

La note 29 - juin 2001

44bis, rue Pasquier - 75008 Paris • téléphone : 01.42.93.35.25 •  
télécopie : 01.42.93.35.28 • mél : [courrier@cabinet-comptes.com](mailto:courrier@cabinet-comptes.com) ;  
site : [www.cabinet-comptes.com](http://www.cabinet-comptes.com) • s.a.r.l. au capital de 45.000 €  
d'expertise comptable et de commissariat aux comptes • région  
Paris et Île-de-France • R.C.S. de Paris • S.I.R.E.N.E. : 394.245.443 •

Juin 2001

## LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

### 1. La notion de marché public

#### 1.1. Définition des marchés publics

La définition du marché public qui est donnée par le nouveau code (articles 1 et 2) fait référence :

- à la personne de l'acheteur, qui doit être :
  - l'État,
  - ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial
  - les collectivités territoriales,
  - leurs établissements publics,

il est précisé que les marchés passés pour le compte de l'une de ces personnes en exécution d'un mandat sont aussi des marchés publics ; l'interposition du mandataire est, de ce point de vue, sans effet.

- au caractère onéreux du contrat, ce qui suppose le paiement d'un prix en couverture d'une réponse apportée aux besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

#### 1.2. Les catégories de marchés

Les marchés publics sont distingués en trois catégories, selon leur objet (en cas de pluralité d'objets, la prépondérance financière de l'un des objets suffira à la qualification).

- Le marché de travaux est celui qui a pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil.
- Le marché de fournitures a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou de matériels.
- Le marché de service a pour objet la réalisation de prestations de services.

#### 1.3. Les achats exclus des marchés publics

Mais certaines opérations d'achat sont exclues des dispositions du code des marchés publics (article 3 du nouveau code qui vise 11 cas).

- Si la personne publique exerce un réel contrôle sur le fournisseur et si celui-ci fait application des règles de la commande publique pour ses propres besoins, il n'y a pas lieu de recourir à un marché public. Si, véritablement, l'on considère que les SEML relèvent de ce cas, alors les contrats conclus avec elles échapperaient au code des marchés publics. Mais l'on se souvient que le Conseil constitutionnel avait cassé une disposition de la loi « Sapin » qui prévoyait que les SEML seraient exclues des règles de passation des délégations de service public au motif d'une atteinte à la concurrence. Ce point est donc à suivre.
- Les contrats passés entre donneurs d'ordres publics ou avec une entreprise soumise aux contraintes européennes de passation des marchés (selon l'article 9 de la loi n° 3-91 du 3 janvier 1991) échappent aussi au code des marchés publics si le fournisseur détient un monopole (le texte parle de droit exclusif sur un fondement légal).

- Toutes les opérations d'acquisitions de biens et droits réels immobiliers sont écartées. Il faut rappeler que des procédures particulières existent en ce domaine : elles consistent, pour l'essentiel, en un recours à un avis préalable du service des domaines (décret n° 86-455 du 14 mars 1986). Mais les opérations d'acquisitions immobilières qui s'accompagnent de clauses de financement du prix (type « crédit-bail ») restent soumises au code des marchés publics.
- Sont aussi exclus des règles de la commande publique, les contrats d'achat, de développement ou de production de programmes avec des organismes de radiodiffusion ainsi que l'achat de temps de diffusion.
- Les services financiers ne sont pas soumis aux règles du code des marchés publics : emprunts ou engagements financiers pour couvrir des besoins de financement ou de trésorerie, l'émission, l'achat et la vente de titres et instruments financiers...
- Les contrats de recherche-développement partiellement financés par des personnes publiques n'entrent pas non plus dans les prescriptions de la commande publique.
- Tous les contrats de mandat sont également considérés comme n'étant pas des marchés pour l'application des règles édictées. Et il s'agit là d'une innovation qui mérite d'être soulignée car elle concerne les SEML, tout particulièrement pour les contrats qu'elles concluent avec les collectivités territoriales (mandats de la loi « MOP », de la loi « Hoguet »).
- Les contrats conclus pour le compte d'une organisation internationale portant sur des fournitures, des travaux ou des services échappent aussi au code des marchés publics.
- Les contrats relatifs à des fournitures, des travaux ou des services conclus pour l'application d'un accord international concernant le stationnement de troupes.
- Il en va de même des contrats passés par application d'un accord international pour réaliser un projet ou un ouvrage.
- Enfin, les achats d'œuvre d'art, d'objets anciens ou de collection ne rentrent pas dans le cadre des marchés publics.

#### **1.4. Résumé des nouveautés**

Les principales innovations apportées par le nouveau texte ou attendues dans d'autres textes sont :

- Il importe peu que le fournisseur soit une personne publique ou privée pour que le marché soit public (cette précision du nouveau code des marchés publics est un alignement sur les dispositions européennes).
- Les mêmes dispositions s'appliquent à l'État et aux collectivités locales : les textes sont désormais les mêmes.
- Sur la compétence des tribunaux administratifs, l'on attend une disposition législative qui aurait pour objet de soumettre à ces tribunaux tous les marchés passés en application du code des marchés publics. Actuellement, la jurisprudence administrative retient que les marchés publics sont des contrats administratifs. La jurisprudence judiciaire considère qu'il faut, en plus, que le titulaire du marché participe à l'exécution d'un service public et que le marché comporte une ou des clauses exorbitantes de droit commun.

