert, les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe contenant les renseignements relatifs à leur candidature, une seconde enveloppe contenant les prestations demandées et une troisième enveloppe contenant leur offre de prix pour la réalisation du marché. En cas de concours restreint, les plis adressés par les candidats contiennent les seuls renseignements relatifs à leur candidature.

II. - L'ouverture des plis n'est pas publique; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence. Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur, qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52.

III. - 1° Les candidatures sont transmises au jury qui les examine. Il dresse un procès-verbal et formule un avis motivé.

La liste des candidats admis à concourir est arrêtée et les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article 80.

2° En concours ouvert, la deuxième enveloppe contenant les prestations demandées et la troisième enveloppe contenant l'offre de prix sont rendues aux candidats éliminés sans avoir été ouvertes.

3° En concours restreint, le nombre de candidats admis à concourir ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre de candidats retenus en application des critères de sélection des candidatures n'est pas suffisant. Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à concourir. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à concourir et peut également fixer un nombre maximum.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

Les candidats admis à concourir sont invités à remettre leurs prestations et une enveloppe séparée contenant leur offre de prix pour la réalisation du marché.

IV. - Avant leur communication au jury, les enveloppes relatives aux prestations sont ouvertes. Les prestations demandées sont enregistrées. Le pouvoir adjudicateur est tenu de les rendre anonymes si le montant estimé du marché de services à passer avec le lauréat est égal ou supérieur aux seuils des marchés passés selon une procédure formalisée. Elles peuvent faire l'objet d'une analyse préalable destinée à préparer le travail du jury.

V. - Les prestations des candidats sont ensuite transmises au jury qui les évalue, en vérifie la conformité au règlement du concours et en propose un classement fondé sur les critères indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence. Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des prestations, dans lequel il consigne ses observations et tout point nécessitant des éclaircissements, et formule un avis motivé. Ce procès-verbal est signé par tous les membres du jury. L'anonymat est respecté jusqu'à l'avis du jury.

VI. - Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans ce procès-verbal afin de clarifier tel ou tel aspect d'un projet. Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

VII. - Après réception de l'avis et des procès-verbaux du jury, et après examen de l'enveloppe contenant le prix, le ou les lauréats du concours sont choisis par le pouvoir adjudicateur.

Des primes sont allouées aux candidats conformément aux propositions du jury.

VIII. - Le ou les lauréats sont invités à négocier et le marché qui fait suite au concours est attribué. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché.

IX. - Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.

Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80. Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié.

### Conseil pratique

Faites un concours « restreint » si l'objet de votre marché relève du champ de la « maîtrise d'œuvre » (au sens de la loi MOP du 12 juillet 1985) et non pas un concours « ouvert ». Mettez en place un « jury de concours » dans le cadre de cette procédure.

### Alerte

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures. Cette séance d'ouverture des plis n'est cependant pas publique.

Veillez à ce que toute commission technique qui interviendrait avant la présentation au jury de concours ne soit pas composée à l'identique du jury, et ne remplisse surtout pas le même rôle que le jury. Elle ne doit en aucun cas se substituer au rôle du jury de concours. C'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché final, s'agissant des collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux. Demandez les attestations fiscales et sociales uniquement aux candidats qui ne les auraient pas déjà transmises dans leur dossier et évitez de leur adresser un courrier qui leur dirait expressément qu'ils seront retenus comme titulaires d'un marché, car vous devez d'abord écrire aux non-retenus avant de notifier le marché au(x) titulaire(s).

## Chapitre V : Dispositions spécifiques à certains marchés

### Section 1 : Obligation de décoration des constructions publiques

#### Article 71

Les conditions dans lesquelles sont passés les marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application de dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques sont précisées par décret.

#### • Textes officiels:

Décret n°2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation.

Arrêté du 22 mars 2005 pris en application de l'article 1<sup>er</sup> du décret n°2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation

### Section 2 : Marchés à tranches conditionnelles

#### Article 72

Le pouvoir adjudicateur peut passer un marché sous la forme d'un marché à tranches conditionnelles.

Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché 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 conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit.

### Conseil pratique

Ayez recours à un marché à tranches lorsque vous n'êtes pas certain de faire exécuter la totalité d'une prestation et que vous souhaitez malgré tout disposer d'un même opérateur économique titulaire pour l'ensemble des prestations, y compris celles hypothétiques.

Affermissez chaque tranche conditionnelle par un simple courrier envoyé par télécopie (en veillant à imprimer l'accusé réception) ou courrier en recommandé avec accusé réception.

Réservez la possibilité de prévoir des clauses d'indemnité d'attente ou de dédit, uniquement pour des cas extrêmes d'incertitude importante ou lorsque des travaux préparatoires ont dû être réalisés sans certitude d'aboutissement à travers certaines tranches conditionnelles. La logique même d'un marché à tranches repose en effet sur un aléa quant à l'exécution de chaque tranche conditionnelle.

### Alerte

Chaque tranche doit représenter un ensemble cohérent, y compris chaque tranche conditionnelle prise individuellement. L'une ou l'autre doit disposer de son autonomie. L'absence d'affermissement de l'une des tranches ne doit pas être préjudiciable à la viabilité du projet.

Ne prévoyez pas plusieurs tranches fermes: il s'agit probablement d'une tranche ferme avec deux phases.

### Section 3 : Marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance

#### Article 73

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 20

I. - Les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet.

II. - Les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la 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. Ils comportent des engagements de performance mesurables. La durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et des engagements qui constituent son objet.

Si un tel marché comprend la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre

technique tels que définis à l'article 37. Le régime de primes du IV de l'article 69 est applicable aux marchés définis au présent II, quel que soit leur montant estimé.

III. - Lorsque la valeur estimée des marchés mentionnés aux I et II est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26 ou lorsque ces marchés relèvent de l'article 30, ils peuvent être passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28.

Lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, ces marchés sont passés selon une des procédures prévues au I de cet article. Lorsqu'ils comprennent la réalisation de travaux qui relèvent de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, les marchés mentionnés au II sont passés selon les règles prévues aux I et II de l'article 69.

IV. - Les marchés mentionnés aux I et II fixent le prix de l'ensemble des prestations et les modalités de rémunération du titulaire. La rémunération de l'exploitation et de la maintenance est liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution. Les modalités de rémunération se conforment aux dispositions des deux dernières phrases de l'article 10 et de l'article 96 du présent code. Ces marchés prévoient, parmi les critères de choix des offres, le critère de coût global de l'offre ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus aux I et II, définis en fonction de l'objet du marché.

## Conseil pratique

Ayez recours à ces marchés globaux de performance environnementale pour des opérations complexes sortant de votre activité ordinaire.

Vérifiez préalablement le potentiel d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à de telles exigences de performance. Concluez un contrat avec un bureau d'études ou assistant technique qui vérifiera l'atteinte des performances par le titulaire du marché global. Exigez le cas échéant, la remise d'un rapport de résultats de la part de votre titulaire... mais dotez-vous des moyens de vérification de la teneur de celui-ci.

## Alerte

N'oubliez pas de définir dans de tels contrats des niveaux de performances mesurables, et en fonction desquels la rémunération du titulaire fluctuera.

Réservez cette procédure à des cas où la dérogation à l'obligation d'allotissement prévue par l'article 10 du CMP ne pose pas des problèmes majeurs pour le tissu économique local.

## Section 4 : Marché de maîtrise d'œuvre

### Article 74

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 21

I. - Les marchés 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 mission définis par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée et par le décret du 29 novembre 1993 susmentionné.

II. - Les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26 sont passés selon la procédure du concours dans les conditions précisées ci-après. Ils peuvent toutefois être passés selon la procédure adaptée lorsque leur montant est inférieur à ces mêmes seuils. Dans le cas de marchés de maîtrise d'œuvre passés en procédure adaptée, toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime dans les conditions précisées au deuxième alinéa du III.

III. - Le concours mentionné ci-dessus est un concours restreint organisé dans les conditions définies à l'article 70.

Les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. L'avis d'appel public à la concurrence indique le montant de cette prime. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis d'appel public à la concurrence et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20%.

La rémunération du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire.

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de recourir au concours de maîtrise d'œuvre dans les cas suivants :

1° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ;

2° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;

3° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;

4° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures.

Si le pouvoir adjudicateur ne retient pas la procédure du concours, la procédure applicable est :

a) Soit la procédure négociée si les conditions de l'article 35 sont remplies. En cas de publicité et de mise en concurrence, la mise en concurrence peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats. Le pouvoir adjudicateur, après avis du jury tel que défini au I de l'article 24, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant. Le pouvoir adjudicateur engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué ;

b) Soit la procédure de l'appel d'offres si les conditions de l'article 35 ne sont pas remplies. Dans ce cas, un jury composé dans les conditions définies au I de l'article 24 émet un avis motivé sur les candidatures et sur les offres.

IV. - Lorsque les conditions de recours au dialogue compétitif sont réunies, cette procédure peut être mise en œuvre pour l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

Le montant de la prime attribué à chaque participant au dialogue est égal au prix de toutes les études demandées par le maître d'ouvrage et définies par le règlement de la consultation affecté d'un abattement au plus égal à 20%. Un jury peut être composé conformément au I de l'article 24. Dans ce cas, le jury examine les candidatures et formule dans un procès-verbal un avis motivé sur celles-ci. Le maître d'ouvrage dresse la liste des maîtres d'œuvre admis au dialogue au vu de cet avis.

À l'issue du dialogue, le jury examine les offres finales, les évalue et les classe dans un avis motivé qui fait l'objet d'un procès-verbal. Il peut inviter les candidats à apporter des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur leur offre finale. Le marché est attribué au vu de l'avis du jury. Le jury se prononce le cas échéant sur l'application des modalités de réduction ou de suppression de la prime définies dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence s'il estime que les prestations remises sont incomplètes ou ne sont pas conformes au règlement de la consultation.

## Conseil pratique

Respectez la loi MOP du 12 juillet 1985 et ses décrets d'application de 1993, afin de définir les éléments de missions relevant de la notion Française de « maîtrise d'œuvre ». Choisissez la procédure la plus adaptée en fonction des caractéristiques de votre projet, par-delà la possibilité de se contenter d'une « procédure adaptée » en dessous des seuils européens et d'un « concours » de maîtrise d'œuvre au-delà de ces derniers. Commencez par mettre en place un « jury de concours » avant de vous lancer dans une procédure de concours et évaluez le coût potentiel des indemnités des participants à cette procédure.



**Alerte**

Veillez à ce que toute commission technique qui interviendrait avant la présentation à un jury de concours ne soit pas composée à l'identique du jury, et ne remplisse surtout pas le même rôle que le jury. Elle ne doit en aucun cas se substituer au rôle du jury de concours. C'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché final, s'agissant des collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux.

**Section 5 : Marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux****Article 75**

*Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des ouvrages qui ont pour objet de vérifier la pertinence, sur un nombre limité de réalisations, des projets retenus par l'État dans le cadre d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation, peuvent passer, pour leur réalisation, des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux, au terme d'une procédure de mise en concurrence conforme au présent code, limitée à des opérateurs économiques choisis parmi ceux dont les projets auront été sélectionnés par le jury du programme public national, après publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Un protocole d'expérimentation est passé entre le pouvoir adjudicateur et l'organisme public responsable du programme national.*

**Section 6 : Marchés et accords-cadres relatifs à l'achat de véhicules à moteur****Article 75-1**

*Créé par Décret n° 2011-493 du 5 mai 2011 - art. 5*

*I. - Le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il achète un véhicule à moteur relevant des catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route et que la valeur estimée du marché ou de l'accord-cadre est égale ou supérieure au seuil à partir duquel il doit recourir aux procédures formalisées pour la passation de ses marchés de fournitures, tient compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie.*

*Sont exemptés de cette obligation les achats :*

*1° De véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires ;*

*2° De véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre ;*

*3° De machines mobiles.*

*Si l'achat du véhicule à moteur est réalisé pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont le pouvoir adjudicateur s'est vu confier la gestion et l'exploitation, l'obligation mentionnée au premier alinéa s'applique, indépendamment de la valeur estimée du marché ou de l'accord-cadre, dès lors que les produits de la gestion et l'exploitation, sur toute leur durée, sont d'un montant égal ou supérieur au seuil à partir duquel l'autorité responsable du transport doit recourir aux procédures formalisées pour la passation de ses propres marchés de fournitures.*

*II. - Il peut être satisfait à l'obligation énoncée au premier alinéa du I par la fixation de spécifications techniques relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule. Ces spécifications relèvent des dispositions du 1° ou du 2° du I de l'article 6.*

*III. - Il peut également être satisfait à la même obligation par l'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus au I de l'article 53. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées au IV ci-dessous. Si le pouvoir adjudicateur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se conformer à la méthodologie établie en application du IV. - ci-dessous. La valeur monétaire ainsi obtenue n'est pas prise*

*en compte pour l'appréciation du montant du marché au sens des dispositions des articles 26 et 27.*

*IV. - Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'économie détermine les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation du véhicule à moteur qu'il convient de prendre en compte, comportant notamment la consommation d'énergie, les émissions de CO<sub>2</sub> et celles de particules, de composés d'azote et d'oxygène (NOx) et de composés hydrocarbonés non méthaniques (HCNM), ainsi que la méthodologie à appliquer s'il est envisagé de traduire ces incidences en valeur monétaire.*

**Conseil pratique**

Prévoyez systématiquement pour l'achat ou la location de n'importe quel moyen de transport, des critères ou conditions d'exécution à dimension environnementale. Leur absence serait quasiment indéfendable devant un juge qui considérerait très certainement que vous n'avez pas respecté l'article 5 du CMP qui impose de tenir compte d'objectifs de développement durable, par-delà la violation de ce nouvel article 75-1 du CMP.

Regardez ce que vous avez prévu dans le cadre de l'Agenda 21 qui existe peut-être au sein de votre structure.

**Alerte**

Cette disposition est nouvelle depuis mai 2011. Sa méconnaissance peut déboucher sur une illégalité certaine de vos marchés. Les acheteurs de véhicules à moteur doivent absolument intégrer l'ensemble de ces nouvelles règles, qui précisent les contraintes de performance environnementale.

- Textes officiels: Arrêté du 5 mai 2011 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique.

Décret n°2002-232 du 21 février 2002 relatif à mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics.

**Chapitre VI : Accord-cadre et marchés à bons de commande****Article 76**

*Modifié par Décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 - art. 6*

*I. - Les accords-cadres définis à l'article 1<sup>er</sup> sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues par le présent code. Dans ces accords-cadres le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum.*

*II. - Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre 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. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.*

*III. - Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres. Pour chacun des marchés à passer sur le fondement de cet accord, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre et organise une mise en concurrence selon la procédure suivante :*

*1° Lorsque la remise en concurrence est organisée au moment de la survenance du besoin et que cet accord-cadre a été divisé en lots, seuls sont consultés les titulaires des lots correspondant à l'objet du marché fondé sur l'accord-cadre ;*

*2° Lorsque la remise en concurrence est organisée selon une périodicité prévue par l'accord-cadre, elle porte sur tous les lots ;*

3° Quel que soit le choix opéré, les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord;

4° 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.

Ces offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre. Elles sont établies par écrit et transmises au pouvoir adjudicateur par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de réception. Leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres.

5° Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés.

IV. - Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut, préalablement à la conclusion des marchés fondés sur l'accord-cadre, demander au titulaire de l'accord-cadre de compléter, par écrit, son offre. Les compléments ainsi apportés aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne peuvent avoir pour effet de les modifier substantiellement.

V. - La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.

La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ne peut se faire que pendant la durée 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. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

VI. - Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles prévues par le présent article et exécutés selon les règles prévues par l'article 77.

VII. - Pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires de l'accord-cadre, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas la somme de 10000 euros HT. Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum de l'accord-cadre lorsque celui-ci est prévu.

VIII. - Pour les achats d'énergies non stockables qui donnent lieu à un accord-cadre, les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre précisent la période durant laquelle a lieu la fourniture d'énergie. La quantité précise d'énergie qui sera fournie durant cette période peut ne pas être précisée dans les marchés fondés sur l'accord-cadre. Cette quantité est constatée à l'issue de la période mentionnée dans le marché.

Pour les achats d'énergies non stockables qui ne donnent pas lieu à un accord-cadre ou à un marché à bons de commande, le marché détermine la consistance, la nature et le prix unitaire de l'énergie fournie ou les modalités de sa détermination. Le marché peut ne pas indiquer la quantité précise d'énergie qui devra être fournie durant son exécution. Celle-ci sera alors constatée à l'issue de la durée de validité du marché.

