

Mai 2004



**L'ÉLU LOCAL**

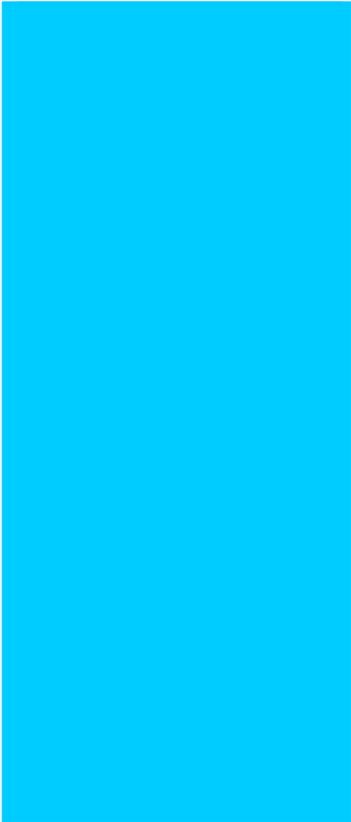
**ET**

**LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS**



**SERVICE  
DES  
COLLECTIVITÉS  
TERRITORIALES**

---



## **1ÈRE PARTIE**

### **LES PRINCIPALES DISPOSITIONS DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS**



# 1. QUAND DOIT-ON APPLIQUER LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

Articles 1, 2, 3, 4, 29, 30, 31, 74, 81, 82 et 83

L'essentiel

=> **Sont soumis au code des marchés publics les contrats :**

- **conclus par les collectivités territoriales**, leurs établissements publics de toute nature et leurs mandataires ;

- **dont l'objet est bien un « marché public »** de fournitures, de services ou de travaux ;

- **et qui ne sont pas expressément exclus du champ d'application du code** par l'un de ses articles.

=> **Ces contrats doivent alors respecter les principes fondamentaux définis par le code des marchés publics**, y compris ceux dont le montant est inférieur aux seuils des procédures obligatoires.

=> **En outre, le droit de la commande publique ne se limite pas au code des marchés publics.**

D'autres dispositions législatives ou réglementaires doivent, le cas échéant,

être appliquées lors de la passation d'un marché public (ex : les articles du code général des collectivités territoriales relatifs au contrôle de légalité).

Afin de déterminer si l'opération envisagée (achat de fournitures, commande d'une prestation de services ou réalisation de travaux) relève bien du code des marchés publics, il convient de répondre à trois questions :

- La collectivité territoriale, l'un de ses établissements publics ou l'un de ses mandataires sont-ils bénéficiaires de l'opération envisagée ?

- Cette opération correspond-elle effectivement aux critères retenus par le code pour définir un marché public ?

- L'opération envisagée entre-t-elle dans le cadre des exceptions autorisées par le code ?

Si la réponse aux **deux premières questions** est **affirmative**, et si la réponse à la **troisième question** est **négative**, le contrat en cause est **un marché public**, dont la passation et l'exécution doivent respecter les règles et les principes fondamentaux définis par le code.

Le respect de ces principes fondamentaux s'impose **même dans le cas où le montant du contrat est inférieur aux seuils des**

**procédures obligatoires** prévus par le code des marchés publics.

Enfin, le droit de la commande publique ne se limitant pas au code des marchés publics, la collectivité territoriale doit également vérifier **s'il ne faut pas appliquer d'autres dispositions législatives ou réglementaires** pour la passation (ou l'exécution) du marché en cause.

### 1.1. QUEL EST LE BÉNÉFICIAIRE DE L'OPÉRATION ENVISAGÉE ?

Outre l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, sont soumis au code des marchés publics **les marchés conclus par :**

a) **Les collectivités territoriales** sur le territoire métropolitain, dans les régions et départements d'outre-mer et à Mayotte.

Dans les territoires d'outre-mer (TOM), en revanche, il appartient aux assemblées délibérantes de définir les règles applicables en la matière.

b) **Les établissements publics des collectivités territoriales**, quelle qu'en soit la nature, et notamment :

- les établissements publics administratifs ;
- les établissements publics industriels et commerciaux ;
- les **établissements publics de coopération intercommunale** ;
- les lycées et les collèges ;

- les hôpitaux publics ;

- les offices publics d'HLM ;

- les offices publics d'aménagement et de construction ;

- les centres communaux d'action sociale et les établissements médico-sociaux.

*« Sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics »* (article 2-II du code).

Il convient également de rappeler que le Conseil d'Etat a jugé que **les associations foncières urbaines** doivent être considérées, pour l'application du code des marchés publics, comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales (13 septembre 1995 – Favier).

#### **Le cas particulier des groupements d'intérêt public (GIP)**

Selon la jurisprudence administrative, les GIP (auxquels peuvent participer les collectivités territoriales) ne sont pas des établissements publics, mais des personnes publiques relevant d'un régime spécifique (Tribunal des conflits – 14 février 2000).

En conséquence, la Direction des affaires juridiques du ministère des finances estime que les contrats conclus par les GIP ne sont pas soumis au code des marchés publics.