## **2. L'acheteur public**

### **2.1. La personne responsable du marché**

La personne responsable du marché est la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique (article 20).

## **2.2. La commission d'appel d'offres**

La commission d'appel d'offres pour l'État et ses établissements publics est définie, pour sa composition et son fonctionnement :

- Par les ministres, pour les administrations centrales,
- Par les préfets, pour les administrations déconcentrées,
- Par leurs règles propres, pour les établissements publics.

La commission d'appel d'offres des collectivités territoriales et de leurs établissements publics obéit aux règles suivantes.

- Les membres de la commission d'appel d'offres sont :
  - Pour les régions, le président du conseil régional ou son représentant à titre de président de la commission et 5 membres élus en son sein à la proportionnelle au plus fort reste ;
  - Pour les départements, le président du conseil général ou son représentant à titre de président de la commission et 5 membres élus en son sein à la proportionnelle au plus fort reste ;
  - Pour les communes de plus de 3.500 habitants, le maire ou son représentant comme président de la commission et 5 membres du conseil municipal élus à la proportionnelle au plus fort reste ;
  - Pour les communes de moins de 3.500 habitants, le maire ou son représentant comme président de la commission et 3 membres du conseil municipal élus à la proportionnelle au plus fort reste ;
  - Pour un EPCI ou un syndicat mixte, le président de cet établissement ou son représentant comme président et un nombre de membres élus par l'assemblée délibérante, défini en fonction du nombre admis pour la collectivité territoriale membre qui a la population la plus grande ;
  - Pour les autres établissements, le représentant légal de l'établissement ou son représentant comme président de la commission et deux membres de l'organe délibérant ; pour les OPHLM et les OPAC, la commission comprend, en outre, un représentant du ministre du logement ;

Il est désigné autant de membres suppléants que de titulaires.

- Plusieurs personnes peuvent aussi participer à la commission d'appel d'offres, mais avec voix consultative seulement :
  - Le comptable public ;
  - Un représentant du directeur départemental de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes ;
  - Un représentant du service technique compétent pour vérifier les travaux ou leur conformité lorsque la réglementation le prévoit ou lorsqu'ils sont subventionnés par l'État ;
  - Des personnalités désignées par le président en raison de leurs compétences dans la matière qui fait l'objet d'appel d'offres ;
  - Pour les établissements de santé, un représentant du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales.
- Les convocations aux réunions de la commission d'appel d'offres sont adressées au moins 5 jours francs avant leur tenue.

- Le quorum est atteint si la moitié au moins des membres (avec voix délibérative) sont présents. Sur deuxième convocation (à défaut de quorum lors de la première réunion), aucun quorum n'est requis.
- En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.
- Les réunions font l'objet de procès-verbaux. Tout membre peut demander que ses observations y soient portées.

La commission d'appel d'offres sur performances est la commission habituelle à laquelle sont adjointes certaines personnes désignées en raison de leurs compétences.

Ces personnes sont désignées par la personne responsable du marché.

- Elles sont en nombre représentant le tiers de la commission d'appel d'offres sur performance.
- Pour les collectivités territoriales, elles n'ont que voix consultative (et voix délibérative pour l'État).

### 2.3. Le jury de concours

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

- S'agissant des collectivités territoriales, leurs membres sont choisis de la même façon que ceux de la commission d'appel d'offres.
- La personne responsable du marché peut aussi désigner des personnalités (5 au plus) dont elle estime la présence utile à raison de leur expérience ou de leur qualification.
- Tous ces membres ont voix délibérative.
- Peuvent assister au jury, mais avec voix consultative, le comptable public ou son représentant et un représentant de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

## 3. Les règles générales de passation des marchés

### 3.1. Les mesures de publicité

Un avis de pré-information doit être envoyé (et donc publié) au JOCE pour les marchés excédant certains seuils (article 39).

Objet du marché	Seuils	Commentaires
Fournitures ou services	€ 750.000 H.T.	À adresser en début d'année en évaluant les produits ou services susceptibles de marchés dans les 12 mois.
Travaux	€ 5.000.000 H.T.	À adresser dans les meilleurs délais.

Les marchés publics sont précédés d'un avis d'appel à la concurrence (sauf marchés sans formalité préalable ou négociés sans publicité) dans les conditions suivantes (article 40).

Objet du marché	Seuils (€ H.T.)		Publication
	État	Collectivités territoriales	
Fournitures	< 130.000	< 200.000	BOAMP ou JAL
Services	> 130.000	> 200.000	BOAMP et JOCE
Travaux	< 130.000	< 200.000	BOAMP ou JAL
	> 130.000	> 200.000	BOAMP
	> 5.000.000		BOAMP et JOCE

Le BOAMP est tenu de publier les avis dans les 11 jours de leur réception ou, en cas d'urgence, dans les 6 jours.

### **3.2. Information des candidats**

Les pièces utiles à la consultation de candidats leur sont remises gratuitement. Par dérogation à ce principe, les collectivités territoriales peuvent demander un cautionnement qui est déposé entre les mains du comptable et restitué en fin de procédure (article 41).