## Conseil pratique

Afin d'optimiser vos processus d'achats, ayez recours chaque fois que cela est possible à la mise en place d'un accord-cadre. Il vous permettra de supporter la lourdeur administrative d'une procédure tous les quatre ans; de procéder à une remise en concurrence dans un second temps plus souple (sans publication d'avis, avec un délai adapté cas par cas, avec des formalités d'attribution allégées notamment en terme de délais d'attente entre les courriers

aux non-retenus et celui au titulaire); de passer des commandes désormais légales pour des besoins oubliés (pratique contestable des bordereaux de prix supplémentaires signés en cours d'exécution sans réouverture à la concurrence); de permettre aux services techniques de retrouver la logique de consultations simplifiées, auprès – certes – de tous les opérateurs économiques référencés au sein d'un lot de l'accord-cadre; etc.

Prévoyez un tableau à double entrée, avec des lots techniques et géographiques, si votre structure s'y prête eu égard à son étendue territoriale.

Ne prévoyez pas une Commission d'appel d'offres pour vos marchés subséquents afin de ne pas alourdir la procédure: elle n'est pas obligatoire puisqu'elle est déjà intervenue au niveau des accords-cadres si vous avez mis en œuvre une procédure d'appel d'offres. Elle peut être souhaitable au-delà des seuils européens. Ne faites pas de publicité pour les marchés subséquents passés sur le fondement des accords-cadres. Ces derniers font l'objet d'une procédure « spécifique », selon les termes des directives européennes, qui n'entre pas dans la catégorie des autres procédures habituelles. Vous devez simplement consulter à nouveau les titulaires des accords-cadres en fonction de la survenance de vos besoins, par simple lettre de consultation (qui peut être adressée par e-mail ou télécopie avec accusé réception).

## Alerte

Faites-vous conseiller pour conclure des accords-cadres afin de sécuriser au maximum la procédure, car si votre accord-cadre est illégal, vous risquez de rendre illégaux tous les marchés passés dans un second temps sur son fondement.

Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre constituent bien des marchés qui doivent également être recensés au même titre que les autres marchés soumis à l'obligation de recensement.

## Article 77

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 22

I. - Un marché 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. Lorsqu'un marché à bons de commande est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres.

Dans ce marché le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou prévoir que le marché est conclu sans minimum ni maximum.

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché.

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

II. - La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.

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. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

III. - Pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1% du montant total du marché, ni la somme de 10 000 euros HT. Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum du marché lorsque celui-ci est prévu.

### Conseil pratique

Ayez recours aux marchés à bons de commande chaque fois où il y a un aléa sur la survenance du besoin ou l'étendue de celui-ci. Évitez de prévoir des reconductions «expresses» dans vos marchés à bons de commande. Désormais le CMP autorise les reconductions «tacites» dès lors qu'une durée maximale est contractuellement prévue (cf. art. 16).

Prévoyez des volumes estimés de commandes en fonction des périodicités d'exécution de votre marché à bons de commande (pour une année par exemple), car il faut pouvoir apprécier ces volumes en l'absence de reconduction éventuelle de votre marché. Commandez directement, sans publicité ni mise en concurrence, des besoins relevant d'un marché à bons de commande préexistant, à un autre que le titulaire de celui-ci, dès lors que la commande ne dépasse pas 1% de ce marché ni le seuil de 10 000 euros HT. Ces deux exigences s'apprécient sur la durée totale du marché concerné.

### Alerte

Un marché à bons de commande est en principe d'une durée maximale de quatre ans, sauf exception dûment justifiée.

Si vous ne prévoyez pas de montant «maximum» de commandes au titre de votre marché à bons de commande, vous serez contraints de recourir à la procédure d'appel d'offres.

Si vous ne prévoyez pas de montant «minimum» de commandes au titre de votre marché à bons de commande, il existe malgré tout un minimum virtuel de commandes qui sera calculé au regard de l'estimation supposée «réaliste» (terme de la jurisprudence «OPAC de Meaux» du Conseil d'État) de votre marché. Le terme «réaliste» revient à admettre une certaine marge d'erreur, qui est de l'ordre de 15 ou 20%. D'où l'intérêt parfois de prévoir expressément un montant «minimum» situé à la moitié seulement de votre estimation. N'envoyez pas un bon de commande peu de temps avant l'échéance du marché, car il risque d'être exécuté en dehors de la vie du marché. Comme le rappelle l'article 77-II du CMP, «le pouvoir adjudicateur ne peut pas retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ses bons de commande» au point que «l'exécution des marchés se prolongerait au-delà de la date limite de validité du marché». Ceci est d'autant plus vrai lorsque vous êtes arrivé à l'échéance légale (de principe) des quatre années du marché à bons de commande.

## Chapitre VII : Système d'acquisition dynamique

### Article 78

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10

I. - 1° Un système d'acquisition dynamique est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures et services courants, par lequel le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. Le système d'acquisition dynamique est créé pour une durée maximale de quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur suit toutes les phases de l'appel d'offres ouvert.

2° Aux fins de la mise en place d'un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur :

a) Publie un avis d'appel public à la concurrence précisant qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique et indiquant les critères qui seront appliqués pour la sélection des titulaires des marchés conclus dans le cadre de ce système ;

b) Précise, dans les documents de la consultation, la nature des achats envisagés dans le cadre de ce système, ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition, l'équipement électronique utilisé et les modalités techniques de connexion ;

c) Offre par voie électronique, dès la publication de l'avis et jusqu'à expiration du système, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et indique dans l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

3° Le système est ouvert pendant toute sa durée à tous les opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme aux documents de la consultation et aux documents complémentaires éventuels. Les offres indicatives peuvent être améliorées à tout moment à condition qu'elles demeurent conformes aux documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur procède à l'évaluation des candidatures et des offres indicatives dans un délai maximum de quinze jours à compter de leur présentation. Il peut prolonger cette période d'évaluation pour autant qu'il n'engage, entre-temps, aucune procédure de passation de marché dans le cadre du système d'acquisition dynamique susceptible d'intéresser les candidats évalués. Le pouvoir adjudicateur informe sans délai les opérateurs de leur admission dans le système d'acquisition dynamique ou du rejet de leur candidature ou de leur offre indicative.

Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à ce système de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence.

II. - Les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, dits marchés spécifiques, font l'objet d'une mise en concurrence.

1° Avant de procéder à cette mise en concurrence le pouvoir adjudicateur publie un avis de marché simplifié conforme au règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics, invitant tous les opérateurs économiques, qui n'auraient pas déjà présenté une offre indicative dans le cadre de la mise en place du système d'acquisition dynamique, à présenter une offre indicative dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis simplifié. Le pouvoir adjudicateur ne procède à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives présentées dans ce délai. 2° Le pouvoir adjudicateur invite ensuite tous les candidats admis dans le système à présenter une offre définitive pour chaque marché spécifique à passer dans le cadre du système. À cette fin, il fixe un délai suffisant pour la présentation des offres.

3° L'offre économiquement la plus avantageuse est choisie, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence publié lors de la mise en place du système d'acquisition dynamique. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation mentionnée au 2°. Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.

Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80.

Ces marchés sont notifiés et un avis d'attribution est publié.

Aucuns frais de dossier ne peuvent être facturés aux opérateurs économiques.

### Conseil pratique

Mettez en place un système d'acquisition dynamique si vous disposez d'un outil électronique permettant de dématérialiser l'ensemble de votre procédure, en respectant les contraintes techniques imposées par la réglementation : cf. art. 56 et 78 du CMP.



## Alerte

N'ayez pas recours à un tel système en matière de réalisation de travaux, car en droit Français, il n'est autorisé que pour les fournitures et services courants. Veillez qu'un panel suffisant d'opérateurs économiques entre dans votre système d'acquisition dynamique afin qu'il fonctionne efficacement.

## Chapitre VIII : Achèvement de la procédure

### Article 79

Modifié par Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 9

Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation comportant au moins :

1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique ;

2° Le nom des candidats retenus et le motif de ce choix ;

3° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;

4° Les motifs du rejet des offres jugées anormalement basses ;

5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers ;

6° En ce qui concerne les procédures négociées, le motif du recours à ces procédures ;

7° En ce qui concerne le dialogue compétitif, le motif du recours à cette procédure ;

8° Le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique ;

9° L'indication que des fournitures proviennent d'un pays membre de l'Union européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ;

En cas de procédure dématérialisée, le pouvoir adjudicateur fournit, en outre, toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique.

Lorsque le pouvoir adjudicateur est soumis à un contrôle public de ses marchés, ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés.

Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

## Conseil pratique

Établissez un rapport de présentation le plus détaillé possible : il s'agit de l'explication des raisons de choix procédurales et des titulaires. Il vaut mieux anticiper les questions des autorités de contrôle que tenter d'y répondre maladroitement dans un second temps.

## Alerte

Les autorités de contrôle de légalité préfectorales peuvent demander la transmission de tout document nécessaire à l'exercice de leur contrôle, par-delà l'établissement de ce rapport de présentation.

### Article 80

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 24

I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres

candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.

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

2° Le respect des délais mentionnés au 1° n'est pas exigé, d'une part, dans le cas d'attribution du marché au seul opérateur ayant participé à la consultation, d'autre part, dans le cas des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

3° Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L.551-15 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur ayant fait publier l'avis prévu par l'article 40-1 du présent code respecte un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du marché.

Pour rendre applicables aux marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique les dispositions du second alinéa du même article, le pouvoir adjudicateur respecte un délai d'au moins seize jours entre la date d'envoi de la notification prévue au 1° et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des titulaires intéressés.

4° Le marché ou l'accord-cadre peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

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

a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;

b) Serait contraire à l'intérêt public ;

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

## Conseil pratique

Transmettez vos décisions de rejet d'offres par voie dématérialisée et réduisez ainsi le délai d'attente par rapport à la notification au(x) titulaire(s). L'envoi par télécopie est considéré par le Ministère de l'économie comme étant une transmission dématérialisée. Indiquez dans vos courriers de rejet : les coordonnées du pouvoir adjudicateur ; l'objet du marché/lot concerné ; le nom du titulaire pressenti ; et surtout les « motifs qui ont conduit au choix de son offre », les « motifs du rejet » de l'offre du titulaire, ainsi que les voies de recours (comme cela s'impose pour toute décision de rejet).

## Alerte

La motivation des décisions de rejet s'impose pour tous les marchés publics. Par-delà les termes de l'article 80 du CMP qui ont tendance à viser uniquement les procédures formalisées, la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 exige la communication des motifs de rejet d'une offre dès la transmission d'une telle décision à la personne physique ou morale concernée. Cette motivation suppose au moins une phrase expliquant « pourquoi » l'offre du candidat n'a pas été classée première et s'est vu attribuer de moins bonnes notes que le titulaire pressenti. Normalement, on devrait retrouver aisément cette phrase explicative dans votre rapport d'analyse des offres. Ne transmettez pas un rapport d'analyse des offres qui vous serait demandé par un candidat non-retenu, avant que la procédure

d'attribution soit définitivement achevée, et sans avoir caché dans ce rapport les noms des candidats autres que celui qui a remporté le lot concerné et celui qui demande le rapport, sachant que vous ne devez pas communiquer des éléments couverts par le secret industriel ou commercial (cf. dernier paragraphe de l'article 80).

## Article 81

*Modifié par Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 - art. 5*  
Sauf dans le cas de l'échange de lettres prévu au 1° du II de l'article 35, les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 15 000 euros HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution.

*Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, la notification consiste en un envoi d'une copie du marché ou de l'accord-cadre signé au titulaire. La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire. À l'exception du cas de l'échange de lettres, le marché ou l'accord-cadre prend effet à cette date.*

### Conseil pratique

Adressez l'acte d'engagement signé par le représentant du pouvoir adjudicateur à chacun des titulaires.

En prévoyant un acte d'engagement comportant une case pour chacun des lots, vous pourrez notifier un seul acte d'engagement pour un opérateur unique ayant remporté plusieurs lots. Le Code admet en effet qu'un acte d'engagement porte sur plusieurs lots.

### Alerte

Notifier un marché après un commencement d'exécution constitue un manquement manifeste aux principes fondamentaux de la commande publique, susceptible d'être sanctionné au titre de l'article 432-14 du Code pénal. Récupérez absolument l'accusé réception d'une notification car la date de réception effective correspondra à la date de naissance du marché: c'est la date précise à partir de laquelle démarrera la durée de vie de celui-ci. Le délai d'exécution partira quant à lui, de la réception de l'ordre de service, du bon de commande, ou de la notification elle-même si le contrat précisait qu'elle vaudrait commencement d'exécution.

## Article 82

*Modifié par Décret n°2010-1177 du 5 octobre 2010 - art. 2*  
Pour les collectivités territoriales, le marché ou l'accord-cadre est notifié au titulaire après transmission, lorsqu'elle est prévue, au représentant de l'État des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle. Pour les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le marché ou l'accord-cadre est notifié au titulaire après réception, le cas échéant, de ces pièces par le représentant de l'État.

### Conseil pratique

L'obligation porte sur la «réception» des marchés et accords-cadres concernés, par les autorités de contrôle, et non pas sur l'exercice effectif du contrôle lui-même. Il s'agit d'un contrôle a posteriori, depuis les lois de décentralisation de 1982 pour les collectivités territoriales et leurs établissements.

### Alerte

L'absence de transmission d'un accord-cadre ou marché au contrôle de légalité, alors que celle-ci était obligatoire, empêche celui-ci de bénéficier d'un caractère exécutoire. Des voies de re-

cours perdurent dans le temps, du moment que cette formalité substantielle n'est pas exécutée.

## Article 83

*Modifié par Décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 - art. 8*  
Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin.

*Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.*

### Conseil pratique

Exigez la transmission d'un «écrit» consistant en une demande de renseignements complémentaires et ne vous contentez pas simplement d'une demande orale. Vous êtes exonérés de transmettre le nom du titulaire et les caractéristiques de son offre pour les candidats dont le pli a été jugé «inapproprié», «irrégulier» ou «inacceptable» (cf. définitions dans l'article 35 du CMP).

### Alerte

Ne transmettez pas un rapport d'analyse des offres qui vous serait demandé par un candidat non-retenu, avant que la procédure d'attribution soit définitivement achevée, et sans avoir caché dans ce rapport les noms des candidats autres que celui qui a remporté le lot concerné et celui qui demande le rapport, sachant que vous ne devez pas communiquer des éléments couverts par le secret industriel ou commercial (cf. dernier paragraphe de l'article 80).

## Article 84

*Le pouvoir adjudicateur établit des fiches statistiques sur les marchés qu'il passe et les transmet aux services compétents de l'État, dans des conditions définies par décret.*

### Conseil pratique

Transmettez ces fiches statistiques de manière dématérialisée.

## Article 85

*Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10*  
*Modifié par Décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1*

*I. - Pour les marchés et les accords-cadres donnant lieu à l'une des procédures formalisées et pour les marchés de services relevant de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 200 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur envoie pour publication, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du marché ou de l'accord-cadre, un avis d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre.*

*Le pouvoir adjudicateur envoie un avis sur le résultat de la passation des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique au plus tard quarante-huit jours après la notification de chaque marché. Toutefois, il peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre.*

*II. - L'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies à l'article 40 du présent code.*

III. - Pour les marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, l'avis est établi pour la publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

IV. - Pour les marchés relevant de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 200 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur adresse l'avis d'attribution à l'Office des publications officielles de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics en indiquant s'il en accepte la publication.

V. - Certaines informations relatives à la passation du marché ou à la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des candidats ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

## Conseil pratique

Publiez un avis d'attribution quand vos accords-cadres et marchés dépassent les seuils européens.

Utilisez les formulaires officiels de publication au BOAMP et JOUE, en vous connectant sur le site Internet du BOAMP.

Les marchés subséquents à un accord-cadre sont exonérés de publication d'avis d'attribution, quel que soit leur montant.

## Alerte

L'absence de publication d'un tel avis laisse perdurer les voies de recours compte tenu de l'absence de réalisation de formalité substantielle de transparence.

## Article 85-1

Modifié par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10

Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article R. 551-7 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics, informant de la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application des articles 28 ou 30. Pour rendre applicables les mêmes dispositions du code de justice administrative dans le cas d'un marché fondé sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur avise les candidats non retenus de la signature du marché en indiquant le nom du bénéficiaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre.

## Titre IV : Exécution des marchés

### Chapitre I<sup>er</sup> : Régime financier

#### Section 1 : Règlement, avances, acomptes

##### Article 86

Les marchés donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde, dans les conditions fixées par la présente section.

## Conseil pratique

Prévoyez dans votre cahier des charges les possibilités de versements partiels, d'avances ou acomptes.

## Alerte

Les titulaires et sous-traitants de premier rang bénéficient de certains « droits » en la matière auxquels vous ne pouvez pas déroger... sauf renonciation écrite, libre et volontaire de leur part.