Toutefois, *« il est important de prendre en compte la situation de certains organismes qui, bien que non assujettis au code des marchés publics, peuvent être soumis à des obligations de mise en*

***concurrence imposées par les directives communautaires. Son notamment concernés... certains groupements d'intérêt public (GIP) ou groupements d'intérêt économique (GIE) dans la mesure où ces organismes répondent à la définition de pouvoir adjudicateur au sens du droit communautaire »*** (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics – 2004).

**c) Les mandataires des collectivités territoriales, en exécution du mandat donné par celles-ci.**

Sont également soumis au code des marchés publics « ***les marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques*** » auxquelles s'appliquent ce code (article 2-2°).

Les marchés conclus par le mandataire d'une collectivité territoriale doivent ainsi respecter les règles du code des marchés publics :

- tant pour leur passation que pour leur exécution ;

- mais **uniquement en ce qui concerne les marchés passés pour l'exécution du mandat, c'est-à-dire au nom ou pour le compte du mandant** (la personne publique). Le mandataire (personne privée) n'est donc pas tenu d'appliquer le code des marchés publics pour les opérations ou achats engagés exclusivement pour son propre compte.

A titre d'exemple, on peut présenter **l'application de cette règle générale au cas particulier de l'article R. 321-20 du code de l'urbanisme.**

Cet article permet aux collectivités locales de confier à des sociétés d'économie mixte (SEM), par convention, le soin de procéder « *en leur nom et pour leur compte à la réalisation d'études* ».

Dans le cas où, à son tour, une SEM ainsi mandatée par une collectivité locale confie à une entreprise tierce le soin de réaliser des études, le marché passé par cette SEM avec l'entreprise **est alors un marché public.**

**Les contrats de mandat** rémunérés, **À noter** qui lient les personnes publiques aux mandataires, doivent désormais être conclus dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence posées par le code des marchés publics. (voir : encadré ci-après).

**Le contrat de mandat n'est plus exclu du champ d'application du code des marchés publics**

Le contrat de mandat est la convention qui lie une personne publique et son mandataire (et qui définit les missions de celui-ci).

**Ce contrat avait été exclu du champ d'application de l'ancien code des marchés publics (2001), conformément à son article 3-7°.**

Dans sa lettre de mise en demeure et son avis motivé adressés en 2002 aux autorités françaises, **la Commission européenne** a estimé que cette exclusion n'était pas conforme aux règles et aux principes définis par les directives communautaires relatives aux marchés publics.

**Dans son arrêt du 5 mars 2003** (« *Union nationale des services publics industriels et commerciaux* »), **le Conseil d'Etat a validé cette analyse et a annulé le 7° de l'article 3 du code du 7 mars 2001 relatif aux contrats de mandat**, au motif que cette disposition de nature trop générale était incompatible avec les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables imposées par le droit communautaire.

Afin de « sécuriser » **les contrats de mandat conclus avant le 6 mars 2003**, une disposition de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 « Urbanisme et habitat » a procédé à **leur validation législative**.

Pour les contrats de mandat conclus après cette date, en revanche, **les principes posés par le Conseil d'Etat ont été confirmés dans le nouveau code des marchés publics publié le 8 janvier 2004**.

Ainsi, « *lorsqu'elles souhaitent conclure un contrat de mandat avec un tiers, les personnes publiques sont désormais tenues de se conformer aux obligations de publicité et de mise en concurrence posées par le code des marchés publics* ».

« *Elles doivent, au cas par cas, vérifier si le contrat de mandat porte sur une prestation soumise au code des marchés publics et analyser s'il s'agit d'une*

*prestation de service voire d'un marché de travaux afin de connaître les obligations à respecter lors de sa passation* » (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics - 2004).

En revanche, les contrats de mandat conclus à **titre gratuit** ne sont pas des marchés publics.

## **1.2. L'OPÉRATION ENVISAGÉE EST-ELLE BIEN UN « MARCHÉ PUBLIC » AU SENS DU CODE ?**

**Les marchés publics sont :**

### **a) Des contrats administratifs :**

Comme le résume la circulaire d'application du nouveau code des marchés publics : « **Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale** » de contracter (de la part de la personne publique contractante à savoir, par exemple, les réquisitions).

Conformément à l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* ». En conséquence :

- le contentieux relatif à **tous** les marchés publics relève désormais

- de la compétence du juge administratif ;
- la collectivité territoriale contractante dispose ainsi, pour ses marchés, de **prérogatives de puissance publique** (dans les limites définies par la loi et la jurisprudence) : pouvoir de direction et de contrôle, pouvoir de modification unilatérale, pouvoir de sanction et pouvoir de résiliation unilatérale ;
  - **le régime spécifique des contrats d'assurances** (qui sont des marchés de services) relève du droit privé ; il sera néanmoins appliqué par le juge administratif. En effet, le code des assurances, de nature législative, l'emporte alors sur le code des marchés publics, de nature réglementaire.

#### b) Des contrats conclus à titre onéreux :

Les marchés publics sont des contrats permettant aux collectivités territoriales de se procurer quelque chose (travaux, fournitures, services) **moyennant une contrepartie au profit de leurs fournisseurs.**

Cette contrepartie prend, le plus souvent, la forme du règlement direct aux fournisseurs d'une somme d'argent déterminée.