Dans le cas de mise en concurrence, il est établi un règlement de la consultation dont le contenu est précisé par arrêté ministériel (finances). Il est possible de ne pas l'établir si toutes les mentions qu'il doit comprendre sont portées à l'avis d'appel public à la concurrence (article 41).

### **3.3. Les conditions d'accès à la commande publique**

Sont écartées des marchés publics les personnes qui n'ont pas satisfait à leurs obligations déclaratives et de paiement des sommes dues en matières fiscale et sociale (article 43). Il faut toutefois noter une innovation dans la justification de cette situation régulière. Désormais, les entreprises n'auront à produire qu'une attestation sur l'honneur au stade de la présentation de leur candidature. Ce n'est qu'ensuite, lors de l'attribution du marché, qu'il lui faudra justifier (probablement avec les formulaires habituels comme le « DC7 ») son attestation (article 46).

Comme précédemment, les personnes déclarées en faillite et les entreprises en liquidation judiciaire ne sont pas admises aux marchés publics. Les personnes en redressement judiciaire y sont, en revanche et comme c'était déjà le cas, admises.

Si le nouveau code des marchés publics reprend la définition classique du marché comme étant un contrat écrit (article 11), il se met pourtant au goût du jour en s'adaptant aux nouvelles technologies. Il est ainsi expressément prévu (article 56-4°) que la notion d'écrit dans le texte comprend tous les supports ou échanges électronique. Bien entendu, différents décrets sont annoncés pour fixer les conditions pratiques de reconnaissance de ces supports.

### **3.4. Les candidatures**

La présentation des candidatures ne peut comporter que certaines informations énumérées par le code (articles 45 et 46) :

- Tous renseignements utiles à l'évaluation des capacités professionnelles, techniques et financières, à la justification de l'habilitation des personnes signataires du marché.
- Le cas échéant, la copie du jugement déclaratif du redressement judiciaire.
- La déclaration du candidat attestant qu'il ne fait pas l'objet d'interdiction.
- Les certificats fiscaux et sociaux (attestation sur l'honneur mentionnée plus haut, les documents et attestations visés à l'article R. 324-4 du code du travail et l'attestation d'absence de condamnation).

La sanction du défaut de production des documents requis est d'écarter la candidature. La sanction pour la production de renseignements inexacts est la résiliation du marché et sa reprise en régie aux frais du titulaire.

Les seuls critères de sélection des candidatures prévus par le code des marchés publics (article 52) portent sur :

- La production des informations, documents et attestations requis.
- L'appréciation des garanties techniques et financières présentées.

### **3.5. Les offres**

Les offres sont présentées sous la forme d'un acte d'engagement établi en un seul exemplaire (articles 11 et 48).

Les variantes à une offre de base sont admises (sauf stipulation contraire du règlement de la consultation) pour l'appel d'offres et pour la mise en concurrence simplifiée.

Les offres sont examinées par référence aux spécifications établies par la personne responsable du marché. Les offres non conformes ne sont pas retenues. La procédure fixée par le code (articles 53 à 55) présente les caractéristiques suivantes :

- Le critère principal est celui de l'offre « économiquement la plus avantageuse » : c'est la notion de « mieux disant » appréciée en fonction (dans l'ordre de l'énumération : du coût d'utilisation, de la valeur technique, du délai d'exécution, des qualités esthétiques et fonctionnelles, de la rentabilité, du service après-vente, de la date et du délai de livraison et, enfin, du prix des prestations.
- Les offres sont classées par ordre décroissant ; la mieux classée est retenue.
- Il n'est pas possible de rejeter une offre au motif que les spécifications techniques ne sont pas applicables en France si elles le sont dans un état membre de la CEE.
- Les offres de base sont examinées avant les variantes.
- Une préférence est reconnue aux sociétés coopératives ouvrières de production, aux groupements de producteurs agricoles, aux artisans et aux artistes mais seulement à égalité d'offres.
- Les offres estimées anormalement basses sont rejetées, mais après décision motivée de la commission d'appel d'offres prise après obtention des précisions demandées par écrit. Les justifications permettant d'accepter une offre basse sont :
  - Les modes de fabrication des produits, les procédés de construction ou les modalités des prestations de services.
  - Le caractère exceptionnellement favorable des conditions d'exécution du marché pour le candidat,
  - l'originalité du projet.

### **3.6. L'attribution du marché**

Tout projet de marché (hors ceux passés sans formalité préalable) doit faire l'objet d'un rapport de présentation de la personne responsable du marché. Ce rapport doit mentionner (article 75) :

- La nature et l'étendue des besoins à satisfaire et le montant prévu de l'opération ;
- L'économie générale du marché, son déroulement et le prix envisagé ;
- La justification du mode de passation ;
- Le déroulement de la procédure ;
- La justification des critères de sélection des offres ;
- Les noms des candidats évincés ;
- La justification de la dérogation aux normes et spécifications en usage en France ;
- En matière de fournitures, leur origine (CEE ou OMC) ;
- La part que l'attributaire a l'intention de sous-traiter.

Les candidats évincés (candidatures ou offres) en sont informés : ils ont la possibilité d'en demander les raisons qui leur sont produites sous 15 jours de la réception de leur demande (article 76).