### Sous-section 1: Avances

#### Article 87

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 26

I. - Une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance est calculée sur la base du montant du marché diminué du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Dans le cas d'un marché à bons de commande, comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum. Dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois. Dans le cas d'un marché à bons de commande, comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, passé en application des articles 7 et 8 et lorsque chaque service ou organisme procède lui-même au paiement des prestations qu'il a commandées, le marché peut prévoir que le régime de l'avance est celui qui relève des dispositions applicables aux marchés à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum. Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

II. - Le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions du III du présent article et de celles de l'article 115 :

1° A 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermie 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 marché à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, à 5 % du montant minimum si la durée du marché 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 du marché exprimée en mois ;

3° Dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum ou qui comporte un minimum et un maximum fixé en quantité, 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 peut prévoir que l'avance versée au titulaire du marché 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 conformément aux dispositions de l'article 90.

Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché. Ils ne peuvent être modifiés par avenant.

IV. - Les dispositions du présent article s'appliquent aux marchés reconductibles, sur le montant de la période initiale et aux marchés reconduits, sur le montant de chaque reconduction.

V. - Le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.



## Conseil pratique

Prévoyez dans vos actes d'engagement, comme c'est le cas dans le document type établi par le Ministère de l'économie (DC3 remplaçant l'ancien DC8), une case à cocher par le candidat qui souhaiterait renoncer à la perception d'une avance.

## Alerte

Le versement d'une avance constitue un « droit » pour les titulaires et sous-traitants de premier rang dont le montant des commandes dépasse le seuil de 50000 euros HT. Sans qu'ils aient besoin de réclamer le versement de cette avance, celle-ci doit intervenir dès la notification dans le respect du délai maximum de paiement. Ne recopiez pas les termes de cet article du Code des marchés publics dans votre cahier des charges, comme c'est souvent le cas. C'est inutile et vous risquez d'utiliser ultérieurement une version devenue périmée, par le jeu des copier-coller d'anciens marchés.

## Article 88

*I. - Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde.*

*II. - 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 du marché ou de la tranche affermie, du bon de commande dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum, du montant minimum dans le cas d'un marché à bons de commandes comportant un montant minimum.*

*II. - Dans le silence du marché, 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.*

*III. - Les dispositions du présent article s'appliquent aux marchés reconductibles, sur le montant de la période initiale et aux marchés reconduits, sur le montant de chaque reconduction.*

## Article 89

*Modifié par Décret n°2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2*

*Lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 % de l'assiette retenue au II de l'article 87 pour la détermination du montant de cette avance, les collectivités territoriales 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. Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché.*

## Conseil pratique

Exigez, à travers l'insertion d'une clause dans votre cahier des charges, la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire, pour le versement d'une avance.

## Alerte

Cette disposition ne s'applique qu'aux avances dont le montant est inférieur ou égal à 30 % de l'assiette définie à l'article 87-II du CMP. Au-delà du seuil de 30 %, l'article 90 rend obligatoire la constitution de ces garanties (sauf pour les structures publiques qui seraient titulaires de marchés).

## Article 90

*Modifié par Décret n°2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2*

*Lorsque le montant de l'avance est supérieur à 30 % de l'assiette retenue au II de l'article 87 pour la détermination du montant de cette avance, le titulaire du marché ne peut recevoir cette avance qu'après avoir constitué une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des organismes publics titulaires d'un marché. Pour les marchés passés pour les besoins de la défense, l'obligation de constituer cette garantie peut être supprimée ou aménagée par un arrêté conjoint du ministre chargé de la défense et du ministre chargé de l'économie.*

## Sous-section 2: Acomptes

### Article 91

*Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise au sens de l'article 48, une société coopérative ouvrière de production, un groupement de producteurs agricoles, un artisan, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés de travaux. Pour les marchés de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire.*

## Conseil pratique

Ne confondez pas les « acomptes » (art. 91) intervenant durant l'exécution d'un marché et les « avances » (art 87 à 90) intervenant avant tout commencement d'exécution.

## Alerte

Veillez au respect de la périodicité du versement des acomptes: attention, (notamment) les artisans, artistes et sociétés coopératives bénéficient d'une périodicité d'un mois pour leurs marchés de travaux.

## Sous-section 3: Régime des paiements

### Article 92

*Constitue un règlement partiel définitif un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde. Les marchés de travaux ne donnent pas lieu à des règlements partiels définitifs. Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements non susceptibles d'être remis en cause.*

### Article 93

*Dans le cas des marchés passés en lots séparés, le titulaire de plusieurs lots présente des factures distinctes pour chacun des lots ou une facture globale identifiant distinctement les différents lots.*

### Article 94

*Lorsque le marché comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références utilisées pour l'application de cette clause est appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché, ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure.*

*Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, le pouvoir adjudicateur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références*

connues. Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs. Lorsque les avances sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, le précompte est effectué après application de la clause de variation de prix sur le montant initial de l'acompte ou du solde.

### Conseil pratique

Respectez les règles découlant de l'article 18 du CMP concernant les clauses de variation des marchés (« actualisation » ou « révision »), tout en veillant à bien définir le mois MO dans votre cahier des charges.

### Article 95

*En cas de résiliation totale ou partielle du marché, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel.*

*Si le solde est créditeur au profit du titulaire, le pouvoir adjudicateur lui verse 80% de ce montant. S'il est créditeur au profit du pouvoir adjudicateur, le titulaire lui reverse 80% de ce montant. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette; dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article 104.*

### Article 96

*Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.*

### Alerte

Cet article qui existe depuis plusieurs années dans le Code, ne doit pas être contourné par des créations de montages contractuels préjudiciables aux finances publiques, comme les marchés d'entreprises de travaux publics (METP) avaient pu le faire avec certaines dérives dénoncées par la Cour des comptes.

### Article 97

*Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif, ou à paiement pour solde, sont constatées par un écrit établi par le pouvoir adjudicateur ou vérifié et accepté par lui.*

### Conseil pratique

Les opérations de réception des prestations d'un marché doivent donner lieu à l'établissement d'un écrit, avec ou sans réserves également mentionnées par écrit suite à une réunion contradictoire.

Dans les marchés de travaux, le maître d'œuvre a vocation à s'occuper de cette étape au titre de son assistance aux opérations de réception (AOR) prévue par la loi MOP du 12 juillet 1985 et son décret « missions » de 1993.

### Alerte

Ne pas acter par écrit des réserves ou ajournements d'opérations de réception revient à prendre des risques importants s'agissant de la bonne exécution avec corrections des manquements constatés.

### Article 98

*Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 27*

*Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder:*

*1° 30 jours pour les services de l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception de ceux mentionnés au 2°, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux; 2° 50 jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées.*

*Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.*

*Un décret précise les modalités d'application du présent article.*

### Conseil pratique

Prévoyez également un délai de contrôle des factures par vos maîtres d'œuvre ou autres intermédiaires extérieurs ayant vocation à assurer cette prestation, car le délai global maximum de paiement prévu par le Code inclut également ce délai. Il part de la date de réception d'une facture jusqu'au paiement effectif (moins le délai bancaire d'un ou deux jours). Le délai de cinq jours ou d'une semaine pourrait opportunément être imposé à vos intermédiaires pour contrôler les factures, afin que vous disposiez encore d'un temps suffisant au sein de l'entité adjudicatrice. À noter que le délai de 30 jours se découpe pour une collectivité territoriale en 20 jours pour l'ordonnateur et en 10 jours pour le comptable. Le délai de l'intermédiaire fixé le cas échéant contractuellement s'insère dans le délai des 20 jours.

### Alerte

Soyez extrêmement vigilants concernant les intérêts moratoires, car ils ne sont plus calculés sur la base du taux d'intérêt légal augmenté de deux points, mais désormais sur la base du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points, ce qui atteint entre 8 et 10% d'intérêts moratoires selon les années.

- Textes officiels:

Circulaire du 13 mars 2002 relative à l'application du décret n°2002-231 du 21 février 2002 modifiant le décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics et du décret n°2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics

### Article 99

*Dans le cas où le marché prévoit l'échelonnement de son exécution et des versements auxquels il donne lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates ainsi prévues par le marché.*

### Article 100

*En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation sur le montant de l'indemnité, le pouvoir adjudicateur verse au titulaire, qui en fait la demande, le montant qu'il a proposé.*

## Conseil pratique

Renvoyez au CCAG applicable, car ainsi vous aurez prévu des dispositions particulières en matière de résiliation.

## Alerte

Dans le cadre d'une résiliation pour motif d'intérêt général, l'article 46-4 du CCAG Travaux, l'article 33 du CCAG Fournitures Courantes et Services (FCS), l'article 33 du CCAG Prestations Intellectuelles (PI), l'article 43 du CCAG Techniques de l'Information et de la Communication (TIC) et l'article 38 du CCAG applicable aux marchés publics industriels (MI), prévoient une indemnisation de principe à hauteur de 5% du montant hors taxes du marché diminué du montant hors taxes non révisé des prestations réceptionnées... sauf si le marché prévoit un autre pourcentage.

## Section 2 : Garanties

### Sous-section 1 : Retenue de garantie

#### Article 101

*Le marché peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5% du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.*

*Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités fixées à l'article 102. Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché.*

#### Article 102

*Modifié par Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 - art. 18 (V)*

*Modifié par Décret n° 2010-217 du 3 mars 2010 - art. 6*

*La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.*

*La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie.*

*L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel mentionnée à l'article L.612-1 du code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut récusar l'organisme qui doit apporter sa garantie. Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris. Lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.*

*Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée. Le titulaire a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Toutefois, cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.*

## Conseil pratique

Admettez la présentation d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire, en remplacement de l'application d'une retenue de garantie.

### • Textes officiels:

Arrêté du 3 janvier 2005 pris en application de l'article 100 du code des marchés publics et fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire

#### Article 103

*La retenue de garantie est remboursée un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par le décret mentionné à l'article 98. Les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.*

### Sous-section 2 : Autres garanties

#### Article 104

*En cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire, dans les conditions prévues à l'article 95, pour reverser au pouvoir adjudicateur 80% du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.*

#### Article 105

*Le cahier des charges détermine, s'il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées au titulaire du marché pour l'exécution d'un engagement particulier.*

## Section 3 : Financement

### Sous-section 1 : Cession ou nantissement des créances résultant des marchés

#### Article 106

*Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 28*

*Le pouvoir adjudicateur remet au titulaire à sa demande soit une copie de l'original du marché revêtu d'une mention dûment signée, par lui, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au ti-*



tulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché, soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle défini par arrêté du ministre chargé de l'économie.

La dématérialisation du certificat de cessibilité, établi selon un modèle électronique, s'effectue suivant les modalités prévues par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Lorsque le secret exigé en matière de défense fait obstacle à la remise au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de la copie du marché, le pouvoir adjudicateur délivre au titulaire un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne contenant que les indications compatibles avec le secret.

Le titulaire du marché peut, pour toute autre cause, demander que le contenu de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité soit réduit aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement.

S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions du règlement du marché, le pouvoir adjudicateur annote l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification.

Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, le pouvoir adjudicateur fournit autant d'exemplaires uniques ou de certificats de cessibilité que de comptables, en précisant dans une mention apposée sur chacun de ces documents le comptable auquel il doit être remis. Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Dans le cas d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches, il est délivré, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

Dans le cas d'un marché exécuté par un groupement conjoint, il est délivré à chaque entreprise un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le cas d'un marché exécuté par un groupement solidaire, il est délivré un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement, dès lors que les prestations réalisées par les entreprises ne sont pas individualisées. Si les prestations sont individualisées, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité correspondant à la prestation qu'elle exécute est délivré à chaque entreprise.

- Textes officiels: Arrêté du 28 août 2006 relatif au certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics.

## Article 107

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance au titre d'un marché public notifie ou signifie cette cession ou ce nantissement au comptable public assignataire.

Ce bénéficiaire encaisse seul, à compter de cette notification ou signification au comptable, le montant de la créance ou de la part de créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Quand la cession ou le nantissement de créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée dans la cession ou le nantissement dont les mentions ont été notifiées au comptable.

En cas de sous-traitance prévue dès la passation du marché, le titulaire indique dans le marché la nature et le montant des prestations qu'il envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant, dans les conditions prévues à l'article 115 du présent code, du paiement direct. Ce montant est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement.

## Article 108

En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux articles L.313-23 à L.313-34 du code monétaire et financier, la notification prévue

à l'article L.313-28 de ce code est adressée au comptable public assignataire désigné dans le marché dans les formes prévues à l'article R.313-17 dudit code.

## Article 109

Les bénéficiaires de nantissements ou cessions de créances peuvent, au cours de l'exécution du marché, demander au pouvoir adjudicateur soit un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas le pouvoir adjudicateur, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché; ils peuvent demander, en outre, un état des avances et des acomptes mis en paiement. La personne chargée de fournir ces divers renseignements est désignée dans le marché.

Les mêmes bénéficiaires peuvent demander au comptable un état détaillé des oppositions au paiement de la créance détenue par le titulaire du marché qu'il a reçues.

S'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, le pouvoir adjudicateur est tenu de les aviser, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur le nantissement ou la cession.

Ils ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

## Article 110

Modifié par Décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 - art. 70

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L.3253-22 du code du travail sont ceux qui ont été agréés par le pouvoir adjudicateur, dans des conditions fixées par décret.

Le privilège ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

## Sous-section 2: Intervention d'OSEO Banque de développement des petites et moyennes entreprises (OSEO BDPME)

### Article 111

Lorsqu'OSEO BDPME envisage d'accorder des avances de trésorerie au bénéficiaire des titulaires des marchés soumis aux dispositions du présent code ou au bénéficiaire de leurs sous-traitants ayant droit au paiement direct, il peut obtenir du pouvoir adjudicateur toute pièce justificative validant l'existence de la créance financée.

## Chapitre II: Dispositions relatives à la sous-traitance

### Article 112

Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Un marché industriel est un marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur.

### Conseil pratique

Utilisez le formulaire (mis à jour) établi par le Ministère de l'économie concernant la « déclaration de sous-traitance », dénommé DC 4 (en remplacement du DC 13).

Veillez à ce que le sous-traitant signe lui-même, aux côtés du titulaire, cette déclaration de sous-traitance.

**Alerte**

N'agréez pas les conditions financières du sous-traitant de énième rang, c'est-à-dire n'étant pas de premier rang. Celui-ci n'a pas droit au paiement direct de la part du pouvoir adjudicateur, conformément à la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée.

**Article 113**

*En cas de sous-traitance, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché.*

**Conseil pratique**

Adressez – en tant que pouvoir adjudicateur – toujours un courrier au titulaire (avec certes copie au sous-traitant concerné) lorsque vous avez quelque chose à dire au sous-traitant. Le titulaire est juridiquement votre interlocuteur. L'acheteur n'a pas de contrat avec le sous-traitant.

**Article 114**

*Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 6*

*L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement sont demandés dans les conditions suivantes:*

*1° Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant:*

- 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 par paiement direct 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) Les capacités techniques, professionnelles et financières du sous-traitant.*

*Il lui remet également une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.*

*La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement;*

*2° Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire remet contre récépissé au pouvoir adjudicateur ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés au 1°.*

*Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 116, en produisant soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances.*

*L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial signé des deux parties.*

*Figurent dans l'acte spécial les renseignements ci-dessus mentionnés au 1°;*

*3° Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du présent code.*

*Si cet exemplaire ou ce certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible.*

*Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché.*

*Le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise.*

*Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires;*

*4° Le silence du pouvoir adjudicateur gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2 et 3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.*

**Alerte**

Pour refuser un sous-traitant, le pouvoir adjudicateur doit absolument veiller à ce que son courrier de refus soit réceptionné avant l'expiration du délai de 21 jours à compter de la réception de la déclaration de sous-traitance. À défaut, il sera tacitement accepté par le pouvoir adjudicateur. Envoyez ce courrier par télécopie avec impression immédiate de l'accusé réception.

**Article 115**

*Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 29*

*Les dispositions prévues aux articles 86 à 100 s'appliquent aux sous-traitants mentionnés à l'article 114 en tenant compte des dispositions particulières ci-après:*

*1° Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 euros TTC, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le pouvoir adjudicateur, est payé directement, pour la partie du marché dont il assure l'exécution.*

*Toutefois, en ce qui concerne les marchés industriels passés par le ministère de la défense, notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations non courantes ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 10 % du montant total du marché;*

*2° Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, l'avance versée au titulaire est calculée sur la base du montant du marché diminué le cas échéant du montant des prestations confiées aux sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.*

*Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.*

*Pour le calcul du montant de cette avance, les limites fixées à l'article 87 sont appréciées par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné au 2° de l'article 114.*

*Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par le pouvoir adjudicateur.*

*Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article 88.*

*Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché postérieurement à sa notification, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.*

*Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par le pouvoir adjudicateur dès la notification de l'acte spécial.*

## Article 116

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur au titulaire du marché, 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, au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché. Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée dans le marché par le pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures 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.

