

La note 43 - mai 2004

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 •

Mai 2004

## LE DERNIER CODE DES MARCHÉS PUBLICS

### Introduction

Le dernier code des marchés publics est issu du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 et il apporte son lot d'innovations et de changements dans les habitudes des acheteurs publics (à supposer que des habitudes aient été prises depuis le précédent code qui ne date que de 2001).

Les principales nouveautés de ce texte (dont certaines ne vont pas manquer d'apporter des bouleversements d'organisation) sont les suivantes :

- le mandat est réintégré dans le champ d'application du code (c'est la conséquence de l'arrêt du Conseil d'Etat de mars 2003) ;
- les seuils sont, encore une fois, relevés : ils passent de € 90.000 HT à 150.000 € HT pour l'Etat et à 230.000 € HT pour les collectivités territoriales pour les marchés de fournitures et de services ; il est porté de 230.000 € HT pour les marchés de travaux ;
- la généralisation des mesures de publicité et de mise en concurrence pour tous les marchés, y compris ceux dont le montant n'excède pas les seuils indiqués ci-dessus ;
- la distinction entre deux sortes de procédures de passation des marchés :
  - la procédure adaptée qui laisse à l'acheteur le soin de fixer les modalités de publicité et de mise en concurrence (ou procédure sans formalités préalables) ;
  - les procédures formalisées qui organisent cette publicité et mise en concurrence sont :
    - procédures générales : appel d'offres, la négociation ou le dialogue compétitif ;
    - procédures spécifiques : la conception réalisation, le concours, le marché de définition, la décoration des constructions publiques, la communication ou les marchés fractionnés ;
- la suppression de la nomenclature des prestations ;
- Le dossier de candidature est allégé par la demande, au stade des candidatures, des seules attestations sur l'honneur en lieu et place des diverses attestations et certificats.

### 1. La notion de marché public

#### 1.1. Définition des marchés publics

La définition du marché public qui est donnée par le dernier 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 dernier 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.
- Les contrats conclus pour les besoins de l'intérêt de l'Etat.

- 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**

La principale innovation apportée par le dernier texte tient à l'incorporation des contrats de mandat au champ d'application du code. L'on se souvient que le précédent code des marchés publics les avait exclus et que le Conseil d'Etat, en mars 2001, les avait réintégrés du champ d'application de la commande publique.

Le 7° de l'article 3 du précédent code est ainsi remplacé par une nouvelle exclusion qui concerne les marchés de l'Etat lorsque ses intérêts essentiels l'exigent.

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

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

La personne responsable du marché est la personne chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et habilitée à signer le marché au nom de la personne publique (article 20). Elle dispose de la faculté de se faire représenter, sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché.

### **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 (article 21) :

- 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 (article 22).

- 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 ; si ce nombre ne peut être atteint, la commission est composée d'un président et de deux membres désignés par l'assemblée délibérante ;
- Pour les autres établissements, le représentant légal de l'établissement ou son représentant comme président de la commission et deux à quatre membres de l'organe délibérant ; la commission comporte, en outre, un membre désigné par le conseil d'administration ; le nombre de ses membres doit être impair.

Il est désigné autant de membres suppléants que de titulaires (sauf pour les EPCI et syndicats mixtes dont la commission a moins de 5 membres).

- Plusieurs personnes peuvent aussi participer à la commission d'appel d'offres, mais avec voix consultative seulement :
  - 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 ;
  - Sur invitation du président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et le représentant du directeur départemental de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes ; leurs observations sont consignées au procès-verbal.
- 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 de dialogue compétitif 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 (article 24).

- Elles sont en nombre représentant le tiers de dialogue compétitif.
- 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 et sur invitation du président, 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	€ 5.900.000 H.T.	À adresser après la décision de réaliser le programme.

Les marchés publics sont précédés d'un avis d'appel à la concurrence dans les conditions suivantes (article 40).