Les marchés sont ensuite notifiés, ce qui est une condition de leur exécution (article 79). Un avis d'attribution doit être publié sous 30 jours de la notification du marché, sauf dans le cas des marchés sans formalité préalable ou négociés sans publicité préalable (articles 80 et 81).

#### 4. Les différentes procédures

Si le principe est le recours à la procédure de l'appel d'offres, d'autres procédures existent qui sont applicables en fonction de certains seuils.

Seuils (€ H.T.)		Procédures
État	Collectivités territoriales	
< 90.000		Achats sur factures ou travaux sur mémoires
> 90.000 < 130.000	> 90.000 < 200.000	Mise en concurrence simplifiée
> 130.000	> 200.000	Appel d'offres

Le mode de détermination des seuils et la façon de les calculer sont précisés dans l'article 27 (qui entre en application le 1<sup>er</sup> janvier 2002).

- Pour les travaux, l'on retient la valeur de tous les travaux se rapportant à une même opération ou à un même ouvrage, quel que soit le nombre d'entrepreneurs.
- Pour les fournitures, l'on prend la valeur de toutes les fournitures, quel que soit le nombre de fournisseurs, mais l'on distingue deux cas :
  - S'il s'agit d'une livraison unique de fournitures homogènes, l'on prend la valeur de l'ensemble des fournitures ;
  - S'il s'agit de livraisons récurrentes, l'on prend en compte la valeur de l'ensemble des besoins d'une année.
- Pour les services, l'on prend en considération, quel que soit le nombre des prestataires utilisés :
  - S'il s'agit d'une prestation unique, la valeur d'ensemble des prestations.
  - S'il s'agit de prestations homogènes et récurrentes, la valeur de l'ensemble annuel des prestations.
  - S'il s'agit de prestations homogènes qui sont réalisées de façon continue, la valeur d'ensemble des prestations sur leur durée totale.

##### 4.1. Les marchés sans formalisme

Les marchés que les personnes publiques peuvent passer sans formalisme particulier sont de trois sortes.

- Si l'achat porte sur un montant inférieur à  $\approx$  90.000 H.T. le prix peut être payé sur simple présentation de mémoire ou de factures (article 28).

Sur la détermination des seuils, se reporter à la partie qui traite de cette question.

À noter qu'en matière d'achats de fournitures ou de services, il faudra désormais transmettre au comptable assignataire les numéros pertinents de la nomenclature et les références du fournisseur.

Mais attention, il faut rappeler qu'en matière de contrats de maîtrise d'œuvre, même si le marché est en deçà du seuil de 90.000 €, une convention doit être conclue (par application de la jurisprudence du Conseil d'État du 28 février 1986, « Stoskopf et Hoog » d'interprétation du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 d'application de la loi « MOP »).

- Pour les achats de denrées alimentaires périssables sur les foires et marchés ou les lieux de production, il est aussi procédé sans formalisme particulier jusqu'à

concurrence de  $\square$  130.000 H.T. pour l'État et de  $\square$  200.000 H.T. pour les collectivités territoriales (article 29).

- Certains achats de services particuliers échappent également à tout formalisme autre que la définition du besoin par l'acheteur et l'émission d'un avis d'attribution (article 30). Il en est ainsi pour :

- les services juridiques,
- les services sociaux et sanitaires,
- les services récréatifs, culturels et sportifs,
- les services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelle,

étant cependant précisé que la définition exacte des services visés est renvoyée à un décret à paraître. Une précision est toutefois apportée qui exclut du code des marchés publics les contrats passés avec des représentants (avocats, avoués, arbitres ?) pour le règlement d'un litige.

En résumé, les grandes innovations apportées par le code des marchés publics dans son actuelle rédaction concernent :

- le passage d'un seuil de F. 300.000 T.T.C. à un seuil de  $\square$  90.000 H.T.,
- la confirmation de l'exclusion de certains services tels ceux de nature juridique ou à caractère social.

#### **4.2. Les marchés avec mise en concurrence simplifiée**

Certains marchés passés par les personnes soumises aux dispositions du nouveau code des marchés publics pourront l'être selon une procédure simplifiée (article 32). Cette procédure simplifiée vaut pour les marchés de travaux de fournitures ou de services qui sont en deçà des seuils suivants :

- de € 90.000 H.T. à € 130.000 H.T. pour l'État ;
- de € 90.000 H.T. à € 200.000 H.T. pour les collectivités locales.

La procédure simplifiée instituée est régie par les articles 40 et 57 du nouveau code des marchés publics. Elle se déroule de la façon suivante.

- Un avis d'appel à la concurrence est émis qui doit être publié au BOAMP ou dans un journal habilité aux annonces légales (les journaux disposent d'un délai de 11 jours à compter de la réception de l'avis pour leur publication, délai pouvant être réduits à 6 jours en cas d'urgence).
- Le délai minimal de réception des candidatures est fixé à 20 jours décomptés à partir de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence. Autrement dit, en supposant un délai postal d'un jour, les candidats ont, dans le meilleur des cas, 8 jours pour se manifester (ou 13 jours en cas d'urgence).
- Les candidats sont sélectionnés (ceux évincés doivent en être informés) et une lettre de consultation leur est envoyée qui doit contenir :
  - la date limite de réception des offres et l'adresse de leur remise,
  - la référence de l'avis d'appel à la concurrence,
  - le cas échéant, l'adresse du service auprès duquel il est possible de se procurer les cahiers des charges et tous documents utiles ainsi que la date limite de présentation de ces demandes,
  - le montant et les modalités de paiement du cautionnement.