Le pouvoir adjudicateur ou la personne désignée par lui dans le marché adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant. Le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant dans le délai prévu par l'article 98. Ce délai court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné au troisième alinéa. Le pouvoir adjudicateur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

## Conseil pratique

Respectez les mêmes délais de paiement pour les factures des sous-traitants que pour les titulaires de vos marchés.

## Alerte

Soyez extrêmement vigilants concernant les intérêts moratoires, car ils ne sont plus calculés sur la base du taux d'intérêt légal augmenté de deux points, mais désormais sur la base du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points, ce qui atteint entre 8 et 10% d'intérêts moratoires selon les années.

## Article 117

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 ou du certificat de cessibilité prévu à l'article 106 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 114 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

## Chapitre III : Exécution complémentaire

### Article 118

Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur.

## Alerte

La décision de poursuivre est soumise aux mêmes règles que celles applicables aux avenants, comme le précise l'article 20 du CMP.

## Titre V : Dispositions relatives au contrôle

### Chapitre unique : Contrôle des marchés

#### Section 1 : Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public

##### Article 119

Les membres de la mission interministérielle d'enquête, instituée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, sont désignés pour une période de quatre ans renouvelable.

Le secrétariat de la mission interministérielle d'enquête est assuré par la direction chargée des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le chef de la mission interministérielle organise et dirige les travaux de la mission. Il désigne, parmi les membres de la mission, les enquêteurs chargés des affaires.

## Précision

### La MIEM est en principe supprimée

Dans le cadre de l'adoption de l'article 432-14 du Code pénal sanctionnant le délit d'octroi d'avantage injustifié, plus connu sous les termes de délit de favoritisme, une autorité interministérielle ayant vocation à jouer le rôle de «gendarme» des marchés publics, avait été créée. Chaque année, elle rendait un rapport reflétant son travail. Elle avait vocation à saisir les autorités judiciaires des éventuelles pratiques délictueuses constatées après un début d'enquête. Au fil des années et de diverses contingences politiques, certains Ministères n'ayant plus désigné de représentants au sein de cette Mission Interministérielle d'Enquête sur les Marchés publics (MIEM), celle-ci avait perdu de son autorité, voire même n'avait plus d'activité en pratique depuis 2006.

La loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, publiée au JORF le 23 mars 2012, a acté la suppression de cette Mission, dont les activités de conseil et de contrôle auraient été reprises par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du Ministère de l'économie et des finances, la Commission Consultative des Marchés Publics (CCMP), les services de police et de gendarmerie, ainsi que par le service central de prévention de la corruption.

Les articles 119 à 124 du CMP n'ont pas pour autant été formellement supprimés, mais ils ont perdu de leur raison d'être, puisque la structure qu'ils évoquent a disparu par la volonté du législateur.

### Article 120

L'enquête relative à un marché présentant, en tout ou en partie, un caractère secret relatif à la défense nationale ne peut être confiée qu'à un enquêteur préalablement habilité à connaître des informations protégées par les textes relatifs aux secrets de défense.



**Article 121**

Les auditions et visites auxquelles procèdent le ou les membres de la mission chargés d'une enquête en application de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée donnent lieu à un compte rendu énonçant la nature, la date et le lieu des constatations ou contrôles effectués. Le compte rendu est signé de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au compte rendu.

**Article 122**

Le représentant légal de la collectivité territoriale, de l'établissement public local ou de la société d'économie mixte locale concerné par l'enquête dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification du rapport établi par la mission interministérielle pour faire connaître ses observations éventuelles. Passé ce délai, le rapport peut être transmis au préfet.

Le rapport d'enquête est adressé aux autorités administratives qui ont demandé l'enquête ainsi qu'au Premier ministre et, le cas échéant, au procureur de la République, conformément aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale.

La mission interministérielle d'enquête peut, même après l'envoi de son rapport, être consultée par les diverses autorités administratives compétentes sur les suites à lui donner et sur toutes les questions se rapportant à l'exploitation des informations figurant dans le rapport d'enquête et le dossier qui y est joint.

**Article 123**

L'enquête diligentée par la mission interministérielle d'enquête instituée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée s'effectue sans préjudice des contrôles existants et ne peut empiéter sur les fonctions de direction ou d'exécution des services.

**Article 124**

Le chef de mission établit annuellement un rapport d'activité dans lequel il expose les résultats obtenus, les difficultés rencontrées au cours des enquêtes et les points sur lesquels ont été constatées les irrégularités les plus fréquentes ou les plus graves. Il propose les mesures qui seraient de nature à y remédier ou à les atténuer. Il effectue un bilan de la situation par rapport à l'année antérieure. Ce rapport est adressé au Premier ministre, au garde des sceaux, ministre de la justice, et au ministre chargé de l'économie.

**Section 2 : Contrôle du coût de revient des marchés publics de l'État****Article 125**

Modifié par Décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 - art. 71

I. - Dans les cas prévus ci-dessous, les titulaires de marchés fournissent au service contractant, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

Lesdits titulaires ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude de ces renseignements par les agents de l'administration mentionnés au IV.

Les obligations prévues ci-dessus sont applicables aux marchés de travaux, fournitures ou études pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.

Les personnes soumises aux dispositions des alinéas précédents peuvent être assujetties à présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique ou, à défaut de celle-ci, tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

II. - La référence aux obligations prévues au I figure dans les documents contractuels du marché soumis au contrôle.

Le document contractuel faisant référence aux obligations prévues au I fixe les sanctions applicables si l'entreprise soumise à ces obligations refuse de communiquer des pièces ou des documents, fournit des renseignements erronés ou met obstacle à la vérification.

III. - La décision d'exercer un contrôle de coût de revient en application du I est prise par l'autorité qui a signé le marché soumis au contrôle.

IV. - Les agents ou les catégories d'agents des services de l'État habilités à exercer les vérifications sur pièces ou sur place en application du I sont désignés par arrêté du ministre dont ils dépendent.

Les agents des établissements publics appelés à effectuer lesdites vérifications sont habilités nommément par arrêté du ministre de tutelle.

Les agents habilités conformément aux dispositions des deux alinéas précédents peuvent être mis à la disposition de tout département ministériel pour effectuer des vérifications au profit de celui-ci.

V. - Tous les fonctionnaires ou agents qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application du I sont astreints au secret professionnel ainsi que, le cas échéant, aux règles relatives à la protection du secret en matière de défense.

Ces renseignements ne peuvent être utilisés à des fins autres que le contrôle du coût de revient du marché soumis au contrôle ou de tout autre marché analogue.

**Section 3 : Autres contrôles des marchés publics de l'État****Article 126**

Les marchés de l'État, leurs avenants et les décisions de poursuivre auxquelles ils donnent éventuellement lieu sont soumis, en dehors des contrôles institués par les textes généraux en matière de dépenses de l'État et par le présent titre, à des contrôles fixés par chaque ministre.

**Titre VI : Dispositions diverses****Chapitre 1<sup>er</sup> : Règlement des litiges****Section 1 : Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics****Article 127**

Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret.

Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions.

La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment les pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixés par décret.

## • Textes officiels :

Décret n°2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics. Décret n°2009-1279 du 22 octobre 2009 relatif à la commission consultative des marchés publics.

## Section 2: Arbitrage

### Article 128

Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile.

Pour l'État, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

## Chapitre II : Commission consultative des marchés publics

### Article 129

Modifié par Décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2

La Commission consultative des marchés publics peut fournir aux services de l'État une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés.

Cette commission peut fournir aux collectivités territoriales la même assistance selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Un décret précise la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de cette commission.

- Textes officiels: Arrêté du 22 octobre 2009 relatif à l'assistance apportée aux collectivités territoriales par la commission consultative des marchés publics pour l'élaboration et la passation de leurs marchés et accords-cadres

## Chapitre III : Observatoire économique de l'achat public

### Article 130

Un observatoire économique de l'achat public placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il constitue également une instance permanente de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques. Les missions, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'observatoire sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

- Textes officiels:  
Arrêté du 10 novembre 2005 pris en application de l'article 130 du code des marchés public et relatif à l'observatoire économique de l'achat public.  
Décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 relatif au recensement des marchés publics et de certains contrats soumis à des obligations de mise en concurrence.

### Article 131

L'observatoire effectue chaque année un recensement économique des marchés et des accords-cadres réalisés par les personnes soumises au présent code et par les personnes définies au I de l'article 3 et aux articles 4 et 5 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée. Les services qui passent les marchés et accords-cadres ou qui règlent les sommes dues au titre de ces mar-

chés et accords-cadres transmettent, selon des modalités fixées par décret, les données nécessaires à ce recensement.

L'observatoire produit des données sur la part des marchés publics obtenus par des petites et moyennes entreprises au sens de l'article 48.

- Textes officiels:  
Arrêté du 21 juillet 2011 relatif au recensement économique de l'achat public (texte applicable à compter du 01/01/2012)  
Arrêté du 22 octobre 2007 relatif au recensement économique des contrats, marchés publics et accords-cadres dont le montant initial est compris entre 20000 et 90000 euros hors taxes

### Article 132

L'Observatoire économique de l'achat public peut créer des groupes d'étude des marchés chargés d'élaborer, en particulier, des recommandations techniques, des cahiers des clauses techniques ou des guides techniques destinés à faciliter la passation et l'exécution des marchés publics. Les missions, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des groupes d'étude des marchés sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

- Textes officiels:  
Arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de l'article 132 du code des marchés publics, relatif aux groupes d'étude des marchés de l'observatoire économique de l'achat public

## Chapitre IV : Liste des marchés conclus

### Article 133

Le pouvoir adjudicateur publie au cours du premier trimestre de chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires. Cette liste est établie dans les conditions définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

### Conseil pratique

Mettez en ligne cet avis sur un site internet accessible par toute personne intéressée, en lien avec votre structure ou les marchés publics. Évitez de dépenser un coût important de publication d'un avis dans la presse écrite, sans que cela ne présente le moindre intérêt juridique.

### Alerte

N'attendez pas la fin de l'année, voire la fin du mois de mars, pour recenser vos marchés: recensez-les au fur et à mesure de leur notification durant l'année.

- Textes officiels: Arrêté du 21 juillet 2011 pris en application de l'article 133 du code des marchés publics et relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (en vigueur pour l'établissement de la liste des marchés conclus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011).

## II. Dispositions applicables aux entités adjudicatrices

### Titre I<sup>er</sup> : Champ d'application et principes fondamentaux

#### Section 1 : Définitions et principes fondamentaux

##### Article 134

Modifié par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 7

*I. - Les dispositions de la présente partie s'appliquent aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices. Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135.*

*II. - La passation et l'exécution des marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité au sens de l'article 179 sont régies par les dispositions de la troisième partie du présent code lorsque l'entité adjudicatrice est l'État ou ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial.*

*III. - Les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du présent code s'appliquent aux marchés publics et aux accords-cadres passés par des entités adjudicatrices.*

#### Section 2 : Champ d'application

##### Article 135

*Sont soumises aux dispositions de la présente partie les activités d'opérateurs de réseaux suivantes :*

*1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz, ou en chaleur ;*

*2° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable.*

*Sont également soumis aux dispositions de la présente partie les marchés passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés :*

*a) Soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées ;*

*b) Soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable mentionnée au 2° représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;*

*z4° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux, ou d'autres terminaux de transport ;*

*5° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.*

*Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;*

*6° Les activités visant à fournir des services postaux ou les services autres que les services postaux mentionnés aux a) à f) ci-dessous.*

*Les services postaux sont les services définis aux articles L.1 et L.2 du code des postes et des communications électroniques.*

*Les services autres que les services postaux sont les services suivants, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs l'une des activités mentionnées à l'alinéa précédent :*

*a) Les services de gestion de services courrier ;*

*b) Les services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé ;*

*c) Les services d'envois non postaux tel que le publipostage sans adresse ;*

*d) Les services bancaires et d'investissement et les services d'assurance ;*

*e) Les services de philatélie ;*

*f) Les services logistiques, associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express.*

##### Article 136

Modifié par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 8

*Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux accords-cadres et marchés suivants passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 134 :*

*1° Accords-cadres et marchés de services conclus avec une entité adjudicatrice soumise à la présente partie ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée, lorsque cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement 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° Accords-cadres et marchés 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 ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de la présente partie ;*

*3° Accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des entités adjudicatrices, sous réserve des dispositions du 2° ;*

*4° Accords-cadres et marchés de services de recherche et développement pour lesquels l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;*

*5° Accords-cadres et marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;*

*6° Accords-cadres et marchés passés au bénéfice d'une entité adjudicatrice en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ;*

*7° Accords-cadres et marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement des troupes ou conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers, en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;*

*8° Accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection ;*

*9° Accords-cadres et marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;*

*10° Accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail.*

### Conseil pratique

N'ouvrez pas à la concurrence pour toute acquisition ou location de terrains ou bâtiments existants : comme le précise le troisième point ci-dessus, cet achat ne relève pas du champ d'application du Code des marchés publics. Exonérez-vous d'ouverture à la concurrence en tant qu'acheteur, si vous vous portez acquéreur d'œuvres ou d'objets d'arts uniquement « existants » : la préexistence du bien



par rapport à l'acte d'achat justifie les conditions d'application de l'exonération d'application du Code prévues à l'article 3-8°.

## Alerte

Interprétez de manière stricte le concept de droits exclusifs évoqué au premier point de l'article 3: il repose sur le «fondement d'une disposition légalement prise», c'est-à-dire qu'il faut que l'acheteur puisse apporter la preuve d'un texte normatif (loi, décret, arrêté) conférant une exclusivité à un opérateur économique.

## Article 137

Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices dans les cas suivants:

1° Pour l'achat d'eau, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation mentionnée au premier alinéa du 2° de l'article 135;

2° Pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation définie au 1° et au 3° de l'article 135;

3° Lorsque ces entités fournissaient, avant le 30 avril 2004, un service de transport par autobus et que d'autres entités fournissaient librement dans les mêmes conditions ce service.

## Article 138

I. - Dans les hypothèses précisées au II ci-dessous, les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée au sens du III.

II. - Le I du présent article est applicable:

1° Aux accords-cadres et marchés de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec les personnes publiques auxquelles elle est liée;

2° Aux accords-cadres et marchés de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec les personnes publiques auxquelles elle est liée;

3° Aux accords-cadres et marchés de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché, au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec les personnes publiques auxquelles elle est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché ou de l'accord-cadre, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires, dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus, est vraisemblable.

Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80% mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises.

III. - Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice les entreprises qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'une entité adjudicatrice au sens du IV.

IV. - L'influence des entités adjudicatrices est réputée dominante lorsque celles-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

V. - Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les noms des entreprises liées au sens du III, la nature et la valeur des marchés mentionnés au I et tout élément que la Commission européenne juge nécessaire pour prouver que les relations entre l'entité adju-

dicatrice ou l'organisme et l'entreprise à laquelle les marchés sont attribués répondent aux exigences prévues par le présent article.

## Article 139

I. - Les dispositions du présent code ne sont pas applicables:

1° Aux marchés et accords-cadres passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer l'une des activités mentionnées à l'article 135 avec l'une de ces entités adjudicatrices;

2° Aux marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice avec un organisme tel que mentionné au 1°, dont elle fait partie, lorsque cet organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans et que, aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant cette même période.

II. - Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les noms des entités et organismes ainsi que la nature et la valeur des marchés mentionnés au I et tout élément que la Commission européenne juge nécessaire pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'organisme mentionné au I répondent aux exigences prévues par le présent article.

## Article 140

Les marchés et accords-cadres passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans un État membre de l'Union européenne cessent d'être soumis au présent code, dès lors que la Commission européenne a constaté que, dans cet État, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

## Titre II : Dispositions générales

### Article 141

Modifié par Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 - art. 6

Les dispositions du titre II de la première partie s'appliquent aux marchés publics et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 134, sous réserve de la substitution des mots: «entité adjudicatrice» aux mots: «pouvoir adjudicateur» et de la somme: «20 000 euros HT» à la somme: «15 000 euros HT».

## Conseil pratique

Les mêmes règles s'appliquent aux «pouvoirs adjudicateurs» et aux «entités adjudicatrices».

## Alerte

Mais le seuil de 20 000 euros HT n'ayant pas fait l'objet d'une annulation comme dans la partie générale du Code, suite à l'affaire «Perez» jugée en 2010 par le Conseil d'État, celui-ci a été maintenu pour les opérateurs de réseaux.