Toutefois, **un marché peut parfois être conclu à titre onéreux sans paiement direct d'un prix par la collectivité territoriale contractante.** Dans certains cas, en effet, un fournisseur peut lui fournir des prestations au moyen d'un marché, sans pour autant être directement payé par la collectivité.

Le juge administratif a ainsi qualifié de « marché public » **le contrat par lequel une collectivité territoriale charge un éditeur de réaliser un journal municipal en se rémunérant sur les recettes publicitaires provenant de la vente d'espaces publicitaires dans cette publication** (Cour administrative d'appel de Paris – 11 octobre 1994 – Sarl Editor Tennog c/ commune de Houilles).

Les mêmes principes ont été appliqués à **des contrats de mobilier urbain** dans lesquels l'exploitant est rémunéré par le prix payé par les annonceurs publicitaires.

En outre, le juge administratif a également estimé **qu'il n'est pas obligatoire que la contrepartie garantie au fournisseur soit exclusivement financière pour que le contrat en cause puisse être qualifié de « marché public »** (ex : exploitant d'une carrière recevant en contrepartie de ses prestations l'autorisation de se rémunérer par l'extraction, à son profit, des agrégats de carrière : Conseil d'Etat – 22 février 1980 – SA des sablières d'Aressy).

En revanche, le marché public se distingue de la délégation de service public.

#### **La délégation de service public**

La délégation de service public est « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* » (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin »,

modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 précitée).

*« La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu. Pour un marché public, le paiement est intégral et immédiat et effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération (du cocontractant de la personne publique) est tirée principalement de l'exploitation du service »* (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics).

**La conclusion d'un contrat de délégation de service public n'entre donc pas dans le champ d'application du code des marchés publics.**

**Elle doit toutefois obéir aux principes fondamentaux de la commande publique** (procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres différentes).

La délégation de service public est régie par les articles L. 1411-1 à L. 1411-18 du code général des collectivités territoriales.

**c) Des contrats conclus avec des personnes privées ou publiques :**

Les marchés publics sont des contrats conclus par une personne morale de droit public avec une personne morale de droit privé (cas le plus fréquent), ou avec une autre personne morale de droit public.

**Ainsi, le code des marchés publics n'interdit pas à une personne morale de**

**droit public (par exemple : une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements publics) de se porter elle-même candidate pour obtenir le marché d'une autre personne publique.**

Toutefois, le Conseil d'Etat a précisément défini les conditions dans lesquelles cette candidature est alors possible (Avis du 8 novembre 2000 – société Jean-Louis Bernard consultants) : la personne publique candidate ne doit pas utiliser, directement ou indirectement, ses prérogatives pour porter atteinte au principe d'égalité d'accès à la commande publique.

La personne publique devra notamment pouvoir justifier que le **prix qu'elle propose a été déterminé sur des bases objectives** (et ne prend donc pas en compte les avantages découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public).

**d) Des contrats conclus pour répondre aux besoins des personnes morales de droit public en matière de travaux, de fournitures ou de services**

Les marchés publics ont obligatoirement pour objet de **répondre à un besoin déterminé et clairement identifié de la personne publique.**

En conséquence : *« C'est le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration qui permet de différencier les marchés publics des conventions qui accompagnent, par exemple, certaines décisions d'octroi de subventions.*

*« Le marché public se différencie de la subvention qui constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il*

*s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contrepartie financière » (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics).*

L'objet des marchés publics est de répondre aux besoins de la personne publique **en matière de fournitures, de travaux et de services.**

La définition de chacune de ces **À noter** catégories de marchés est essentielle. En effet, c'est elle qui détermine, en fonction de l'objet du marché concerné, **quels sont les seuils de procédure qui lui seront applicables.**

**Les marchés publics de fournitures** « *ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels* » (article premier du nouveau code des marchés publics).

La notion de marchés de fournitures recouvre :

- les marchés de fournitures courantes (acquisition de produits déjà existants et qui ne sont pas fabriqués sur la base d'une commande particulière) ;
- les marchés industriels (ayant pour objet principal l'achat de produits qui, n'existant pas dans le commerce, sont réalisés sur la base d'une commande particulière) ;
- les contrats de crédit-bail, de location ou de location-vente, avec ou sans option d'achat, **portant sur des objets mobiliers.**

### **Les marchés « mixtes »**

Comment déterminer à quelle catégorie il faut rattacher les marchés « mixtes », c'est-à-dire les marchés comportant, tout à la fois, des prestations de fournitures, de services ou de travaux ?

Selon l'**article premier** du nouveau code des marchés publics : « *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 produits à fournir* ».

En revanche, **le nouveau code demeure muet en ce qui concerne les marchés contenant à la fois des travaux et des fournitures (ou des services).**

La nouvelle directive européenne relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, du 31 mars 2004, consacre désormais, sur ce point, les principes antérieurement définis par la Cour de justice européenne : **est alors un marché public de travaux le contrat ayant pour objet la construction d'un ouvrage, et si cet ouvrage ne présente pas un caractère accessoire par rapport à l'objet de l'opération.**

Même si cette nouvelle directive n'est pas encore transposée dans le code français des marchés publics, il est donc conseillé aux collectivités territoriales d'appliquer cette règle pour identifier la catégorie principale à laquelle rattacher un marché « mixte » de travaux et de fournitures (ou de services).