Objet du marché	Seuils (€ H.T.)		Publicité
	État	Collectivités territoriales	
Fournitures Services	< 90.000		Au choix de l'acheteur, mais obligatoire
	> 90.000 < 150.000	> 90.000 < 230.000	BOAMP ou JAL obligatoire, plus autre, au choix de l'acheteur
	> 150.000	> 230.000	BOAMP et JOUE
Travaux	< 90.000		Au choix de l'acheteur, mais obligatoire
	> 90.000 & < 5.900.000		BOAMP ou JAL obligatoire, plus autre, au choix de l'acheteur
	> 5.900.000		BOAMP et JOUE

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 : le cautionnement est supprimé par le dernier code (article 41). Il reste cependant possible de prévoir une facturation des frais de reprographie.

Dans le cas de mise en concurrence, il est établi un règlement de la consultation dont le contenu est précisé par arrêté ministériel (finances).

#### 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.
- Une déclaration sur l'honneur indiquant que les obligations fiscales et sociales sont satisfaites, de l'absence d'interdiction de concourir, de l'absence de condamnation pour les infractions au code du travail. Il faut noter que le dernier code n'exige plus, au stade de la candidature, la production des certificats sociaux et fiscaux qui restent cependant à produire préalablement à l'attribution du marché.

La sanction du défaut de production des documents requis est d'écarter la candidature. Il est toutefois désormais possible à la personne responsable du marché de réclamer ces documents aux candidats avant de les exclure de la procédure. Le délai fourni à l'ensemble des candidats est alors de 10 jours au plus.

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, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, du délai d'exécution, des qualités esthétiques et fonctionnelles, de la rentabilité, du service après-vente et de l'assistance technique, de la date et du délai de livraison et, enfin, du prix des prestations.

Si un seul critère est retenu, il ne peut s'agir que du prix.

- 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 selon la procédure adaptée) fait l'objet d'un rapport de présentation de la personne responsable du marché. Ce rapport mentionne (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, le prix envisagé et mes conditions prévisionnelles de son exécution ;
- La justification du mode de passation ;
- Le déroulement de la procédure ;
- La justification des critères de sélection des offres et du choix de l'offre retenue ;
- Les noms des candidats évincés et les motifs de leur rejet ;
- 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 peuvent en demander les raisons qui leur sont produites sous 15 jours de la réception de leur demande (article 76).

Les marchés sont ensuite notifiés (dans un délai minimal de 10 jours à compter de la notification faite aux candidats évincés), 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 si le marché excède les seuils de 150.000 € ou 230.000 € (selon qu'il s'agit de l'Etat ou d'une collectivité), sauf dans le cas des marchés en procédure adaptée 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 (article 26), d'autres procédures existent qui sont applicables en fonction de certains seuils.

Objet du marché	Seuils (€ H.T.)		Procédure
	État	Collectivités territoriales	
Fournitures Services	< 150.000	< 230.000	Adaptée
	> 150.000	> 230.000	L'appel d'offres est la règle avec, si les conditions sont remplies, possibilité de recourir aux autres procédures, générales ou spécifiques.
Travaux	< 150.000	< 230.000	Adaptée
	> 230.000 & < 5.900.000		Choix parmi l'une des procédures formalisées suivantes : appel d'offres, négociée ou dialogue compétitif.
	> 5.900.000		Appel d'offres de règle avec, si les conditions sont remplies, faculté de recourir à : négociation, dialogue compétitif ou conception réalisation.

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.
- Pour les fournitures et les services, l'on prend la valeur des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes à raison de leurs caractéristiques propres ou parce qu'ils forment une unité fonctionnelle.

Le dernier code des marchés publics distingue deux sortes de procédures de passation des marchés :

- l'adaptée qui laisse à l'acheteur le soin de fixer les modalités de publicité et de mise en concurrence ;
- les procédures formalisées qui organisent cette mise en concurrence sont :
  - procédures générales : appel d'offres, la négociation ou le dialogue compétitif ;
  - procédures spécifiques : la conception réalisation, le concours, le marché de définition, la décoration des constructions publiques, la communication ou les marchés fractionnés.