Seul le seuil de 4 000 euros HT, rétabli suite à cette jurisprudence, a été remplacé par celui de 15 000 euros HT fin 2011 pour les «pouvoirs adjudicateurs» et non pas les «entités adjudicatrices». En conséquence, contrairement à ce qui a pu être écrit dans certains documents officiels diffusés en décembre 2011, c'est bien un seuil de 20 000 euros HT et non pas de 15 000 euros HT qui s'applique aux marchés des opérateurs de réseaux.

## Titre III : Passation des marchés

### Article 142

Modifié par Décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009 - art. 10  
Les dispositions du titre III de la première partie s'appliquent aux marchés publics et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 134, sous réserve des dispositions du présent titre et sous réserve de la substitution des mots: «entité adjudicatrice» aux mots: «pouvoir adjudicateur». Toutefois, les articles 26, 28, 30, 35, 36, 39, 40, 40-1, 57, 62, 66, 67, 74, 76, 77, 85 et 85-1 ne sont pas applicables.

## Chapitre I<sup>er</sup> : Commission d'appel d'offres

### Article 143

Les dispositions de l'article 25 sont applicables.  
Toutefois, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres en cas d'urgence impérieuse prévue au 4° du II de l'article 144.

### Conseil pratique

Envoyez vos convocations en recommandé avec accusé réception, en veillant à récupérer l'accusé réception. À défaut, solution moins coûteuse, envoyez des télécopies avec impression des accusés réception.

Numérotez vos procès-verbaux en fonction des différentes réunions de Commission d'appel d'offres.

### Alerte

Les marchés négociés de l'article 144 ne sont pas exonérés d'une Commission d'appel d'offres, à la seule exception des cas d'urgence de l'article 144-II-4° du CMP.

Seules les personnes disposant d'une voix délibérative comptent pour l'appréciation du quorum d'au moins la moitié.

La Commission d'appel d'offres n'intervient que pour l'attribution et non pas pour l'ouverture des plis. Juridiquement celle-ci peut être réalisée par les services puis validée par le Représentant de l'Entité Adjudicatrice (REA).

## Chapitre II : Définition des seuils et présentation des procédures

### Section 1 : Présentation et seuils des procédures

#### Article 144

Modifié par Décret n°2009-1702 du 30 décembre 2009 - art. 1  
Modifié par Décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1  
Les entités adjudicatrices passent leurs marchés et accords-cadres dans les conditions suivantes.

- I. - Elles choisissent librement entre les procédures formalisées suivantes:
- 1° Procédure négociée avec mise en concurrence préalable;
  - 2° Appel d'offres ouvert ou restreint;
  - 3° Concours, défini à l'article 38;
  - 4° Système d'acquisition dynamique, défini à l'article 78.
- II. - Elles peuvent également recourir à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:
- 1° Pour les marchés et les accords-cadres qui n'ont fait l'objet d'aucune offre ou d'aucune offre appropriée au sens du 3° du II de l'article 35 ou pour lesquels aucune candidature n'a été déposée dans le cadre d'une procédure for-

malisée, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

2° Pour les marchés et les accords-cadres conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment un tel objectif;

3° Pour les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité;

4° Les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'entité adjudicatrice et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec mise en concurrence préalable et, notamment, les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle. Ces marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence. Par dérogation aux dispositions du chapitre V du titre II de la première partie du présent code, lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, la passation du marché est confirmée par un échange de lettres;

5° Pour les marchés complémentaires de fournitures qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

6° Pour les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage:

a) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour l'entité adjudicatrice;

b) Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement;

7° Pour les marchés de travaux ayant pour objet la réalisation d'ouvrages similaires à ceux qui ont été confiés au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.

Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation d'ouvrages similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux;

8° Pour les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse;

9° Pour les marchés passés en application d'un accord-cadre mentionné à l'article 169;

10° Pour les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et qui permet de payer un prix considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;

11° Pour les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature;

12° Pour les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier.

III. - Elles peuvent aussi mettre en œuvre une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 146:

a) Lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 400 000 euros HT pour les fournitures et les services, ou lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 5 000 000 euros HT pour les travaux;

b) Pour certains lots, dans les conditions prévues au III de l'article 27;

c) En application de l'article 148.

IV.- Les marchés peuvent également être passés sur la base d'un accord-cadre dans les conditions prévues à l'article 169.

V.- Les marchés sans formalités préalables mentionnés dans le code général des collectivités territoriales sont les marchés d'un montant inférieur au seuil fixé au III.

## Conseil pratique

Privilégiez dans votre choix de procédures, celles qui autorisent une phase de négociation, ce qui correspond à la volonté du droit européen et français de permettre cela pour des marchés relevant d'activités de réseaux.

Mettez en place un système d'acquisition dynamique si vous disposez d'un outil électronique permettant de dématérialiser l'ensemble de votre procédure, en respectant les contraintes techniques imposées par la réglementation.

Procédez à un appel d'offres « restreint » si vous pensez que vous risquez de recevoir trop d'offres à analyser pour un lot déterminé (cela peut être le cas pour des lots « peinture », « serrurerie »...) eu égard à son montant relativement faible. Cette procédure permet de fixer dès le départ un nombre maximum de candidats qui seront admis à remettre une offre dans un second temps. Cette procédure est cependant plus longue que celle de l'appel d'offres « ouvert ».

## Alerte

Les marchés négociés « sans » publicité et mise en concurrence ne sont possibles que dans les cas limitativement énumérés dans l'article ci-dessus du CMP.

## Section 2 : Méthode de calcul de la valeur estimée des marchés publics, des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

### Article 145

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 8

Les dispositions de l'article 27 sont applicables, sous réserve de la substitution des mots: « définis au III de l'article 144 » aux mots: « définis à l'article 26 » et des mots: « la valeur des fournitures et services » aux mots: « la valeur des fournitures ».

## Conseil pratique

Appliquez les notions de « familles homogènes » de fournitures et services ou d'« opération » de travaux pour tous vos marchés, en raisonnant au niveau de l'« entité adjudicatrice », c'est-à-dire dans une logique interservices.

Calculez toujours le montant total maximum susceptible d'être commandé au titre du marché concerné, toute période de reconduction éventuelle confondue, toutes tranches ou phases éventuelles cumulées, pour comparer avec les seuils de publicité et mise en concurrence et en déduire la procédure applicable.

Prenez en compte au moins vos besoins prévisibles sur une année s'agissant d'une commande ponctuelle dont la durée d'exécution ne s'étendrait pas sur douze mois.

## Alerte

La combinaison de la définition d'une entité adjudicatrice et celle des concepts de l'article 27, auxquels l'article 145 renvoie, est fondamentale: si vous ne respectez pas ces obligations, vous risquez de ne pas appliquer la bonne procédure de passation à vos marchés et de commettre des irrégularités importantes susceptibles de déboucher sur une qualification pénale de délit d'octroi d'avantage injustifié lié à un fractionnement artificiel de prestation (art. 432-14 du Code pénal). Ne supprimez pas une prestation indispensable ou prévisible du champ de votre marché, sous prétexte de vous retrouver en dessous d'un seuil concurrentiel, car vous ne pourriez pas légalement passer ultérieurement un avenant portant sur cette prestation.

## Section 3 : Procédure adaptée

### Article 146

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 8

Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144, les marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée dont les modalités sont librement fixées par l'entité adjudicatrice en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

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

Quel que soit son choix, l'entité adjudicatrice ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux qui sont prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48.

L'entité adjudicatrice peut également décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence préalable, si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 20 000 euros HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 144.

## Conseil pratique

Définissez ce que vous entendez par « procédure adaptée » dans un règlement de consultation suffisamment précis et détaillé, car une telle procédure n'est pas définie dans le Code. Elle devra quoi qu'il en soit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et les dispositions générales découlant des directives européennes portant coordination des procédures de passation des marchés publics. Prévoyez des possibilités de négociation en prenant soin de détailler les modalités pratiques, si une réunion sur place est prévue, etc. Négociez chaque fois que c'est « opportun » et non pas systématiquement, car les opérateurs économiques vont finir par intégrer à l'avance un pourcentage de négociation dans leur offre, s'ils savent que vous allez négocier tout le temps. Précisez si vous souhaitez « auditionner » les candidats dans le cadre de votre procédure adaptée.

## Alerte

Appliquez toutes les règles d'une procédure d'appel d'offres, définies dans le Code, si vous décidez volontairement d'engager une telle procédure. Évitez de qualifier de « commission d'appel d'offres » la commission que vous souhaitez réunir dans le cadre d'une procédure adaptée, et veillez à ce qu'elle ne soit pas composée à l'iden-



tique d'une Commission d'appel d'offres définie par le Code, car il y a un risque de requalification juridique de votre procédure adaptée en procédure d'appel d'offres. Qualifiez là par exemple, de «commission des marchés à procédure adaptée» (CMPA).

## Section 4 : Procédure applicable aux marchés de services

### Article 147

Les dispositions de l'article 29 sont applicables, sous réserve de la substitution, au 6, des mots: «sous réserve des dispositions des 2° et 3° de l'article 136» aux mots: «sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3» et, au 8, des mots:

«sous réserve des dispositions du 4° de l'article 136» aux mots: «sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3».

### Conseil pratique

Appliquez toutes les règles de droit commun si votre marché relève principalement d'une prestation de service relevant de cet article: cf. art. 29 du CMP. Les numéros de chaque type de services correspondent à une «catégorie» de services qu'il faudra mentionner dans les avis d'appel public à la concurrence. La réponse à la question de la «catégorie» de services dont il s'agit correspond au numéro figurant dans la liste de l'article 29.

### Alerte

N'ajoutez aucune autre prestation de services à cette liste. Elle est limitative. Toute autre prestation de services relève du champ d'application de l'article 148 du CMP.

### Article 148

Modifié par Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 - art. 10

Modifié par Décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1

I. - Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 146.

II. - Toutefois:

1° Les dispositions du III de l'article 150 et du troisième alinéa de l'article 41 ne sont pas applicables;

2° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 400 000 euros HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 et le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 172;

3° Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 200 000 euros HT sont attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales;

4° L'entité adjudicatrice veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées;

5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'État.

III.- Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé.

## Chapitre III : Organisation de la publicité

### Section 1 : Avis périodique indicatif

#### Article 149

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10

Modifié par Décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1

I. - À partir du seuil de 750 000 euros HT pour les fournitures et les services et de 5 000 000 euros HT pour les travaux, un avis périodique indicatif, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics, peut-être, au moins une fois par an, soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice. Le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice est le site dématérialisé auquel elle a recours pour ses achats.

L'entité adjudicatrice qui publie l'avis périodique indicatif sur son profil d'acheteur envoie au préalable, par voie électronique, à l'Office des publications officielles de l'Union européenne un avis annonçant la publication de cet avis. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis périodique indicatif publié sur le profil d'acheteur. II. - La publication d'un avis périodique indicatif n'est obligatoire que pour l'entité adjudicatrice qui entend recourir à la faculté de réduire les délais de réception des offres en application du II de l'article 160.

III. - Pour les marchés de fournitures et de services, cet avis indique le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres pour chacune des catégories de produits ou de services homogènes, que l'entité adjudicatrice envisage de passer au cours des douze mois suivant la publication de l'avis.

S'il concerne des fournitures ou des services à acquérir durant un exercice budgétaire, cet avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après le début de cet exercice budgétaire.

IV. - Pour les marchés de travaux, l'avis indique les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres que l'entité adjudicatrice entend passer. L'avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la décision de réaliser un programme de travaux, dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux ou les accords-cadres que les entités adjudicatrices entendent passer.

V. - Les entités adjudicatrices peuvent publier ou faire publier des avis périodiques indicatifs relatifs à des projets importants, sans répéter l'information qui figure déjà dans un avis périodique indicatif antérieur, à condition qu'il soit clairement mentionné que ces avis constituent des avis additionnels.

VI. - Lorsque les entités adjudicatrices publient un avis périodique indicatif, elles communiquent aux candidats qui le demandent les spécifications techniques qu'elles font habituellement figurer ou qu'elles entendent désormais faire figurer dans les marchés ayant le même objet que celui mentionné dans l'avis.

### Section 2 : Avis d'appel public à la concurrence

#### Article 150

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10

- En dehors des exceptions prévues au quatrième alinéa de l'article 146 ainsi qu'au II de l'article 144, tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 20 000 euros HT est précédé d'une publicité dans les conditions définies ci-après.

- Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 20 000 euros HT et 90 000 euros HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 148 d'un montant égal ou supérieur à 20 000 euros HT, l'entité adjudicatrice choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

- Lorsque le montant estimé du besoin est compris entre 90 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144, l'entité adjudicatrice est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de



l'économie. L'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'y faire figurer une estimation du prix des prestations attendues.

L'entité adjudicatrice apprécie si, compte tenu de la nature du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est en outre nécessaire pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1<sup>er</sup>. Cette publication doit alors être effectuée dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144, l'entité adjudicatrice est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

- L'entité adjudicatrice peut choisir de faire paraître, en plus de ces avis, un avis d'appel public à la concurrence dans une autre publication, dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

- Pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, l'avis d'appel public à la concurrence est un avis de marché simplifié établi pour publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

- Les avis destinés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics sont envoyés par téléprocédure. Ils sont publiés sur support papier ou sous forme électronique.

Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier les avis d'appel public à la concurrence, conformément au texte transmis, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.

La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne.

Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office.

- L'entité adjudicatrice doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

Article 151 En savoir plus sur cet article...

- Lorsque l'entité adjudicatrice utilise comme avis d'appel public à la concurrence le modèle de l'avis périodique indicatif, ce document comporte les mentions prévues à l'article 149 et, en outre :

1° Fait référence spécifiquement aux fournitures, aux travaux ou aux services qui feront l'objet du marché à passer ;

2° Précise qu'aucun avis d'appel public à la concurrence ne sera publié ultérieurement et invite les opérateurs économiques à manifester leur intérêt par écrit.

- L'entité adjudicatrice adresse à tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt une lettre les invitant à confirmer cet intérêt. Cette lettre complète l'avis périodique indicatif et comprend au moins les renseignements suivants :

1° La nature et la quantité des prestations demandées, y compris celles qui relèvent d'éventuels marchés complémentaires ou de reconductions ainsi qu'une estimation du délai dans lequel l'entité adjudicatrice décidera de recourir à des marchés complémentaires ou des reconductions ;

2° Le type de procédure restreinte ou négociée choisie ;

3° Les dates auxquelles le titulaire du marché commencera ou s'achèvera la livraison des fournitures ou l'exécution des travaux ou des services ;

4° L'adresse et la date limite de dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;

5° L'identification du service qui passe le marché et de celui, s'il est différent, qui fournit les renseignements nécessaires pour l'obtention des documents de la consultation ;

6° Le montant et les modalités de versement des éventuelles sommes à payer pour obtenir les documents de la consultation ;

7° Les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats ;

8° Les critères d'attribution, ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis périodique indicatif.

L'avis périodique indicatif devient caduc si la lettre mentionnée au premier alinéa n'est pas envoyée dans un délai de douze mois à compter de la publication de l'avis.

• Textes officiels :

Arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres

## Article 151-1

Modifié par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10

Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L.551-15 du code de justice administrative, l'entité adjudicatrice publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics, relatif à son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application des articles 146 ou 148.

## Conseil pratique

Publiez un avis d'intention de conclure au Journal officiel de l'Union européenne, chaque fois où cela s'impose.

## Alerte

Le manquement à cette obligation peut constituer un motif d'annulation de votre marché, au motif que vous avez porté atteinte à une voie de recours prévue par le Code de justice administrative, suite à la transposition d'une directive européenne.

## Chapitre IV : Système de qualification

### Article 152

I. - Une entité adjudicatrice peut établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques. Un système de qualification d'opérateurs économiques est un système de présélection d'opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations.

Pour le créer, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification dans les conditions prévues à l'article 150. Cet avis indique l'objet du système et les modalités d'accès aux critères et aux règles sur lesquels il repose. Il fixe sa durée ou indique qu'il est de durée indéterminée. Dans le cas où la durée de ce système est supérieure à trois ans, la publication de l'avis est renouvelée chaque année.

II. - Le système de qualification d'opérateurs économiques repose sur des critères et des règles de qualification objectifs. Parmi ces critères, peut être retenue la capacité des candidats à respecter des spécifications techniques au sens de l'article 6.

III. - Lorsque l'entité adjudicatrice fixe des critères et des règles de qualification comportant des exigences relatives à la capacité professionnelle, technique et financière de l'opérateur économique, les dispositions de l'article 45 s'appliquent pendant toute la période de validité du système de qualification.

IV. - L'entité adjudicatrice veille à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés. Les critères et règles de qualification leur sont fournis à leur demande. La mise à jour des critères et des règles leur est communiquée.