**Les marchés de travaux** « ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage » (article premier du code).

Pour établir si un contrat peut être qualifié de marché de travaux, le juge administratif recherche donc si la personne publique y exerce effectivement les fonctions de maître d'ouvrage et si les travaux sont bien réalisés sous son contrôle et pour son compte.

En revanche, les montages complexes, en particulier la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) et le bail emphytéotique administratif (BEA) ne sont pas des marchés publics de travaux, sous réserve que leur qualification corresponde bien au contenu des prestations.

**Les marchés de services** « ont pour objet la réalisation de prestations de services » (article premier). La notion de services doit être entendue de manière extensive (ex : marchés de services courants, marchés de prestations intellectuelles...).

Les marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application de l'**obligation de décoration des constructions publiques** sont régis par des règles spécifiques définies par un décret particulier.

**1.3. L'OPÉRATION ENVISAGÉE ENTRE-T-ELLE DANS LE CADRE DES EXCEPTIONS AUTORISÉES PAR LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?**

**Les articles 3 et 83 du nouveau code des marchés publics excluent expressément de son champ d'application diverses catégories de contrats** (Voir tableau ci-après).

Certains de ces contrats font l'objet des observations suivantes dans la circulaire d'application du code :

=> **Les prestations intégrées** (contrats « in house » visés à l'article 3-1°) : « la jurisprudence communautaire pose **deux conditions pour reconnaître l'existence d'une prestation intégrée** :

«- le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant est le même que celui qu'elle exerce sur ses propres services propres ; une simple relation de tutelle ne suffit pas ;

**Les contrats exclus du champ d'application du code des marchés publics**

Articles	Objet du contrat
<b>Art. 3-1°</b>	Contrats de prestations intégrées (« in house »)
3-2°	Contrats <b>de services</b> passés avec un pouvoir adjudicateur bénéficiant, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un <b>droit exclusif</b>
3-3°	Acquisitions ou locations immobilières. <b>Toutefois, les contrats de services financiers conclus à ce titre entrent dans le champ d'application du code des marchés publics</b>
3-4°	Achat, développement, production, coproduction de programmes par les

	organismes de radiodiffusion et contrats concernant les temps de diffusion
3-5°	Emprunts ou engagements financiers
3-6°	Participation aux programmes de recherche développement
3-7°	Contrats pour lesquels la protection essentielle des intérêts de l'Etat exige le secret (ne concerne pas les marchés passés pour les besoins de la défense, qui relèvent d'un dispositif particulier).
3-8°	Contrats conclus pour une organisation internationale
3-9°	Contrats conclus en vertu d'un accord international concernant le stationnement de troupes
3-10°	Contrats conclus entre la France et d'autres pays en vue de la réalisation d'un projet ou d'un ouvrage
3-11°	Achat d'œuvres d'art ou de collection <b>et contrats ayant pour objet l'achat d'objets d'art qui, en raison de leur nature et de leurs caractéristiques, ne permettent pas la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence</b>
<b>Art. 83-1°</b>	Achat de combustibles et d'énergie par un « opérateur de réseau » (au sens de l'article 82)
83-2°	Achat d'eau par un producteur ou un distributeur d'eau (tel que défini à l'article 82)

83-3°	Achat de services de transports à caractère non exclusif par un « opérateur de réseau »
-------	-----------------------------------------------------------------------------------------

*« - le cocontractant travaille essentiellement pour la personne publique ; la part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit rester marginale. »*

=> Pour être établi, **le droit exclusif visé à l'article 3-2°** doit « être conféré par une disposition légale antérieure au marché et distinct de ce dernier : pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une personne préalablement à toute relation contractuelle ;

*« - L'organisme bénéficiaire doit lui-même être soumis au code des marchés publics ou aux autres dispositions législatives applicables aux pouvoirs adjudicateurs ;*

*« - Le droit exclusif doit être légalement pris, c'est-à-dire qu'il est établi conformément au droit national et communautaire, et notamment les règles du droit de la concurrence. »*

Comme dans l'ancien code (2001), **la Commission européenne conteste** **À noter** l'exclusion générale des emprunts du champ d'application du nouveau code français des marchés publics (article 3-5°). Elle a donc saisi, en février 2004, la Cour européenne de justice d'une plainte visant à faire constater (et sanctionner) cette infraction présumée au droit communautaire. **Sans attendre la décision de la Cour, il est conseillé aux collectivités territoriales de faire preuve de la plus grande prudence en ce domaine.** Pour la conclusion d'un contrat d'emprunt **d'un montant supérieur au seuil communautaire**, on

peut ainsi leur recommander d'appliquer directement les règles de passation définies par les directives européennes, sous peine de voir, le cas échéant, ce contrat annulé par le juge opportunément saisi par un soumissionnaire (évincé mais néanmoins) bien informé.