#### 4.1. Les marchés sans formalités préalables ou la procédure adaptée

La principale innovation du dernier code en matière de procédure de passation des marchés porte sur la création de la « procédure adaptée » (article 28) qui remplace les achats sur factures et constitue la nouvelle appellation des marchés sans formalités préalables. Dans cette procédure, c'est la personne publique qui détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence qui restent obligatoires mais n'ont pas de forme déterminée par le code.

Si le seuil de 90.000 € n'est pas atteint, les modalités de publicité sont choisies par l'acheteur qui peut choisir entre la presse écrite, l'affichage et l'internet. Pour les marchés de faible montant (le faible montant n'est pas défini), il est admis de procéder par simple consultation de plusieurs entreprises.



Si le marché de fournitures ou de services est compris entre 90.000 € et 150.000 € pour l'État ou 230.000 € pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux compris entre 90.000 € et 5.900.000 €, le code impose une publication :

- soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP),
- soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL).

L'acheteur est incité, par le dernier code, à compléter, si nécessaire, sa publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée.

#### **4.2. 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 de conception d'ouvrage).
  - Les travaux et les fournitures à utiliser dans un but de recherche et de développement, s'ils ne comportent pas de finalité commerciale immédiate.
  - A titre exceptionnel, les services dont la nature ou les aléas de leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix.
  - Les marchés de travaux compris entre 230.000 € et 5.900.000 €.
- 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.
  - les marchés de fournitures conclus à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate.
- 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 € 150.000 H.T. pour l'État et € 230.000 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 50 % 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 relatives à la protection de droits d'exclusivité.

La procédure de négociation pour la passation des marchés n'est pas substantiellement modifiée par comparaison à ce qui existe déjà (articles 65 et 66).

- . 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 la date limite de réception des candidatures est de 37 jours au moins. Ce délai peut être réduit à 15 jours en cas d'urgence et à 22 jours pour les marchés de travaux compris entre les seuils de € 230.000 H.T. et € 5.900.000 H.T..
- . La personne responsable du marché dresse la liste des candidats invités à négocier (au moins trois, si le nombre des candidats admis est supérieur) et leur adresse le dossier de consultation avec une lettre.
- . La personne responsable du marché négocie avec les candidats de son choix ayant présenté une offre.
- . La personne responsable du marché l'attribue au terme des négociations menées, après avis de la commission d'appel d'offres, s'il s'agit de l'Etat ou des établissements publics de santé, sociaux ou médico-sociaux. S'il s'agit d'une collectivité territoriale, le marché est attribué par la commission d'appel d'offres, sur proposition de classement de la personne responsable du marché.

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

La procédure de l'appel d'offres (article 33) reste, dans le dernier code des marchés publics, la plus normale.

- . Cette procédure est obligatoire pour les marchés de fournitures ou de services de plus de € 150.000 H.T. pour l'Etat et de € 230.000 H.T. pour les collectivités territoriales et pour les marchés de travaux de plus de € 5.900.000 H.T..
- . Il peut s'agir d'un appel d'offres restreint ou ouvert, étant précisé que l'acheteur reste libre du choix de la formule.

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

- Un avis d'appel à la concurrence est publié (pour les supports de publication, voir ci-dessus). L'envoi de l'avis d'appel à la concurrence doit précéder la remise des offres de 52 jours au moins. Ce délai peut cependant être réduit à 22 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 ;
- pour les marchés de travaux compris entre € 230.000 H.T. et € 5.900.000 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 ou 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 (par la personne responsable du marché pour l'Etat et les établissements de santé, sociaux ou médico-sociaux et par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales). Les enveloppes d'offres non ouvertes sont renvoyées aux candidats.
- 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'Etat) 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 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 à la concurrence est publié (pour les supports de publication, voir ci-dessus). L'envoi de l'avis d'appel à la concurrence doit précéder la remise des candidatures de 37 jours. Ce délai peut être réduit à :
  - 22 jours, pour les marchés de travaux compris entre € 230.000 H.T. et € 5.900.000 H.T. ;
  - 15 jours, en cas d'urgence ne provenant pas de la personne responsable du marché.
- Cet avis d'appel public à la concurrence peut mentionner les nombres minimum (au moins 5) et maximum de candidats autorisés à présenter une offre.
- La commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou la personne responsable du marché, après avis de la commission, pour l'Etat et les établissements de santé, sociaux ou médico-sociaux, 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 22 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) ;
  - pour les marchés de travaux compris entre € 230.000 H.T. et € 5.900.000 H.T. ; et à 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.