*V - L'entité adjudicatrice peut recourir à un système de qualification établi par un tiers. Elle en informe les opérateurs économiques intéressés.*

### Conseil pratique

Mettez en place un système d'acquisition dynamique si vous disposez d'un outil électronique permettant de dématérialiser l'ensemble de votre procédure, en respectant les contraintes techniques imposées par la réglementation.

### Alerte

Veillez à ce que de nombreux opérateurs économiques entrent dans votre système d'acquisition dynamique afin qu'il fonctionne efficacement.

### Article 153

*Lorsqu'elle gère un système de qualification ou lorsqu'elle recourt à un tel système pour le choix des candidats admis à participer à une procédure restreinte ou négociée, l'entité adjudicatrice assure l'égalité de traitement des opérateurs économiques. Elle ne peut ni imposer des conditions administratives, techniques ou financières à certains opérateurs économiques qui n'auraient pas été imposées à d'autres, ni exiger des essais ou des justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles.*

### Article 154

*I. - L'opérateur économique qui demande à être qualifié, est informé de la décision prise à son sujet dans un délai de quatre mois à compter du dépôt de sa demande. Ce délai peut être prolongé de deux mois au plus, à condition que l'opérateur économique qui demande à être qualifié soit informé de cette prolongation dans les deux mois qui suivent sa demande. Les motifs de cette prolongation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise lui sont également indiqués.*

*II. - Lorsque l'entité adjudicatrice décide de rejeter une demande de qualification, elle informe l'opérateur économique des motifs de sa décision, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la date de cette décision. Ces motifs doivent être fondés sur les critères de qualification mentionnés au II de l'article 152.*

*III. - Une entité adjudicatrice ne peut mettre fin à la qualification d'un opérateur économique que pour des motifs fondés sur les critères de qualification mentionnés au II de l'article 152. L'intention de mettre fin à la qualification est préalablement notifiée à cet opérateur, par écrit motivé, au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification.*

### Article 155

*Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé par l'entité adjudicatrice. Il est divisé en catégories par types de marchés pour la passation desquels la qualification est valable.*

## Chapitre V : Sélection des candidatures

### Article 156

*En cas de procédure restreinte ou négociée, les dispositions de l'article 52 sont applicables.*

*Toutefois :*

*1° L'entité adjudicatrice peut limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre à un niveau justifié par le souci de proportionner les moyens mis en œuvre aux exigences de la procédure choisie. Le nombre des candidats retenus tient compte de la nécessité d'assurer une concurrence suffisante.*

*2° Lorsque l'entité adjudicatrice utilise l'avis sur l'existence du système de qualification défini à l'article 152 comme avis d'appel public à la concurrence, les candidats admis à présenter une offre sont sélectionnés parmi les opérateurs économiques qualifiés selon un tel système.*

### Conseil pratique

Considérez qu'en dessous de trois candidats admis à présenter une offre, vous n'assurez pas une « concurrence suffisante », sauf si moins de trois candidats ont soumissionné (ce dont vous n'êtes pas a priori responsable).

## Chapitre VI : Dispositions particulières relatives aux offres

### Article 157

*Modifié par Décret n°2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2  
Les dispositions de l'article 50 sont applicables.*

*Toutefois, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation ne précisent pas si les variantes sont autorisées, elles sont admises.*

### Conseil pratique

Autorisez ou pas les variantes dans vos marchés, sachant que leur autorisation revient à renforcer vos chances de recevoir des offres particulièrement innovantes et que l'article 157 pose une présomption d'autorisation des variantes, qui est l'inverse de celle applicable aux pouvoirs adjudicateurs relevant de la première partie du Code.

Interdisez la remise d'une variante sans offre de base, cela vous évitera d'entrer dans le débat litigieux portant sur le caractère recevable d'une offre qui ne respecterait pas le cahier des charges selon l'acheteur (donc devant être rejetée), alors que selon le candidat il s'agissait d'une variante sans offre de base (donc analysable).

### Alerte

Ne confondez pas les « options » avec les « prestations supplémentaires éventuelles » (PSE) et les « variantes ».

Ces dernières ne sont pas définies par le pouvoir adjudicateur mais par le candidat. Elles sont de véritables « offres alternatives ».

Si vous optez pour une autorisation des variantes (même de manière tacite), vous devez définir leur étendue (technique, financière, environnementale...): leur autorisation ne peut pas être générale. De plus, vous devez préciser leurs modalités de présentation. Pensez donc à rajouter ces précisions dans la rubrique « renseignements complémentaires » de vos appels à la concurrence pour lesquels, bien souvent, les outils informatiques ne prévoient qu'une case « oui » ou « non », sans autre possibilité rédactionnelle.

Ne traduisez pas pour autant (dans le cadre de l'autorisation des variantes) l'étendue de ces dernières de manière trop détaillée, car en ce cas, elles risquent d'être requalifiées en « prestations supplémentaires éventuelles » ou « options » auxquelles les soumissionnaires devaient impérativement répondre (ce qui n'est pas le cas des variantes).

## Article 158

Les dispositions de l'article 54 sont applicables, sous réserve de la substitution des mots: «au seuil fixé au III de l'article 144» aux mots: «aux seuils fixés au II de l'article 26».

### Conseil pratique

Utilisez le système des enchères électroniques, (notamment) chaque fois où la prestation est relativement standardisée et peut faire l'objet du critère unique du prix.

Regardez si les enchères électroniques sont pratiquées dans le secteur privé du domaine concerné par votre marché. C'est un bon indicateur en termes de garantie d'efficacité.

### Alerte

Les enchères électroniques ne sont pas autorisées en France dans le domaine des travaux.

## Article 159

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 2

Lorsque les offres présentées dans le cadre de la passation d'un marché de fournitures contiennent des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a conclu aucun accord dans un cadre multilatéral ou bilatéral assurant un accès effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays, ces offres peuvent être rejetées lorsque la part des produits originaires des pays tiers excède 50% de la valeur totale des produits composant ces offres. Pour l'application du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application des dispositions de l'alinéa précédent. Pour l'application de ces dispositions, deux offres sont considérées comme équivalentes si l'écart entre leur prix n'excède pas 3%.

Une offre n'est toutefois pas préférée à une offre équivalente lorsque ce choix conduirait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel qu'elle possède déjà et entraînerait des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

## Chapitre VII : Dispositions particulières relatives aux procédures de passation

### Section 1: Dispositions particulières pour l'appel d'offres ouvert

#### Article 160

Modifié par Décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 - art. 2

Lorsque les entités adjudicatrices choisissent la procédure d'appel d'offres ouvert, les dispositions suivantes s'appliquent.

I. - Un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues à l'article 150.

II. - 1° Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence.

2° Ce délai minimal peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies:

a) L'avis périodique indicatif prévu à l'article 149 a été publié;

b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence;

c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis périodique indicatif.

3° (alinéa abrogé);

4° (alinéa abrogé);

5° Les délais mentionnés aux 1° et 2° peuvent être réduits de sept jours lorsque l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par voie électronique.

6° le délai mentionné au 1° peut être réduit de cinq jours lorsque l'entité adjudicatrice offre, par voie électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

7° Les délais mentionnés aux 5° et 6° peuvent être cumulés sauf si l'entité adjudicatrice a réduit le délai minimal à vingt-deux jours suite à la publication d'un avis périodique indicatif en application du 2°.

III. - Lorsque les documents de la consultation ne sont pas accessibles par voie électronique, ils sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile dans les six jours qui suivent leur demande.

IV. - Les renseignements complémentaires demandés en temps utile sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite de réception des offres.

V. - Les délais minimaux mentionnés au II sont prolongés dans les hypothèses suivantes:

1° Lorsque les délais prévus aux III et IV ne peuvent être respectés;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

VI. - Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Ils comportent une enveloppe comprenant les documents relatifs à la candidature et à l'offre.

Pour les marchés allotis, les candidats peuvent soit présenter un seul exemplaire des documents relatifs à leur candidature et scinder lot par lot les éléments relatifs à leurs offres, soit présenter pour chacun des lots les éléments relatifs à leurs candidatures et à leurs offres.

### Conseil pratique

Calculez le nombre de jours du délai d'ouverture à la concurrence en partant du lendemain du jour de l'envoi à l'organe de publication de l'avis.

Fixez une heure limite de réception, à défaut ce sera 23h59, or votre structure n'est peut-être pas capable de recevoir des plis déposés jusqu'à cette heure tardive.

Rappelez dans votre règlement de consultation les horaires d'ouverture du bâtiment où pourront être déposés les plis.

### Alerte

Rallongez vos délais d'ouverture à la concurrence, si une visite sur place est prévue, si des documents complémentaires doivent être consultés dans vos locaux, etc.

Rallongez les délais réglementaires cas par cas, en fonction de l'ampleur des documents devant être fournis (longueur du mémoire technique ou de la note méthodologique, quantité importante de plans à étudier, etc.) et de l'exigence ou non de remise d'échantillons, maquettes ou prototypes.

## Article 161

I. - Les dispositions de l'article 58 sont applicables, sous réserve de la suppression, à son III, des mots: «ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35».

II. - Les dispositions de l'article 59 sont applicables, sous réserve de la suppression, au premier alinéa de son III, des mots: «ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35» et de la substitution, au 1° du deuxième alinéa de son III, des mots: «dans les conditions prévues au 1° du II de l'article 144 dans le cas des offres inappropriées» aux mots: «dans les conditions prévues au 3° du II de l'article 35 dans le cas d'offres inappropriées ou au 1° du I de l'article 35 dans le cas d'offres irrégulières ou inacceptables».

### Conseil pratique

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner en tant que tels sur le registre de dépôts. Faites compléter le cas échéant les «candidatures» (pas les «offres») incomplètes en signalant aux autres candidats qu'ils peuvent également, dans le même délai imparti, insérer tout élément complémentaire à leur pli.

Déclarez «sans suite» pour «motif d'intérêt général» un marché.

### Alerte

«Proposez» simplement à la CAO de retenir tel ou tel opérateur économique, car si vous êtes une collectivité territoriale, le choix de l'offre économique la plus avantageuse est effectué par la commission d'appel d'offres.

Demandez les attestations fiscales et sociales uniquement aux candidats qui ne les auraient pas déjà transmises dans leur dossier et évitez de leur adresser un courrier qui leur dirait expressément qu'ils seront retenus comme titulaires d'un marché, car vous devez d'abord écrire aux non-retenus avant de notifier le marché au(x) titulaire(s).

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis, sauf s'il s'agit d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. En France, ces séances ne sont pas publiques.

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures.

## Section 2: Dispositions particulières pour l'appel d'offres restreint

### Article 162

Lorsque les entités adjudicatrices choisissent la procédure d'appel d'offres restreint, les dispositions de l'article 60 sont applicables.

Toutefois:

1° L'avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions définies à l'article 150;

2° Lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, elle n'est pas tenue de fixer ce nombre minimum à cinq;

3° Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence ou en réponse à une invitation mentionnée à l'article 151 est de vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis ou de l'invitation, ou de quinze jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.

### Conseil pratique

Procédez à un appel d'offres «restreint» si vous pensez que vous risquez de recevoir trop d'offres à analyser pour un lot déterminé eu égard à son montant relativement faible. Cette procédure per-

met de fixer dès le départ un nombre maximum de candidats qui seront admis à remettre une offre dans un second temps.

Cette procédure est cependant plus longue que celle de l'appel d'offres «ouvert».

Privilégiez les procédures adaptées ou négociées, qui sont plus souples que l'appel d'offres restreint, chaque fois que vous pouvez le faire, s'agissant d'activités de réseaux.

### Article 163

I. - Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés.

Cette lettre de consultation comporte au moins:

1° Les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par l'entité adjudicatrice, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore, les conditions de l'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique;

2° La date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française;

3° Les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié;

4° Le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires;

5° La liste des documents à fournir avec l'offre.

II. - La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés.

À défaut d'accord sur la date limite de réception des offres, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui est alors au moins de dix jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

III. - Lorsque les renseignements complémentaires ne sont pas mis à disposition par voie électronique, ils sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile au plus tard six jours avant la date limite de réception des offres.

IV. - Le délai minimal mentionné au II est prolongé dans les hypothèses suivantes:

1° Lorsque les délais prévus au III ne peuvent être respectés;

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

V. - Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

### Conseil pratique

Procédez à toutes ces formalités de consultation par écrit. Tous vos envois peuvent avoir lieu par tout moyen assurant date certaine de réception.

Calculez le nombre de jours du délai d'ouverture à la concurrence en partant du lendemain du jour de l'envoi de la lettre de consultation.

Fixez une heure limite de réception, à défaut ce sera 23h59, or votre structure n'est peut-être pas capable de recevoir des plis déposés jusqu'à cette heure tardive.

Rappelez les horaires d'ouverture du bâtiment où pourront être déposés les plis, dans votre lettre de consultation.

### Alerte

Rallongez vos délais d'ouverture à la concurrence, si une visite sur place est prévue, si des documents complémentaires doivent être consultés dans vos locaux, etc.



Rallongez les délais réglementaires cas par cas, en fonction de l'ampleur des documents devant être fournis (longueur du mémoire technique ou de la note méthodologique, quantité importante de plans à étudier, etc.) et de l'exigence ou non de remise d'échantillons, maquettes ou prototypes.

## Article 164

*I. - Les dispositions de l'article 63 sont applicables, sous réserve de la suppression des mots: «ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35».*

*II. - Les dispositions de l'article 64 sont applicables, sous réserve de la suppression, au premier alinéa de son III, des mots: «ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35» et de la substitution, au 1° du deuxième alinéa de son III, des mots: «dans les conditions prévues au 1° du II de l'article 144 dans le cas des offres inappropriées» aux mots: «dans les conditions prévues au 3° du II de l'article 35 dans le cas des offres inappropriées ou au 1° du I de l'article 35 dans le cas des offres irrégulières ou inacceptables».*

### Conseil pratique

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner en tant que tels sur le registre de dépôts.

Déclarer «sans suite» pour «motif d'intérêt général» un marché.

### Alerte

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis, sauf s'il s'agit d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. En France, ces séances ne sont pas publiques.

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures.

«Proposez» simplement à la CAO de retenir tel ou tel opérateur économique, car si vous êtes une collectivité territoriale, le choix de l'offre économique la plus avantageuse est effectué par la commission d'appel d'offres.

Demandez les attestations fiscales et sociales uniquement aux candidats qui ne les auraient pas déjà transmises dans leur dossier et évitez de leur adresser un courrier qui leur dirait expressément qu'ils seront retenus comme titulaires d'un marché, car vous devez d'abord écrire aux non-retenus avant de notifier le marché au(x) titulaire(s).

## Section 3: Dispositions particulières pour la procédure négociée avec mise en concurrence

### Article 165

*Lorsque les entités adjudicatrices choisissent la procédure négociée avec mise en concurrence, les dispositions de l'article 65 sont applicables.*

*Toutefois:*

*1° Lorsqu'il doit être procédé à un avis d'appel public à la concurrence, cet avis est publié dans les conditions prévues à l'article 150.*

*2° Lorsque l'entité adjudicatrice décide de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, elle n'est pas tenue de fixer ce nombre minimum à trois.*

*3° Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis de marché ou en réponse à une invitation faite par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 151, est de vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis ou de l'invitation ou de quinze jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.*

### Conseil pratique

Ayez recours à une procédure négociée en priorité à une procédure d'appel d'offres s'agissant d'activités de réseaux. Si vous pouvez mettre en œuvre une procédure adaptée (pouvant comporter une phase de négociation), elle doit être privilégiée car elle est plus souple qu'une procédure négociée définie par le présent article.

Prévoyez dans votre règlement de consultation, une négociation en «cascades»: à l'issue d'une première phase de négociation, vous renégocierez avec la moitié des candidats; puis à l'issue de la seconde phase de négociation, vous renégocierez avec encore la moitié des offres déjà renégociées précédemment, etc. Ainsi vous respecterez le principe d'égalité de traitement des candidats, en établissant la règle du jeu dès le départ. Le critère de la «moitié» est purement indicatif, pour illustrer: un acheteur peut opter pour le critère d'un tiers par exemple.

Éliminez, sans les ouvrir, tous les plis reçus hors délais, tout en prenant soin de les mentionner en tant que tels sur le registre de dépôts.

Faites compléter le cas échéant les «candidatures» (pas les «offres») incomplètes en signalant aux autres candidats qu'ils peuvent également, dans le même délai imparti, insérer tout élément complémentaire à leur pli.

### Alerte

N'invitez pas des personnes extérieures à votre structure à assister à la séance d'ouverture des plis, sauf s'il s'agit d'une assistance technique relevant d'un contrat préalablement signé. En France, ces séances ne sont pas publiques.

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure: la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures.