#### **1.4. LES MARCHÉS DONT LE MONTANT EST INFÉRIEUR AUX SEUILS DES PROCÉDURES OBLIGATOIRES SONT-ILS QUAND MÊME SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?**

La réponse à cette question est **OUI**.

Dès lors qu'un achat ou une opération correspond aux critères des marchés publics, tels que présentés ci-dessus, **cet achat ou cette opération doit respecter les principes fondamentaux définis par le droit communautaire et transposés, en droit français, par le code des marchés publics**. Ces principes s'appliquent **dès le premier euro**.

*Les principes fondamentaux définis par le droit européen et applicables à tous les marchés publics (quel qu'en soit le montant)*

**=> Liberté d'accès à la commande publique :** L'acheteur public doit préalablement fixer des règles claires pour garantir la transparence et la libre concurrence ; il doit ainsi mettre tous les candidats dans une situation d'égalité au regard de l'information sur les conditions du marché.

**=> Égalité de traitement des candidats :** l'acheteur public ne peut pas subordonner l'accès des candidats aux marchés à des conditions qui seraient de nature à créer une discrimination injustifiée au regard du droit communautaire et du code des marchés publics.

**=> Transparence des procédures :** L'acheteur public doit garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché.

Ces principes « *exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* » (article premier du code).

Cette règle générale est réaffirmée par l'article premier du nouveau code qui a, en conséquence, et conformément aux exigences des instances communautaires, mit fin aux « *marchés sans formalité préalable* ».

En effet, cette formule pour le moins ambiguë, introduite par l'ancien code des marchés publics (2001), pouvait laisser croire à l'acheteur public que, s'agissant des marchés dont le montant est inférieur aux seuils des procédures obligatoires, il pouvait s'affranchir des principes fondamentaux de la commande publique, tels que définis par le droit européen.

*Bien entendu, le « degré » d'application de ces principes (publicité, mise en*

concurrence) varie en fonction de l'objet et, surtout, du montant du marché :

- pour les marchés dont le montant est supérieur ou égal aux seuils des procédures obligatoires, leur respect résulte de l'application des règles prévues, à ce sujet, par le code des marchés publics ;
- pour les marchés dont le montant est inférieur à ces seuils, l'acheteur public doit définir lui-même la « procédure adaptée » lui permettant de respecter les principes fondamentaux de la commande publique. En cas de contentieux, le juge appréciera alors si la procédure mise en œuvre par l'acheteur public lui paraît effectivement de nature à garantir le respect de ces principes.

*Les marchés dont le montant est inférieur à 3.000 euros bientôt exonérés de l'obligation de mise en concurrence ?*

En réponse à une question de M. Jean-Jacques Gaultier, député, M. Christian Jacob, ministre délégué aux PME, a indiqué le 18 mai 2004 que :

« Le Gouvernement envisage toutefois d'introduire dans le code des marchés publics une disposition spécifique dispensant les acheteurs de l'obligation de procéder à une mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 3.000 euros. Un projet de décret sera prochainement soumis au Conseil d'Etat. »

(A la date de rédaction de la présente étude, ce décret n'était pas encore publié).

### **1.5. DOIT-ON APPLIQUER D'AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES EN DEHORS DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?**

La réponse est **OUI**.

Outre le code des marchés publics, une collectivité territoriale lançant la procédure de passation d'un marché doit également veiller à respecter :

⇒ le code général des collectivités territoriales, plus particulièrement ses articles relatifs au contrôle de la légalité (la passation des marchés donnant lieu à délibérations des assemblées délibérantes et à décisions des exécutifs locaux) ;

⇒ le cas échéant, certaines dispositions législatives qui, bien qu'étant définies par des lois « indépendantes » du code des marchés publics, s'appliquent néanmoins à ceux-ci (ex : article 49-1<sup>1</sup> de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques).

On trouvera, en annexe du présent chapitre, l'inventaire de l'ensemble des principales dispositions législatives et réglementaires susceptibles de concerner, à un titre ou à un autre, les marchés publics.

<sup>1</sup> « Tout projet d'avenant à un marché... entraînant une augmentation du montant global supérieure à 10 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres... »

Enfin, **les élus locaux doivent constamment garder présent à l'esprit que, en matière de marchés publics :**

- **ils appliquent un droit défini au niveau de l'Union européenne ;**
- **et dont le champ d'application est plus large que celui du code français des marchés publics** (voir schéma en annexe du présent chapitre).

Pour certains de leurs organismes « satellites », ou pour certaines structures (ex : GIP, GIE, etc...) auxquelles elles participent, les collectivités territoriales peuvent donc être également amenées à appliquer **les dispositions législatives transposant, en droit français, les règles européennes pour les organismes concernés.**

\*

\* \*

## **ANNEXES**

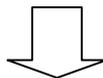
### (chapitre 1)

- 1 – Des traités européens au code français des marchés publics.....p. 18
- 2 – Les principales dispositions législatives et réglementaires relatives aux marchés publics et à la commande publique (autres que le code proprement dit).....p. 19
- 3 – Historique du droit français de la commande publique.....p. 22

*Comme les autres « pouvoirs adjudicateurs », les collectivités territoriales françaises doivent respecter les principes et les règles du droit européen de la commande publique qui sont, notamment, transposés en droit français par le code des marchés publics.*