- Après réception et analyse des offres, la personne responsable du marché peut engager des négociations avec certains candidats (les plus intéressants) et une offre peut être alors retenue à titre provisoire.
- La commission d'appel d'offres pour les collectivités locales et la personne responsable du marché, s'il s'agit de l'État, attribue le marché.

En résumé, le nouveau code des marchés publics substitue aux actuels marchés négociés de moins de F. 700.000 T.T.C., la procédure de mise en concurrence simplifiée en retenant des seuils plus élevés.

#### **4.3. Les marchés négociés**

Les marchés qui entrent dans ce cas de figure sont ceux conclus au terme d'une consultation et d'une négociation avec un ou plusieurs candidats (article 34).

Le recours à cette procédure suppose, dans certains cas, des mesures de publicité et de mise en concurrence des entreprises. Plusieurs cas sont envisagés par le texte (article 35).

- Certains marchés peuvent être passés avec mesures de publicité et mise en concurrence, les marchés répondant à l'une des conditions suivantes :
  - En cas d'appel d'offres infructueux (absence d'offres ou offres inacceptables) ; à noter que la négociation poursuivie avec les candidats à l'appel d'offres infructueux dispense des formalités de publicité.
  - Les services dont le contenu ne peut être suffisamment précisé pour recourir à l'appel d'offres (par exemple, les services qui se définissent en cours de réalisation du marché).
  - Les travaux et les fournitures à utiliser dans un but de recherche et de développement, s'ils ne comportent pas de finalité commerciale immédiate.
- D'autres marchés sont négociables sans mesure de publicité mais avec une mise en concurrence des candidats.
  - Si des circonstances imprévisibles provoquent un cas d'urgence qui ne permet pas de satisfaire aux délais exigés par le recours à un avis d'appel à concurrence.
  - Si le secret est exigé.
  - Lorsque le titulaire d'un marché est défaillant et qu'il appartient à la personne publique de lui substituer une autre entreprise.
- Dans certains cas, il est prévu de pouvoir passer des marchés sans publicité préalable ni mise en concurrence.
  - Ce cas vaut pour les marchés complémentaires si le marché initial a été passé après mise en concurrence, à l'une des conditions suivantes :
    - Si le titulaire du marché complémentaire est aussi celui du marché initial lorsqu'il s'agit de renouvellement de fournitures ou d'installations d'usage courant ou d'extensions d'installations existantes ; il faut ensuite justifier que le changement de fournisseur provoquerait des difficultés techniques. Ces marchés sont limités dans le temps (3 ans au plus) et dans leur montant € 130.000 H.T. pour l'État et € 200.000 H.T. pour les collectivités locales), sauf cas où le marché initial a fait l'objet d'un avis d'appel à concurrence au JOCE.
    - Les marchés complémentaires de travaux ou de services pour des prestations devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue et ne figurant pas dans le marché initial. Encore faut-il que le titulaire du marché initial soit le même et que les prestations ne puissent être

dissociées sans inconvénient pour la personne publique. Le montant de ces marchés est limité à 33 % du marché initial.

- Ce cas vaut aussi pour les marchés de services ou de travaux reconduits pour des prestations identiques avec le même fournisseur. Il faut que le premier marché ait été passé sur appel d'offres, qu'il ait mentionné la possibilité de recourir à la procédure négociée pour des prestations similaires et qu'il ait prévu le total des prestations. Ce marché ne peut être conclu que dans les 3 ans de la notification du marché initial.
- Sont aussi visés les marchés de services attribués à un lauréat d'un concours ; en cas de pluralité de lauréats, tous sont invités à négocier.
- Enfin sont prévus les cas des prestations ne pouvant être produites que par une personne déterminée pour des raisons techniques, artistiques ou relative à la protection de droits d'exclusivité.
- Les fournitures et les services relatifs au domaine de la défense peuvent être passés selon les règles des marchés négociés.
- Pour les collectivités territoriales, la procédure négociée n'est utilisée qu'après avis de la commission d'appel d'offres, sauf pour les marchés de services qui sont attribués au lauréat d'un concours et dans le cas particulier des marchés de maîtrise d'œuvre.

La procédure de négociation pour la passation des marchés n'est pas substantiellement modifiée par comparaison à ce qui existe déjà (articles 66 et 67).

- Lorsqu'un appel public à la concurrence est nécessaire (selon les cas évoqués plus haut), le délai minimal entre l'envoi de l'avis de publication et l'envoi de l'invitation à présenter une offre est de 37 jours au moins. Ce délai peut être réduit à 15 jours en cas d'urgence ou bien lorsque le marché n'excède pas € 130.000 H.T. pour l'État ou € 200.000 H.T. pour les collectivités locales.
- La personne responsable du marché dresse la liste des candidats admis à présenter une offre et leur adresse le dossier de consultation avec une lettre qui doit comprendre la date limite de réception des offres, l'adresse de remise des offres, la référence de l'avis d'appel public à concurrence et, le cas échéant, l'adresse du service où se procurer tous documents et renseignements utiles et la date limite de telles demandes. Il est précisé que les candidats peuvent disposer de tous renseignements utiles au moins 6 jours avant la date limite de remise des offres.
- Après remise des offres, il est possible de procéder à une négociation, mais elle doit concerner au moins 3 candidats (sauf si le nombre de candidats est inférieur).
- La personne responsable du marché l'attribue au terme des négociations menées.