## Article 166

*Modifié par Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 41*

*I. - Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés.*

*Cette lettre de consultation comporte au moins:*

*1° Les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par l'entité adjudicatrice, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore, les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique;*

*2° La date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française;*

*3° Les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié;*

*4° Le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires;*

*5° La liste des documents à fournir avec l'offre.*

*II. - La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés.*

*À défaut d'accord sur la date limite de réception des offres, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui est alors au moins de dix jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.*

*III. - Lorsque les renseignements complémentaires ne sont pas mis à disposition par voie électronique, ils sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile au plus tard six jours avant la date limite de réception des offres.*

*IV. - Le délai minimal prévu au II est prolongé dans les hypothèses suivantes:*

*1° Lorsque le délai prévu au III ne peut être respecté;*

2° Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

V. - Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

VI. - Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans la lettre de consultation.

Les offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 sont éliminées.

La négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut ni porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché tels qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un candidat lors de la négociation ne peuvent, sauf son accord, être révélées aux autres candidats par l'entité adjudicatrice.

La procédure négociée peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés, par application des critères de sélection des offres établis conformément à l'article 53 et indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté d'élimination est prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

VII. - Au terme des négociations, après classement des offres conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application de ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

En cas d'urgence impérieuse prévue au 4° du II de l'article 144, il est procédé conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article 25.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.

Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80.

Le marché est alors notifié et un avis d'attribution est publié.

À tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.

### Conseil pratique

Procédez à toutes ces formalités de consultation par écrit. Tous vos envois peuvent avoir lieu par tout moyen assurant date certaine de réception.

Calculez le nombre de jours du délai d'ouverture à la concurrence en partant du lendemain du jour de l'envoi de la lettre de consultation.

Fixez une heure limite de réception, à défaut ce sera 23h59, or votre structure n'est peut-être pas capable de recevoir des plis déposés jusqu'à cette heure tardive.

Rappelez les horaires d'ouverture du bâtiment où pourront être déposés les plis, dans votre lettre de consultation.

Engagez une négociation en « cascade », si elle a été prévue dans votre règlement de consultation : à l'issue d'une première phase de négociation, vous renégocierez avec la moitié des candidats ; puis à l'issue de la seconde phase de négociation, vous renégocierez avec encore la moitié des offres déjà renégociées précédemment, etc. Ainsi vous respecterez le principe d'égalité de traitement des candidats, en établissant la règle du jeu dès le départ. Le critère de la « moitié » est simplement indiqué, pour illustrer : un acheteur peut opter pour le critère d'un tiers par exemple.

### Alerte

Rallongez vos délais d'ouverture à la concurrence, si une visite sur place est prévue, si des documents complémentaires doivent être consultés dans vos locaux, etc. Rallongez les délais réglementaires cas par cas, en fonction de l'ampleur des documents devant être fournis (longueur du mémoire technique ou de la note méthodologique, quantité importante de plans à étudier, etc.) et de l'exigence ou non de remise d'échantillons, maquettes ou prototypes.

## Section 4 : Dispositions particulières pour le concours

### Article 167

Lorsque les entités adjudicatrices choisissent la procédure de concours, les dispositions de l'article 70 sont applicables.

Toutefois, l'avis d'appel public à la concurrence est publié conformément aux dispositions de l'article 150.

### Conseil pratique

Mettez en place un « jury de concours » dans le cadre de cette procédure.

### Alerte

Évitez d'ouvrir les plis sans la présence de plusieurs représentants de votre structure : la collégialité étant souhaitable en termes de sécurisation des procédures. Cette séance d'ouverture des plis n'est cependant pas publique.

Veillez à ce que toute commission technique qui interviendrait avant la présentation au jury de concours ne soit pas composée à l'identique du jury, et ne remplisse surtout pas le même rôle que le jury. Elle ne doit en aucun cas se substituer au rôle du jury de concours.

C'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché final, s'agissant des collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux.

Demandez les attestations fiscales et sociales uniquement aux candidats qui ne les auraient pas déjà transmises dans leur dossier et évitez de leur adresser un courrier qui leur dirait expressément qu'ils seront retenus comme titulaires d'un marché, car vous devez d'abord écrire aux non-retenus avant de notifier le marché au(x) titulaire(s).

## Section 5 : Dispositions particulières pour la maîtrise d'œuvre

### Article 168

Modifié par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 31

I. - Les marchés 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 mission définis par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée et par le décret du 29 novembre 1993 susmentionné.

II. - Les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144 peuvent être passés selon la procédure adaptée prévue par l'article 146. Dans le cas de marchés de maîtrise d'œuvre passés en procédure adaptée, toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime dans les conditions précisées au troisième alinéa du 3° du III.

III. - Pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144, l'entité adjudicatrice peut recourir soit à la procédure négociée avec mise en concurrence ou, si les conditions mentionnées au II de l'article 144 sont remplies, sans mise en concurrence, soit à l'appel d'offres, soit à la procédure du concours.

1° Lorsque l'entité adjudicatrice choisit la procédure négociée avec mise en concurrence, la mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats. L'entité adjudicatrice, après avis du jury tel que défini au I de l'article 24, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant. L'entité adjudicatrice engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué.

2° Lorsque l'entité adjudicatrice choisit la procédure d'appel d'offres, un jury composé dans les conditions définies au I de l'article 24 émet un avis motivé sur les candidatures et sur les offres.

3° Lorsque l'entité adjudicatrice choisit la procédure du concours, elle respecte la procédure du concours restreint, telle qu'elle est prévue aux articles 70 et 167.

En outre, pour les ouvrages auxquels sont applicables les dispositions de la loi susmentionnée du 12 juillet 1985 en vertu de son article 1<sup>er</sup>, les dispositions suivantes sont mises en œuvre. Les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. L'avis d'appel public à la concurrence indique le montant de cette prime. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis d'appel public à la concurrence et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20%. La rémunération du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire.

## Section 6 : Dispositions particulières pour le marché de conception-réalisation

### Article 168-1

Créé par Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 42

I. - Les dispositions du I de l'article 69 sont applicables aux marchés de conception-réalisation passés par les entités adjudicatrices soumises à la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée.

II. - Toutefois, les marchés de conception-réalisation peuvent être passés par les entités adjudicatrices selon la procédure négociée après mise en concurrence.

III. - Les dispositions de l'article 146 sont applicables aux marchés de conception-réalisation.

IV. - Dans tous les cas mentionnés aux I, II et III, lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, ils mentionnent également le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont l'offre ne répondait pas aux documents de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20%. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

### Conseil pratique

Vérifiez si les conditions pour recourir à une procédure de conception-réalisation sont réunies. Elle a vocation à s'appliquer pour des opérations complexes où la séparation de la phase « conception » de celle des « travaux » serait préjudiciable pour le maître d'ouvrage.

Mettez en place un jury dans le cadre de cette procédure.

### Alerte

N'oubliez pas de prévoir une prime dans votre règlement de consultation eu égard aux prestations remises dans le cadre de la consultation.

« Proposez » simplement à la CAO de retenir tel ou tel opérateur économique, car si vous êtes une collectivité territoriale (ou un établissement public local, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux), le choix de l'offre économique la plus avantageuse est effectué par la commission d'appel d'offres.

## Section 7 : Dispositions spécifiques aux marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance

### Article 168-2

Créé par Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 - art. 32

Les dispositions de l'article 73 sont applicables, sous réserve de la substitution des mots : « l'article 168-1 » aux mots : « l'article 69 », des mots : « l'article 148 » aux mots : « l'article 30 », des mots : « l'article 146 » aux mots : « l'article 28 » et des mots : « l'article 144 » aux mots : « l'article 26 ».

### Conseil pratique

Ayez recours à ces marchés globaux de performance environnementale pour des opérations complexes sortant de votre activité ordinaire.

Vérifiez préalablement le potentiel d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à de telles exigences de performance. Concluez un contrat avec un bureau d'études ou assistant technique qui vérifiera l'atteinte des performances par le titulaire du marché global. Exigez le cas échéant, la remise d'un rapport de résultats de la part de votre titulaire... mais dotez-vous des moyens de vérification de la teneur de celui-ci.

### Alerte

N'oubliez pas de définir dans de tels contrats des niveaux de performances mesurables, et en fonction desquels la rémunération du titulaire fluctuera.

## Chapitre VIII : Dispositions particulières pour les accords-cadres et marchés à bons de commande

### Article 169

Les entités adjudicatrices peuvent conclure des accords-cadres et des marchés à bons de commandes dans les conditions suivantes :

1° Pour conclure un accord-cadre, l'entité adjudicatrice respecte les règles applicables à l'une des procédures formalisées définies au I de l'article 144. Le choix des titulaires de l'accord-cadre ainsi que des titulaires des marchés passés sur la base de ces accords-cadres est opéré par application des critères définis conformément à l'article 53.

2° Les marchés passés sur la base d'un accord-cadre peuvent être conclus par les entités adjudicatrices selon la procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les conditions prévues au 9° du II de l'article 144.

3° Lors de la passation des marchés conclus sur la base d'un accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter de modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre.

4° La durée des accords-cadres et des marchés à bons de commande passés par les entités adjudicatrices n'est pas limitée à quatre ans.

### Conseil pratique

Afin d'optimiser vos processus d'achats, ayez recours chaque fois que cela est possible à la mise en place d'un accord-cadre. Il vous permettra de supporter la lourdeur administrative d'une procédure tous les quatre ans; de procéder à une remise en concurrence dans un second temps plus souple (sans publication d'avis, avec un délai adapté cas par cas, avec des formalités d'attribution allégées notamment en terme de délais d'attente entre les courriers aux non-retenus et celui au titulaire); de passer des commandes désormais légales pour des besoins oubliés (pratique contestable des bordereaux de prix supplémentaires signés en cours d'exécution sans réouverture à la concurrence); de permettre aux services techniques de retrouver la logique de consultations simplifiées, auprès – certes – de tous les opérateurs économiques référencés au sein d'un lot de l'accord-cadre; etc.

Prévoyez un tableau à double entrée, avec des lots techniques et géographiques, si votre structure s'y prête eu égard à son étendue territoriale. Ne prévoyez pas une Commission d'appel d'offres pour vos marchés subséquents afin de ne pas alourdir la procédure: elle n'est pas obligatoire puisqu'elle est déjà intervenue au niveau des accords-cadres si vous avez mis en œuvre une procédure d'appel d'offres. Elle peut être souhaitable au-delà des seuils européens. Ne faites pas de publicité pour les marchés subséquents passés sur le fondement des accords-cadres. Ces derniers font l'objet d'une procédure « spécifique », selon les termes des directives européennes, qui n'entre pas dans la catégorie des autres procédures habituelles. Vous devez simplement consulter à nouveau les titulaires des accords-cadres en fonction de la survenance de vos besoins, par simple lettre de consultation (qui peut être adressée par e-mail ou télécopie avec accusé réception).

### Alerte

Faites vous conseiller pour conclure des accords-cadres afin de sécuriser au maximum la procédure, car si votre accord-cadre est illégal, vous risquez de rendre illégaux tous les marchés passés dans un second temps sur son fondement. Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre constituent bien des marchés qui doivent également être recensés au même titre que les autres marchés soumis à l'obligation de recensement.

## Chapitre IX : Achèvement de la procédure

### Article 170

Modifié par Décret n°2010-406 du 26 avril 2010 - art. 33  
Les dispositions de l'article 79 sont applicables sous réserve de la suppression de son 7°.

### Conseil pratique

Établissez un rapport de présentation le plus détaillé possible: il s'agit de l'explication des raisons de choix procédurales et des titulaires. Il vaut mieux anticiper les questions des autorités de contrôle que tenter d'y répondre maladroitement dans un second temps.

S'agissant spécifiquement des « entités adjudicatrices » relevant de cette seconde partie du Code, la mention dans le rapport de présentation du motif du recours à une procédure de dialogue compétitif n'est pas imposée.

### Alerte

Les autorités de contrôle de légalité préfectorales peuvent demander la transmission de tout document nécessaire à l'exercice de leur contrôle, par-delà l'établissement de ce rapport de présentation.

### Article 171

Modifié par Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 - art. 7  
Les dispositions de l'article 81 sont applicables, sous réserve de la substitution des mots: « prévu au 4° du II de l'article 144 » aux mots: « prévu au 1° du II de l'article 35 » et de la somme: « 20 000 euros HT » à la somme: « 15 000 euros HT ».

### Conseil pratique

Adressez l'acte d'engagement signé par le représentant du pouvoir adjudicateur à chacun des titulaires.

En prévoyant un acte d'engagement comportant une case pour chacun des lots, vous pourrez notifier un seul acte d'engagement pour un opérateur unique ayant remporté plusieurs lots. Le Code admet en effet qu'un acte d'engagement porte sur plusieurs lots.

### Alerte

Notifier un marché après un commencement d'exécution constitue un manquement manifeste aux principes fondamentaux de la commande publique, susceptible d'être sanctionné au titre de l'article 432-14 du Code pénal. Récupérez absolument l'accusé réception d'une notification car la date de réception effective correspondra à la date de naissance du marché: c'est la date précise à partir de laquelle démarrera la durée de vie de celui-ci. Le délai d'exécution partira quant à lui, de la réception de l'ordre de service, du bon de commande, ou de la notification elle-même si le contrat précisait qu'elle vaudrait commencement d'exécution.

### Article 172

Modifié par Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10  
Modifié par Décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 - art. 1  
I. - Pour les marchés et les accords-cadres donnant lieu à l'une des procédures formalisées et pour les marchés de services relevant de l'article 148 d'un montant égal ou supérieur à 400 000 euros HT, l'entité adjudicatrice envoie pour publication, dans un délai de deux mois à compter de la notification du marché ou de l'accord-cadre, un avis d'attribution. L'entité adjudicatrice est dispensée d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre. L'entité adjudicatrice envoie un avis sur le résultat de la passation des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique, au plus tard deux mois après la notification de chaque marché. Toutefois, elle peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard deux mois après la fin de chaque trimestre.  
II. - L'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies à l'article 150 du présent code.  
III. - Pour les marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144, l'avis est établi pour la publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal offi-



ciel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

IV. - Pour les marchés relevant de l'article 148 d'un montant égal ou supérieur à 400 000 euros HT, l'entité adjudicatrice adresse un avis d'attribution à l'Office des publications officielles de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics en indiquant si elle en accepte la publication.

V. - L'entité adjudicatrice peut, si elle fait valoir le caractère commercial sensible du marché, ne pas mentionner certaines informations concernant le nombre d'offres reçues, l'identité des candidats et les prix.

VI. - Lorsque l'entité adjudicatrice passe un marché de services de recherche et de développement par une procédure sans mise en concurrence conformément au 2° du II de l'article 144, elle peut limiter les renseignements sur la nature et la quantité des services fournis à la mention «services de recherche et de développement».

Lorsque l'entité adjudicatrice passe un marché de recherche et de développement qui ne peut pas être passé par une procédure sans mise en concurrence conformément au 2° du II de l'article 144, elle peut limiter les renseignements sur la nature et la quantité des services fournis lorsque des préoccupations de secret commercial rendent cette précaution nécessaire.

Dans ces cas, elle veille à ce que les informations publiées soient au moins aussi détaillées que celles qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence publié conformément à l'article 150.

VII. - Si elle utilise un système de qualification, l'entité adjudicatrice veille à ce que les informations publiées dans l'avis d'attribution soient aussi détaillées que celles qui figurent dans le relevé défini à l'article 155.

## Conseil pratique

Publiez un avis d'attribution quand vos accords-cadres et marchés dépassent les seuils européens.

Utilisez les formulaires officiels de publication au BOAMP et JOUE, en vous connectant sur le site Internet du BOAMP.

Les marchés subséquents à un accord-cadre sont exonérés de publication d'avis d'attribution, quel que soit leur montant.

## Alerte

L'absence de publication d'un tel avis laisse perdurer les voies de recours compte tenu de l'absence de réalisation de formalité substantielle de transparence.

## Article 172-1

Modifié par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 10

Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article R. 551-7 du code de justice administrative, l'entité adjudicatrice publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics, informant de la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application des articles 146 ou 148.

Pour rendre applicables les mêmes dispositions du code de justice administrative, l'entité adjudicatrice avise les candidats non retenus de la signature d'un marché fondé sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, en indiquant le nom du bénéficiaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre.

## Titre IV : Exécution des marchés

### Article 173

Les dispositions du titre IV de la première partie s'appliquent aux marchés publics et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 134, sous réserve de la substitution des mots : «entité adjudicatrice» aux mots : «pouvoir adjudicateur».

## Conseil pratique

Prévoyez dans votre cahier des charges les possibilités de versements partiels, d'avances ou acomptes.

Prévoyez dans vos actes d'engagement, comme c'est le cas dans le document type établi par le Ministère de l'économie (DC3 remplaçant l'ancien DC8), une case à cocher par le candidat qui souhaiterait renoncer à la perception d'une avance.