**Traités européens**

Principes fondamentaux de l'Union européenne et du Marché intérieur

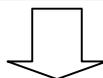


**Directives européennes relatives aux marchés publics**

a) Principes fondamentaux de la commande publique

**Egalité de traitement, non-discrimination et transparence:**

b) Définition des « pouvoirs adjudicateurs », des seuils et des règles applicables aux procédures formalisées de passation des marchés publics



**Droit français de la commande publique**

Code des marchés publics (Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004)	Dispositions législatives <sup>2</sup>	En cours (printemps 2004)
Transposition du droit communautaire pour les « pouvoirs adjudicateurs » suivants :  - l'Etat et ses établissements publics administratifs ;  - les collectivités territoriales et leurs établissements publics de toute nature ;  - leurs mandataires.	- <b>Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991</b> relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ;  - <b>Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992</b> relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ;  - <b>Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993</b> relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique ;	<b>Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit</b>  « Partenariat Public-Privé » Le gouvernement est autorisé à créer par ordonnance « <b>de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions. Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de</b>

<sup>2</sup> Transposition des directives européennes pour les « pouvoirs adjudicateurs » non soumis au code des marchés publics.

	<p>- <b>Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001</b> portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF).</p>	<p><i>mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants ».</i></p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------

*PRINCIPALES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES  
RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS ET À LA COMMANDE PUBLIQUE*

*Source : Ministère de l'économie et des finances <sup>3</sup>*

=> **Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975** relative à la sous-traitance (*titres I<sup>er</sup> et II*)

=> **Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985** relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

**Décret n° 86-520 du 14 mars 1986** pris pour l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

**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

=> **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 (en application de l'article 31 du code des marchés publics)

=> **Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991** 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

**Décret n° 92-311 du 31 mars 1992** soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestations de services à des règles de publicité et de mise en concurrence (*articles 1<sup>er</sup> à 30*)

=> **Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992** relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications

**Décret n° 93-990 du 3 août 1993** relatif aux procédures de passation des contrats et marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*articles 1<sup>er</sup> à 32*)

**Arrêté du 20 septembre 2001** fixant les conditions dans lesquelles les attestations de conformité des procédures de passation et de mise en œuvre des marchés publics peuvent être délivrées aux organismes publics opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications

---

<sup>3</sup> Site Internet « Marchés publics » : [http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches\\_publics](http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches_publics)

=> **Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993** relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (**articles 38 à 50, et 88**)

**Décret n° 93-584 du 26 mars 1993** relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (**articles 1 à 18**)

=> **Loi n° 94-679 du 8 août 1994** portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (**article 67**)

=> **Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001** relative aux nouvelles régulations économiques (**articles 54 et 55**)

=> **Loi n° 97-210 du 11 mars 1997** relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal (**article 27**)

**Décret n° 2002-232 du 21 février 2002** relatif à mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics (en application de l'article 96 du code des marchés publics)

**Décret n° 2003-301 du 2 avril 2003** modifiant le code général des collectivités territoriales (fixant la liste des pièces justificatives exigées par les comptables avant de procéder au paiement d'une dépense)

**Décret n° 2001-738 du 23 août 2001** pris en application de l'article 17 du code des marchés publics et relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations économiques

**Décret n° 2001-739 du 23 août 2001** relatif aux commissions spécialisées des marchés

**Arrêté du 3 avril 2002** fixant les attributions et les seuils de compétence des commissions spécialisées des marchés

**Arrêté du 3 avril 2002** portant nominations à des commissions spécialisées des marchés

**Décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001** relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics

**Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001** pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques

**Décret n° 2002-692 du 30 avril 2002** pris en application du 1° et 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics

**Arrêté du 28 août 2001** relatif à la commission technique des marchés et aux groupes permanents d'étude des marchés

**Arrêté du 28 août 2001** pris en application de l'article 42 du code des marchés publics et fixant la liste des mentions devant figurer dans le règlement de la consultation

**Arrêté du 26 février 2004** pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

**Arrêté du 9 février 1994** relatif aux seuils de publicité des marchés publics et de certains contrats soumis des règles de publicité (*articles 3, 3-1, 4 à 7, 7-1 et 8*)

Marchés de l'Etat	Marchés des communes	Marché des départements
<p>- Loi de finances du 31 janvier 1833 (article 12)</p> <p>- Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat</p>	<p>- Ordonnance royale du 14 novembre 1837</p> <p>- Loi municipale du 5 avril 1884 (reprise de l'ordonnance de 1837. Les marchés des communes sont approuvés par le préfet)</p>	<p>- Loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux (les marchés des départements sont passés par le préfet)</p> <p>- Décret du 12 juillet 1893 sur la comptabilité départementale (étend aux départements les dispositions du décret de 1882 relatif aux marchés de l'Etat)</p>
<p>- Décret n° 1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat</p>	<p>- Décret-loi du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'Etat aux marchés des collectivités locales <sup>4</sup></p> <p>- Ordonnance n° 45-2707 du 2 novembre 1945 relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance et d'assistance (modifiée par la loi n° 47-1626 du 15 septembre 1947, codifiée par le décret n° 57-657 du 22 mai 1957 relatif au code de l'administration communale)</p>	
<p>- Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat</p>		<p>- Décret n° 57-250 du 28 février 1957 relatif à la passation des marchés départementaux</p>

<sup>4</sup> *Habilitation* donnée au pouvoir réglementaire pour procéder à cette extension.