En résumé, la principale innovation de la procédure négociée de passation des marchés consiste en sa décomposition en « procédure simplifiée » pour les marchés inférieurs à certains seuils (supérieurs aux actuels) et « procédure négociée » qui est réservée à certains cas particuliers (qui sont, pour partie, déjà en vigueur).

#### **4.4. Les marchés par appel d'offres**

La procédure de l'appel d'offres (article 33) devient, dans le nouveau code des marchés publics, la plus normale (étant précisé que l'adjudication n'existe plus).

- Cette procédure est obligatoire pour les marchés de plus de € 130.000 H.T. pour l'État et de € 200.000 H.T. pour les collectivités territoriales et facultative en dessous de ces seuils.
- Il peut s'agir d'un appel d'offres restreint ou ouvert, étant précisé que la collectivité reste libre du choix de la formule.

Les différentes étapes prévues par le nouveau texte pour la procédure d'appel d'offres ouvert sont les suivantes.

- Un avis d'appel à la concurrence est publié. L'envoi de l'avis d'appel à la concurrence doit précéder la remise des offres de 52 jours au moins, même en cas d'urgence. Ce délai peut cependant être réduit dans les cas suivants :
  - 26 jours si un avis de pré-information a été publié ; encore faut-il qu'il ait été envoyé à la publication au moins 52 jours et au plus un an avant la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ;
  - 36 jours pour les marchés de travaux de moins de € 5.000.000 H.T. ; délai réductible à 15 jours en cas d'urgence ne venant pas du fait de la personne publique.
- Les cahiers des charges et documents sont envoyés dans les 6 jours suivant la réception de leur demande pour les marchés de travaux et de services et dans les 4 jours pour les marchés de fournitures. Tous les renseignements doivent avoir été communiqués au plus tard 6 jours avant la date limite de remise des offres.
- Les dossiers des candidats sont transmis par tous moyens. Ils se décomposent en 2 enveloppes, la première contenant les documents relatifs à la candidature et la seconde contenant l'offre.
- La séance d'ouverture des plis n'est pas publique, les candidats n'y sont pas admis. Les premières enveloppes sont d'abord ouvertes pour une première sélection des candidats dont les secondes enveloppes pourront être ouvertes. Les enveloppes d'offres non ouvertes sont renvoyées aux candidats. Les offres non conformes sont éliminées par la commission. Aucune négociation ne peut être menée avec les candidats ; seules des demandes de renseignements ou de précisions peuvent être émises (des adaptations sont néanmoins envisageables avec l'entreprise retenue si l'économie du contrat n'est pas modifiée)..
- La commission d'appel d'offres (pour les collectivités territoriales ou la personne responsable pour l'État) attribue le marché (en se fondant sur les critères de choix énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence pour fixer l'offre « économiquement la plus avantageuse ») ou déclare l'appel d'offres infructueux.

Les différentes étapes prévues par le nouveau texte pour la procédure d'appel d'offres restreint sont les suivantes.

- Un avis d'appel public à la concurrence est publié. Il peut mentionner les nombres minimum (au moins 5) et maximum de candidats autorisés à présenter une offre.
- La réception des candidatures intervient au moins 37 jours après l'envoi de l'avis à la publication. Ce délai est réductible à 21 jours pour les marchés de travaux de moins de € 5.000.000 H.T. et à 15 jours en cas d'urgence n'étant pas du fait de la personne publique.
- La commission d'appel d'offres examine les candidatures et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre. Ces candidats en sont informés par une lettre contenant :
  - Référence de l'avis d'appel public à la concurrence.
  - La date limite de réception des offres, l'adresse où elles sont à transmettre.
  - L'adresse du service auprès duquel les pièces et les documents peuvent être demandés et obtenus, les modalités de cautionnement.
- La réception des offres ne peut intervenir moins de 40 jours après l'envoi de la lettre de consultation ; ce délai est réductible à :

- 26 jours si un avis de pré-information a été publié (date d'envoi de cet avis d'au moins 52 jours et au plus de 12 mois avant l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence) ;
- 21 jours pour les marchés de travaux de moins de € 5.000.000 H.T. ;
- 15 jours en cas d'urgence autre que du fait de la personne publique.
- Tous les renseignements doivent avoir été communiqués aux candidats admis à présenter une offre au moins 6 jours avant la date de leur remise.
- La séance de la commission d'appel d'offres n'est pas publique. Aucune négociation avec les candidats n'est possible (des adaptations sont néanmoins envisageables avec l'entreprise retenue si l'économie du contrat n'est pas modifiée). La commission attribue le marché ou déclare l'appel d'offres infructueux.

En définitive, indépendamment des seuils qui sont modifiés, la procédure d'appel d'offres n'est pas substantiellement modifiée par le nouveau code des marchés publics.