#### **4.4. La procédure de dialogue compétitif**

La procédure de dialogue compétitif, définie par l'article 36, est la procédure utilisée par les personnes publiques :

- qui ne sont pas en mesure de définir les moyens techniques de répondre à ses besoins ;
- lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet ;
- pour les marchés de travaux compris entre € 230.000 et € 5.900.000.

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

- Un avis d'appel à la concurrence est publié (pour les supports de publication, voir ci-dessus). L'envoi de l'avis d'appel à la concurrence doit précéder la remise des candidatures de 37 jours.
- Après sélection des candidats admis à présenter une proposition, la personne responsable du marché engage avec eux un « dialogue » :
  - dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire les besoins de l'acheteur ;
  - dont la finalité sera d'établir le cahier des charges.
- Les candidats sont ensuite invités à présenter une offre et ils disposent d'un délai d'au moins 15 jours pour le faire.
- La personne responsable du marché présente un rapport à la commission d'appel d'offres sur le déroulement de la procédure. La commission (pour les collectivités territoriales) ou la personne responsable du marché (après avis de la commission pour l'Etat et les établissements de santé, sociaux ou médico-sociaux) décide du choix du titulaire du marché.
- 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.

#### **4.5. Les marchés de conception réalisation**

Le marché de conception réalisation (article 37) porte sur les études et la réalisation des travaux pour les ouvrages mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi « MOP ». Il ne peut être retenu que si des raisons techniques redent nécessaires d'associer l'entrepreneur aux études de l'ouvrage à réaliser.

La procédure à respecter est donc celle prévue par l'article 69 qui comprend les particularités suivantes.

- 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 une liste des candidats qui est soumise à la personne responsable du marché qui arrête ceux admis à présenter une offre.
- Le jury examine les offres, entend les candidats et formule un avis motivé sur le choix de l'offre à retenir.
- Le marché est attribué par la commission d'appel d'offres, pour les collectivités territoriales et par la personne responsable du marché, avis pris de la commission, pour l'Etat et les établissements de santé, sociaux et médico-sociaux.

#### **4.6. 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 d'offres en deux : l'une pour les prestations et l'autre pour l'offre de prix.
- Les délais de réception des candidatures et des offres sont les mêmes que dans le cas d'appels d'offres ouverts ou restreints.
- 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 si le marché est supérieur à € 150.000 H.T. (pour l'État) ou € 230.000 H.T. (pour les collectivités territoriales) ;
- 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.

#### **4.7. Les cas particuliers**

##### *Les marchés fractionnés*

Le marché fractionné 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 (article 71) comporte une durée de 4 ans au plus 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.

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

- Les marchés à tranches conditionnelles (article 72) 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 € 150.000 H.T., pour l'Etat et de € 230.000 H.T pour les collectivités territoriales, la procédure adaptée est appliquée.
- Au-delà de ces seuils, 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.

## **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 € 50.000 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). Elles sont limitées à 30 % du marché, du bon de commande ou de la tranche, sauf délivrance, par le titulaire d'une garantie à première demande (article 104) ce qui permet d'en porter le taux à 60 %.

Les avances facultatives sont remboursées selon le rythme prévu au marché, par précompte sur les paiements et, en tout état de cause, lorsque le marché est exécuté à plus de 80 %.

#### *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 délai maximum de paiement est de 45 jours, sauf à porter intérêt (article 96).

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.