	<p><b>Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux</b> (consolidation de la réglementation applicable aux marchés des collectivités locales)</p>	
<p>- <b>Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant co-définition des textes réglementaires relatifs aux marchés publics</b> (ou l'Etat)</p>		
<p>- <b>Décrets n° 66-887 et 66-888 du 28 novembre 1966 modifiant et complétant le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 (modifié) portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics.</b> Création du code des marchés publics au sens moderne du terme (livres III et IV : insertion, dans le code des marchés de l'Etat issu du décret de 1964, des dispositions relatives aux marchés des collectivités locales)</p>		
<p>- <b>Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975</b> relative à la sous-traitance</p> <p>- <b>Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985</b> relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée</p> <p>- <b>Décret n° 89-236 du 17 avril 1989</b> modifiant le code des marchés publics (insertion du livre V : mesures de publicité et de mise en concurrence applicables à certains marchés de fournitures, de travaux et de services)</p> <p>- <b>Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991</b> relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence</p> <p>- <b>Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992</b> relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications</p> <p>- <b>Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993</b> relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques</p> <p>- <b>Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001</b> portant code des marchés publics (nouveau code des marchés publics)</p>		
<p>- <b>Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001</b> relative aux nouvelles régulations économiques (articles 54 et 55)</p> <p>- <b>Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001</b> portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (titre I)</p> <p>- <b>Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002</b> d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (article 3)</p> <p>- <b>Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002</b> d'orientation et de programmation pour la justice (article 3)</p>		

- **Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003** habilitant le gouvernement à simplifier le droit (articles 5 et 6)

- **Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004**



## 2. QUI DÉCIDE EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS ?

Articles 5, 20, 70 et 78

### L'essentiel

=> **La collectivité territoriale** pour laquelle est conclu le marché est la « *personne publique* » visée dans le code des marchés publics.

=> **L'assemblée délibérante** détermine le **niveau** (administratif ou fonctionnel) auquel les besoins de **fournitures** et de **services** de la collectivité sont évalués. Elle autorise l'exécutif local à signer le contrat avec l'attributaire du marché. Elle délègue à l'exécutif local la passation des marchés relevant de la « procédure adaptée » (article 28).

=> **L'exécutif local** est la « *personne responsable du marché* » chargée de la passation des marchés pour le compte de cette personne publique. A ce titre, il met en œuvre les procédures de passation des marchés, les signe, et veille à leur exécution.

=> La **commission d'appel d'offres attribue les marchés publics** de la collectivité territoriale.

=> Toutefois, **l'exécutif local attribue**, par délégation **explicite** de l'assemblée délibérante, **les marchés dont le montant est inférieur aux seuils des procédures obligatoires** (marchés

passés selon la procédure adaptée de l'article 28).

### 2.1. QUI DÉTERMINE LES BESOINS À SATISFAIRE PAR LA PASSATION D'UN MARCHÉ PUBLIC ?

Comme dans l'ancien code (2001), l'article 5 du nouveau code des marchés publics réaffirme l'importance de la définition précise et préalable, par la personne publique, de ses besoins avant l'engagement de la procédure de passation du marché correspondant. Une parfaite évaluation des besoins n'est d'ailleurs pas seulement **une obligation légale** (posée par les articles 1<sup>er</sup> et 5 du code) s'appliquant à tous les marchés publics, mais également une condition essentielle pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques.

a) *Qui définit les besoins de l'acheteur public ?*

Pour un marché donné, **la définition préalable des besoins relève de la compétence** de la « *personne responsable du marché* » c'est-à-dire, s'agissant des collectivités territoriales, et dans la plupart des cas, de **l'exécutif local** (assisté des services).

b) *Qui définit le « niveau auquel les besoins de services et de fournitures » sont appréciés ?*

Nouveauté du code des marchés publics 2004, l'acheteur public peut désormais « déconcentrer », d'un point de vue administratif et fonctionnel, l'appréciation de ses besoins de **services** et de **fournitures**.

En effet, le nouveau code prévoit (article 5 – II) :

*« qu'il appartient à la personne publique (cette notion correspond à celle de « pouvoir adjudicateur » en droit communautaire qui comprend l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes de droit public au sens du droit communautaire) de déterminer le niveau auxquels les besoins doivent être pris en compte et appréciés au regard des seuils fixés pour la passation des marchés publics.*

*« Le niveau de prise en compte des besoins se situe normalement au niveau de la personne publique (collectivité territoriale) elle-même. Le choix de tout niveau inférieur d'agrégation doit être justifié par des éléments objectifs. » 5*

L'article 5 du code des marchés publics précise que la « déconcentration » administrative et fonctionnelle de l'appréciation des besoins relève de « l'autorité compétente ».