#### **4.5. Les appels d'offres sur performances**

L'appel d'offres sur performances qui est défini par l'article 36 est la procédure utilisée par les personnes publiques qui ne sont pas en mesure de définir les moyens de satisfaire ses besoins et d'évaluer les différentes solutions techniques possibles.

La procédure applicable est alors celle de l'appel d'offres restreint avec toutefois des adaptations.

- La commission d'appel d'offres, après avoir analysé et classé les offres entend les candidats sur la définition des moyens à mettre en œuvre pour satisfaire les besoins. La question des procédés et des prix des candidats n'est pas évoquée dans ces auditions.
- Les candidats peuvent, après les auditions, compléter leur offre. La personne publique ne peut modifier le cahier des charges sans l'indiquer à tous les candidats pour leur permettre d'ajuster leur offre.
- Le choix d'une entreprise pour l'attribution du marché fait l'objet d'une décision motivée, portée au procès-verbal de la commission d'appel d'offres.
- Il peut être alloué aux candidats évincés ou aux meilleurs d'entre eux une prime. La prime vient en déduction du prix pour le candidat retenu.

#### **4.6. Les marchés de conception-réalisation**

Le marché de conception-réalisation est une variante de l'appel d'offres sur performances (article 37) : il porte sur les études et la réalisation des travaux pour les ouvrages mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi « MOP ».

La procédure à respecter est donc celle de l'appel d'offres sur performances (appel d'offres restreint) avec quelques particularités.

- Un jury existe qui est composé des membres de la commission d'appel d'offres et de maîtres d'œuvre désignés par la personne publique, indépendants des candidats et du maître de l'ouvrage. Ces maîtres d'œuvre composent le tiers au moins du jury.
- Le jury dresse la liste des candidats admis à présenter une offre en motivant sa décision.
- Le jury examine les offres, entend les candidats et formule un avis motivé sur le choix de l'offre à retenir.

#### **4.7. Les concours**

Le concours (article 38) est la procédure qui permet à la personne publique d'attribuer un marché au lauréat choisi après mise en concurrence et avis du jury pour un plan ou un

projet, tout spécialement dans le domaine de l'aménagement, de l'urbanisme, de l'architecture. Le concours peut être ouvert ou fermé.

Par comparaison à la procédure d'appel d'offres (avec l'intervention d'un jury) le concours présente quelques particularités.

- Pour les concours ouverts ou restreints, les candidats décomposent la seconde enveloppe des appels d'offres en deux : l'une pour les prestations et l'autre pour l'offre de prix.
- Le jury examine les candidatures ainsi que les prestations proposées au regard du règlement établi et en propose un classement. L'examen des prestations est obligatoirement anonyme dans deux cas :
  - Si le total des primes est égal ou supérieur à € 130.000 H.T. (pour l'État) ou € 200.000 H.T. (pour les collectivités territoriales) ;
  - Si le concours est destiné à la passation d'un marché de service avec le lauréat dont le montant estimé excède ces seuils.
- Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des prestations et la personne responsable du marché négocie avec tous les lauréats.
- Le marché est attribué par la personne responsable du marché qui est, pour les collectivités territoriales dans ce cas, l'assemblée délibérante.

#### **4.8. Les cas particuliers**

##### *Les marchés fractionnés*

Le marché fractionné (article 72) est utilisé lorsque la personne publique, pour des raisons économiques, techniques ou financières, ne peut fixer le rythme ou l'étendue des prestations à réaliser dans le marché. Dans ce cas, l'on peut recourir à un marché à bons de commande ou à un marché à tranches conditionnelles.

- Les marchés à bons de commande comporte une durée de 3 ans au plus ou de 5 ans si le titulaire bénéficie d'une protection au titre de droits d'exclusivité, de considérations artistiques ou techniques.

Ces marchés prévoient, en principe, un minimum et un maximum en prestations ou en valeur (le maximum étant de 4 fois le minimum au plus). Il est toutefois possible de procéder sans minimum ni maximum par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation.

Lorsqu'il n'est pas possible, pour une seule entreprise de fournir toutes les prestations requises, la personne publique peut passer des marchés à bons de commande avec plusieurs entreprises. Il faut alors définir les lots faisant l'objet de bons de commandes et les conditions d'attribution des bons de commande aux différents titulaires. Il est même admis, dans ce cas, que les marchés ne comportent ni minimum ni maximum si :

- Les prix des produits sont volatils,
- Les produits sont rapidement obsolètes,
- Les besoins naissent de l'urgence non imputable à la personne publique,
- Les besoins sont définis au fil du temps en fonction d'un programme de recherche en cours.

Il faut alors prévoir une mise en compétition des différents titulaires avant l'émission des bons de commande.

- Les marchés à tranches conditionnelles comportent une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles.

Chaque tranche est définie dans le marché pour les prestations et les prix. La décomposition en tranches doit permettre la constitution d'ensembles cohérents de prestations.

L'exécution de chaque tranche conditionnelle est décidée par la personne responsable du marché. Des indemnités en cas de retard peuvent être prévues au profit du titulaire du marché.

#### *Les marchés de définition*

Le marché de définition est utilisé lorsque la personne publique n'est pas en mesure de fixer les moyens pour satisfaire à ses besoins (article 73). Ils portent donc, comme leur nom l'indique, sur la définition des moyens et sur l'estimation du prix des prestations.