Exigez, à travers l'insertion d'une clause dans votre cahier des charges, la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire, pour le versement d'une avance.

Ne confondez pas les «acomptes» intervenant durant l'exécution d'un marché et les «avances» intervenant avant tout commencement d'exécution.

Les opérations de réception des prestations d'un marché doivent donner lieu à l'établissement d'un écrit, avec ou sans réserves également mentionnées par écrit suite à une réunion contradictoire.

Dans les marchés de travaux, le maître d'œuvre a vocation à s'occuper de cette étape au titre de son assistance aux opérations de réception (AOR) prévue par la loi MOP du 12 juillet 1985 et son décret «missions» de 1993.

Prévoyez également un délai de contrôle des factures par vos maîtres d'œuvre ou autres intermédiaires extérieurs ayant vocation à assurer cette prestation, car le délai global maximum de paiement prévu par le Code inclut également ce délai. Il part de la date de réception d'une facture jusqu'au paiement effectif (moins le délai bancaire d'un ou deux jours). Le délai de cinq jours ou d'une semaine pourrait opportunément être imposé à vos intermédiaires pour contrôler les factures, afin que vous disposiez encore d'un temps suffisant au sein de l'entité adjudicatrice. À noter que le délai de 30 jours se découpe pour une collectivité territoriale en 20 jours pour l'ordonnateur et en 10 jours pour le comptable. Le délai de l'intermédiaire fixé le cas échéant contractuellement s'insère dans le délai des 20 jours.

Renvoyez un CCAG applicable, car ainsi vous aurez prévu des dispositions particulières en matière de résiliation.

Admettez la présentation d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire, en remplacement de l'application d'une retenue de garantie.

Utilisez le formulaire (mis à jour) établi par le Ministère de l'économie concernant la «déclaration de sous-traitance», dénommé DC 4 (en remplacement du DC 13).

Veillez à ce que le sous-traitant signe lui-même, aux côtés du titulaire, cette déclaration de sous-traitance.

Adressez – en tant que pouvoir adjudicateur – toujours un courrier au titulaire (avec certes copie au sous-traitant concerné) lorsque vous avez quelque chose à dire au sous-traitant. Le titulaire est juridiquement votre interlocuteur. L'acheteur n'a pas de contrat avec le sous-traitant.

Respectez les mêmes délais de paiement pour les factures des sous-traitants que pour les titulaires de vos marchés.

**Alerte**

Les titulaires et sous-traitants de premier rang bénéficient de certains «droits» concernant leurs volets financiers, auxquels vous ne pouvez pas déroger... sauf renonciation écrite, libre et volontaire de leur part.

Le versement d'une avance constitue un «droit» pour les titulaires et sous-traitants de premier rang dont le montant des commandes dépasse le seuil de 50000 euros HT. Sans qu'ils aient besoin de réclamer le versement de cette avance, celle-ci doit intervenir dès la notification dans le respect du délai maximum de paiement.

Ne recopiez pas les termes de cet article du Code des marchés publics dans votre cahier des charges, comme c'est souvent le cas. C'est inutile et vous risquez d'utiliser ultérieurement une version devenue périmée, par le jeu des copier-coller d'anciens marchés. Veillez au respect de la périodicité du versement des acomptes: attention, (notamment) les artisans, artistes et sociétés coopératives bénéficient d'une périodicité d'un mois pour leurs marchés de travaux.

Ne pas acter par écrit des réserves ou ajournements d'opérations de réception revient à prendre des risques importants s'agissant de la bonne exécution avec corrections des manquements constatés.

Soyez extrêmement vigilants concernant les intérêts moratoires, car ils ne sont plus calculés sur la base du taux d'intérêt légal augmenté de deux points, mais désormais sur la base du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points, ce qui atteint entre 8 et 10% d'intérêts moratoires selon les années.

Dans le cadre d'une résiliation pour motif d'intérêt général, l'article 46-4 du CCAG Travaux, l'article 33 du CCAG Fournitures Courantes et Services (FCS), l'article 33 du CCAG Prestations Intellectuelles (PI), l'article 43 du CCAG Techniques de l'Information et de la Communication (TIC) et l'article 38 du CCAG applicable aux marchés publics industriels (MI), prévoient une indemnisation de principe à hauteur de 5% du montant hors taxes du marché diminué du montant hors taxes non révisé des prestations réceptionnées... sauf si le marché prévoit un autre pourcentage.

N'agréez pas les conditions financières du sous-traitant de deuxième rang, c'est-à-dire n'étant pas de premier rang. Celui-ci n'a pas droit

au paiement direct de la part du pouvoir adjudicateur, conformément à la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée.

Pour refuser un sous-traitant, vous devez absolument veiller à ce que votre courrier de refus soit réceptionné avant l'expiration du délai de 21 jours à compter de la réception de la déclaration de sous-traitance. À défaut, il sera tacitement accepté par le pouvoir adjudicateur. Envoyez ce courrier par télécopie avec impression immédiate de l'accusé réception.

**Titre V : Dispositions relatives au contrôle****Article 174**

*Les dispositions du titre V de la première partie s'appliquent aux marchés publics et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 134, sous réserve de la substitution des mots: «entité adjudicatrice» aux mots: «pouvoir adjudicateur».*

**Alerte**

Évitez de vous retrouver face à la MIEM, car elle joue le rôle de «gendarme» des marchés publics et a été créée après l'intégration dans le Code pénal du délit «d'octroi d'avantage injustifié», plus connu sous l'expression de «délict de favoritisme». Elle est amenée à transmettre certains dossiers au Procureur de la République lorsque des faits sont avérés. Ses rapports d'activité sont en ligne sur Internet.

Le constat d'un fait de délit de favoritisme peut découler du simple manquement manifeste à une règle de droit de la commande publique, sans qu'il y ait eu pour autant une quelconque contrepartie pour l'acheteur fautif.

**Titre VI : Dispositions diverses****Article 175**

*Les dispositions du titre VI de la première partie s'appliquent aux marchés publics et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 134, sous réserve de la substitution des mots: «entité adjudicatrice» aux mots: «pouvoir adjudicateur».*

## III. Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité

### Article 176

Modifié par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 11

I.-Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité définis à l'article 179 sont soumis aux dispositions de la présente partie.

II.-Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les marchés et autres contrats.

III.-Dans les cas où s'appliquent les dispositions des articles L.1111-1, L.1111-2, L.2141-1, L.2141-2 et L.2141-3 du code de la défense, un décret particulier remplace, si besoin est, pour les marchés et accords-cadres passés par les services de la défense, les dispositions du présent code.

### Analyses

#### Les dispositions spécifiques prévues pour les marchés publics de défense ou sécurité relevant de cette troisième partie du code

Il existait déjà dans le Code des marchés publics (cf. son art. 4) et certains textes d'application (cf. le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 désormais abrogé), des dispositions particulières pour les marchés de la défense ou comprenant des éléments relevant du secret national. Mais depuis l'adoption d'une directive européenne en 2009, il est apparu indispensable d'intégrer dans le droit Français des règles encore plus précises, et surtout, conformes au nouveau corpus juridique européen. C'est ce qui fut entrepris par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité (JORF du 15 septembre 2011), qui a créé cette troisième partie du Code.

Ce décret constitue le volet réglementaire de la transposition de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. La loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 portant sur le contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, sur la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et sur les marchés de défense et de sécurité, a formalisé le volet législatif de cette transposition.

L'arrêté du 8 mars 2012 pris en application de l'article 212 du Code des marchés publics est venu par la suite fixer le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres de défense ou de sécurité.

#### 1. Marchés concernés - Quels sont les types d'achats relevant des règles spécifiques prévues dans cette troisième partie du Code ?

Le champ d'application des articles 176 à 291 est strictement limité aux «marchés de défense ou de sécurité», définis à l'article 179 comme étant :

- 1° la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, ou sous assemblages;
- 2° la fourniture d'équipements destinés à la sécurité et nécessitant des supports ou informations protégés ou classifiés et compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous assemblages;

3° les travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux points a et b pour tout ou partie de son cycle de vie;

4° les travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et nécessitant des supports ou informations protégés ou classifiés.

#### 2. Entités soumises - Quelles sont les structures d'achats soumises à cette troisième partie du Code ?

Les articles 176 à 291 sont applicables à l'État et à ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux (cf. art. 178), ainsi que, s'ils le souhaitent, aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005.

Les autres pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 peuvent en effet choisir, au cas par cas, de recourir à la troisième partie du code des marchés publics pour passer leurs marchés de défense ou de sécurité.

#### 3. Publicités et procédures de passation - Quelles obligations de mise en concurrence doivent être respectées en fonction du type de marché ?

##### A) Une obligation de publicité :

Le seuil au-delà duquel la procédure formalisée est obligatoire est fixé pour les fournitures et les services à 400000 euros HT et pour les travaux à 5000000 euros HT depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 jusqu'à la fin de l'année 2013. Au-dessus de ces seuils, l'acheteur peut notamment choisir de recourir librement à la procédure négociée après publicité et mise en concurrence (article 201).

En deçà des seuils européens, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée. Le seuil de 90000 euros au-delà duquel une publication au bulletin officiel d'annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légal est obligatoire est maintenu pour les marchés de défense ou de sécurité.

##### B) Des dérogations concurrentielles assez étendues :

Selon les articles 180 à 184, certains marchés échappent à toute règle de passation en raison de leur objet.

D'autres y dérogent lorsqu'ils mettent en jeu les intérêts essentiels de la sécurité de l'État, comme les marchés portant sur des armes, munitions ou matériels de guerre au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Et d'autres encore bénéficient d'un régime de passation sans publicité ni mise en concurrence quel que soit leur montant (article 208).

#### 4. Possibilité de marchés réservés - Dans quel cas ces marchés peuvent donner lieu à l'application d'une préférence communautaire ?

L'article 215 du Code prévoit la possibilité d'exclure des opérateurs économiques provenant d'états tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen. Cette possibilité n'est applicable qu'aux marchés de défense ou de sécurité relevant de l'article 215 du Code. Elle consiste à reprendre l'article 5 de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 insérant un article 37-3 dans l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Si l'acheteur autorise cependant de tels opérateurs économiques à participer à ses marchés de défense ou sécurité, il conservera toujours la possibilité de rejeter ces mêmes opérateurs juste avant l'examen de leur candidature, sur la base de critères qu'il aura pris soin d'énoncer préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ces critères reposeront selon l'article 232 du Code, notamment sur des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de préservation des intérêts de la défense ou de la sécurité de l'État, de la nécessité de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable et des exigences de réciprocité.

### 5. Mode de dévolution – L'allotissement des marchés de défense ou de sécurité est-il obligatoire ?

Non. Les marchés de défense ou de sécurité peuvent donner lieu à une commande globale, non allotie: cf. article 189. L'acheteur public décide donc de l'opportunité de procéder à un allotissement, en fonction notamment des avantages économiques, techniques ou financiers qu'elles procurent.

### 6. Clauses spéciales de sécurité – Quelle protection de la sécurité des approvisionnements et des informations est prévue ?

L'acheteur peut tenir compte des garanties offertes en matière de sécurité des approvisionnements par les candidats au cours du processus de sélection des candidatures ou des offres (articles 215, 220, 228), mais aussi imposer des conditions particulières durant l'exécution de son marché (article 194).

Il peut pour les mêmes raisons, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous contractant proposé par le titulaire (articles 278 et 283).

Des exigences particulières s'appliquent selon la même logique au volet sécurité des informations (articles 207, 215, 220, 227), y compris durant l'exécution du marché (article 194).

### 7. Phase d'exécution technique – Que signifie le concept de « sous-contractant » applicable aux marchés de défense ou sécurité à la différence de celui de « sous-traitance » issu de la loi de 1975 ?

La troisième partie du Code prévoit pour la première fois en son sein, le concept de « sous-contractant » qui figure à l'article 37-2 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Les pouvoirs publics ont été contraints d'inventer un concept qui permette d'intégrer en droit Français l'approche européenne extensive de la sous-traitance. Ce concept vise à la fois les sous-traitants au sens du droit français (donc définis dans la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975) et les opérateurs économiques avec lesquels le titulaire conclut, aux fins de la réalisation du marché, un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise. C'est-à-dire, un contrat est « dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise », lorsqu'il a pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de la personne publique.

#### Ainsi, sont appelés « sous-contrats »

- d'une part les contrats passés entre le titulaire et le sous-traitant;
- d'autre part les contrats passés entre le titulaire et l'opérateur économique avec lequel le titulaire conclut, aux fins de la réalisation du marché, un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.

#### Il existe deux types de « sous-contrats »:

- les contrats de sous-traitance au sens du droit interne: soumis au même régime juridique que celui issu de la première par-

tie du Code des marchés publics et de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 (obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-traitants, etc.);

- les autres sous-contrats: soumis à un régime plus souple, à savoir pas de paiement direct obligatoire, pas d'obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-contractants,...

#### La troisième partie du Code prévoit ainsi:

- la possibilité d'écarter un sous-contractant s'il fait l'objet d'une interdiction de soumissionner ou s'il ne présente pas les garanties suffisantes en termes de capacités techniques, professionnelles et financières (articles 278 et 283);
- la possibilité pour l'acheteur d'exiger du titulaire qu'il mette en concurrence ses sous-contractants (article 285);
- la possibilité pour l'acheteur d'imposer au titulaire de sous-contracter une partie de son marché dans la limite de 30% du montant du marché (article 286);
- et l'obligation pour le titulaire du marché de choisir ses sous-contractants de manière non discriminante (article 275).

### 8. Phase d'exécution financière – Quelles sont les spécificités d'exécution financière pour ces marchés de défense ou sécurité ?

Les articles 260 à 274 prévoient quelques dispositions particulières pour l'exécution financière de ces marchés:

- une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché d'une clause prévoyant un paiement différé (article 266);
- à l'exception des avances octroyées aux PME, soumises à un régime plus souple, une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché, de la tranche affermée ou du bon de commandes, est supérieur à 250 000 € HT, et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à trois mois (le seuil est de 50 000 euros HT dans les pouvoirs adjudicateurs de la première partie du Code et entités adjudicatrices de la deuxième partie du Code);
- le montant de la retenue de garantie pouvant être exigée du titulaire pour couvrir les réserves à la réception des fournitures, travaux ou services, est de 10% du montant du marché, contre 5% dans la première partie du code;
- si les marchés de défense ou sécurité comportent des aléas techniques importants, l'acheteur public peut prévoir, dans des cas dûment justifiés, l'acquisition en cours d'exécution du marché d'une part de fournitures ou de services qui n'ont pu être définis avec précision dans le marché initial et pouvant aller jusqu'à 15% du montant de ce marché (article 247).

**Retrouvez les articles 177 à 291, applicables aux « marchés de défense ou sécurité », sur le site internet de « Légifrance »: [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)**



---

## IV. Marchés mixtes

---

### Article 292

Créé par Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 - art. 9

*I. - Lorsqu'une personne publique agit à la fois en tant que pouvoir adjudicateur et en tant qu'entité adjudicatrice, elle peut, pour satisfaire un besoin concernant à la fois une activité relevant de la première partie du présent code et une activité relevant de sa deuxième partie, passer un seul marché ou passer deux marchés distincts, mais ce choix ne peut être effectué dans le but de soustraire ces marchés au champ d'application du présent code.*

*Lorsqu'elle choisit de ne passer qu'un seul marché:*

*1° Si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité de pouvoir adjudicateur, les règles applicables sont celles de la première partie;*

*2° Si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité d'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles de la deuxième partie.*

*S'il est impossible d'établir à qui le marché est principalement destiné, du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles de la première partie du présent code.*

*Si un marché est relatif à une activité entrant dans le champ de la deuxième partie et à une activité qui n'entre ni dans le champ de la première partie, ni dans le champ de la deuxième partie, si le marché est principalement relatif à*

*la première des activités ou s'il est impossible d'établir à laquelle de ces deux activités le marché est principalement destiné, les règles applicables sont celles de la deuxième partie du présent code.*

*II. - Si un marché porte à la fois sur des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ de la troisième partie du présent code et sur des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ de la première ou de la deuxième partie et lorsque la passation d'un marché unique est justifiée pour des raisons objectives, les règles applicables sont celles de la troisième partie.*

*Si un marché porte à la fois sur des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ de la troisième partie et sur des travaux, fournitures ou services n'entrant pas dans le champ du présent code et lorsque la passation d'un marché unique est justifiée pour des raisons objectives, les dispositions du présent code ne sont pas applicables.*

**Retrouvez les articles 293 à 295, applicables exclusivement à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Mayotte (cinquième partie du Code), sur le site internet de Légifrance:**

**[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)**