Il est toujours possible d'attribuer le marché de réalisation à l'entreprise titulaire de l'étude de définition ; dans ce cas, les prix s'additionnent pour la détermination des seuils.

#### *Les marchés de maîtrise d'œuvre*

Les marchés de maîtrise d'œuvre (article 74) sont ceux portant sur des prestations définies par l'article 7 de la loi « MOP ».

Les modalités de passation des marchés de maîtrise d'œuvre sont désormais précisées selon leur montant.

- En deçà de € 90.000 H.T., aucune formalité particulière n'est exigée (sous réserve toutefois du maintien de l'exigence d'un écrit, par application de la jurisprudence du Conseil d'État du 28 février 1986, « Stoskopf et Hoog » d'interprétation du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 d'application de la loi « MOP »).
- De € 90.000 H.T. à € 200.000 H.T., la mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens du candidat. La personne responsable du marché dresse la liste des candidats admis à négocier après avis d'un jury. Le marché est attribué par la personne responsable qui est, pour les collectivités territoriales dans ce cas, l'assemblée délibérante.
- Au-delà de € 200.000 H.T., la procédure du concours restreint est appliquée. Toutefois, le concours n'est pas obligatoire dans les cas suivants :
  - Pour la réutilisation ou la réhabilitation d'ouvrages existants ;
  - Pour des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation,
  - Pour des ouvrages d'infrastructures.

Il est alors procédé par appel d'offres dont la commission siège en jury ou bien par négociation, si les prestations ne peuvent être définies avec suffisamment de précision.

La prime attribuée aux candidats correspond au prix estimé des études porté dans l'avis d'appel public à la concurrence avec un abattement de 20 % au plus.

- Le maître d'œuvre, librement choisi, peut être le titulaire d'un précédent marché de définition dont les solutions ont été retenues.
- Pour l'extension d'un ouvrage existant, il peut être fait appel au prestataire initial si la qualité architecturale, technique ou paysagère le justifie.

## **5. L'exécution des marchés**

### **5.1. Les paiements**

#### *Les avances*

Une avance forfaitaire est accordée au titulaire d'un marché dont le montant dépasse le seuil de € 90.000 H.T.. Si le seuil n'est pas atteint, la personne responsable du marché peut prévoir une avance forfaitaire. Pour les marchés fractionnés, il faut prendre en considération la tranche ou le bon de commande pour apprécier ce seuil (article 87).

- L'avance forfaitaire est fixée à 5 % du montant T.T.C des prestations à exécuter dans les 12 premiers mois de la date d'effet du marché, de la tranche ou du bon de commande (ou 5 % du montant minimum du marché à bons de commande si le marché est de 12 mois au plus ou 60 % du minimum si le marché est de plus de 12 mois).
- Le remboursement de l'avance intervient entre 65 % et 80 % de l'avancement du marché, de la tranche ou du bon de commande.

Des avances facultatives sont possibles (article 88) moyennant la délivrance, par le titulaire d'une garantie à première demande (article 104). Elle est limitée à 20 % du marché, du bon de commande ou de la tranche, mais ce taux est porté à 60 % :

- En cas de menace pour ce qui relève de la défense.
- À titre exceptionnel lorsque le titulaire doit consentir des investissements importants.

Les avances facultatives sont remboursées selon le rythme prévu au marché, par précompte sur les paiements.

#### *Les acomptes*

Des acomptes sont possibles dans la mesure où les prestations ont donné lieu à un commencement d'exécution (règle de paiement du service fait). Ces acomptes doivent respecter les principes suivants (article 89) :

- L'acompte ne peut dépasser la valeur des prestations qu'il finance.
- La périodicité maximale de versement des acomptes est le trimestre, sauf pour les petites et moyennes entreprises et les SCOP : dans ce cas, une périodicité mensuelle est admise.

#### *Les règlements*

Le règlement définitif partiel est le paiement, non susceptible d'être remis en cause, de prestations entièrement réalisées (article 90).

Les marchés ne peuvent contenir de clause prévoyant de paiement différé du prix (article 94).

Le nouveau code des marchés publics instaure l'obligation de mentionner des délais de paiement. Il consacre aussi l'abandon de la distinction entre mandatement et paiement : désormais, seul le paiement est considéré. Les retards de paiement de la part de la personne publique donne lieu au calcul d'intérêts moratoires.

En cas de résiliation du marché, son règlement intervient en deux étapes (articles 93 et 98) :

- Dans une première étape, un décompte provisoire est établi qui donne lieu au règlement de 80 % de son montant.
- Les parties disposent de 6 mois pour se mettre d'accord sur le solde définitif. Au terme de ce délai, en cas de désaccord persistant, la collectivité a 3 mois pour fixer l'indemnité de résiliation.

#### *Le financement des marchés*

Les formalités de nantissement ou de cession de créances au titre d'un marché public sont organisées ainsi (articles 106 à 110) :

- La personne responsable du marché délivre une seule copie certifiée conforme du marché qui est remise par le cessionnaire au comptable.
- Le bénéficiaire du nantissement ou de la cession encaisse seul le montant de la créance cédée du comptable. En cas de pluralité de cessionnaires, une répartition est opérée.