Pour les collectivités territoriales, cette **À noter** « autorité compétente » est **l'assemblée délibérante**. La (ou les) personne(s) responsable(s) du

<sup>5</sup> Circulaire d'application du nouveau code des marchés publics (janvier 2004).

marché ont alors pour mission de passer les marchés en fonction des niveaux ainsi prédéfinis <sup>6</sup>.

## **2.2. COMBIEN DE DÉLIBÉRATIONS SONT-ELLES JURIDIQUEMENT NÉCESSAIRES POUR LA PASSATION D'UN MARCHÉ PUBLIC ?**

a) *Pour les marchés publics dont le montant est supérieur ou égal à 230.000 euros HT (code 2004)*

Au regard des dispositions du code des marchés publics et du code général des collectivités territoriales, il s'avère que, **juridiquement, une seule délibération est nécessaire**. Toutefois, pour être régulière, cette délibération :

- **doit porter sur l'acte d'engagement tel qu'il sera signé**, indiquant notamment l'identité des parties et le montant des prestations ;

- et doit donc intervenir **à la fin de la procédure** de passation, **après** le choix de l'attributaire du marché, **mais avant** la signature du contrat par l'exécutif local.

Ainsi :

- est **illégal**e une délibération unique intervenant **en début de procédure** et par laquelle l'assemblée délibérante autorise l'exécutif local à signer le contrat sans connaître les termes définitifs du marché ni son attributaire final ;

<sup>6</sup> Précisions fournies par M. Grand d'Esnon, directeur des affaires juridiques au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie à l'occasion d'un débat en ligne sur Internet en janvier 2004.

- en revanche, l'exécutif local n'est pas **juridiquement** tenu d'obtenir l'autorisation préalable de l'assemblée délibérante avant de lancer une procédure d'appel d'offres (*Conseil d'Etat – 4 avril 1997 – Préfet du Puy-de-Dôme C/ Commune d'Orcet*).

L'exécutif local doit néanmoins obtenir l'accord préalable de l'assemblée délibérante avant de lancer une procédure de consultation **lorsque celle-ci peut, à elle seule, entraîner une dépense pour la collectivité concernée.** Tel est le cas, par exemple, pour le lancement d'une **procédure de concours** (qui se traduit par l'attribution d'une prime aux candidats ayant présenté une offre).

**Contrairement à ce qui a été parfois affirmé, l'arrêt « commune de Montélimar » de la Cour administrative d'appel de Lyon (en date du 5 décembre 2002) n'a nullement remis en cause le principe de la délibération unique.** Comme le confirme son interprétation ministérielle (voir encadré ci-après), cet arrêt a simplement rappelé les conditions à respecter pour que cette délibération unique soit juridiquement conforme au code des marchés publics et au code général des collectivités territoriales.

**L'interprétation ministérielle  
de  
l'arrêt « commune de Montélimar »**

**Réponse de M. Patrick Devedjian, ministre délégué aux libertés locales, à la question orale de M. Robert Lamy, député (Journal Officiel du 28 janvier 2004).**

*« Vous m'interrogez sur l'arrêt « commune de Montélimar » de la Cour administrative d'appel de Lyon du 5 décembre 2002 concernant l'obligation d'une délibération du conseil municipal pour signer un marché. Cet arrêt précise que l'exécutif ne peut contracter au nom de la collectivité locale que si la délibération approuve l'acte d'engagement tel qu'il sera signé, en indiquant notamment l'identité des parties et le montant des prestations.*

*« L'article 72 de la Constitution dispose que « les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus ». La conséquence de cette obligation, c'est que l'autorisation donnée par l'assemblée délibérante à l'exécutif de signer le marché doit reposer sur une information pleine et entière des élus.*

*« Cette jurisprudence rappelle, en fait, que la seule délibération obligatoire est celle qui approuve l'acte d'engagement avant la signature du contrat. En revanche, la délibération prise au début de la procédure et autorisant son lancement n'est nullement requise.*

*« Une seule délibération – non la première, comme on le croit souvent, mais la dernière – est donc juridiquement nécessaire, à savoir celle par laquelle l'assemblée délibérante habilite l'exécutif à signer le marché, à la fin de la procédure.*

*« Une évolution législative ne paraît donc pas nécessaire face à ces jurisprudences qui sont claires. »*

Bien entendu, les règles exposées ci-dessus constituent le **À noter** **minimum légal** que doit obligatoirement respecter, en matière de délibérations, une collectivité territoriale lors de la passation d'un marché public. **Rien interdit donc à un exécutif local, dans un souci de bonne gestion ou d'information de l'assemblée délibérante, de prévoir des délibérations supplémentaires** (afin, par exemple, de s'assurer de l'accord de l'assemblée délibérante sur le principe ou l'objet même du marché avant de lancer la procédure de passation correspondante).

Enfin, il convient de rappeler que, dans **les communes de 3500 habitants et plus** : « *si la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté à la mairie par tout conseiller municipal dans les conditions fixées par le règlement intérieur* » (article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales).

*b) Pour les marchés dont le montant est inférieur à 230.000 euros HT (code 2004)*

Ces marchés peuvent être passés selon la « procédure adaptée » prévue à l'article 28 du code. Il s'agit des marchés « *pouvant être passés sans formalités préalables* »<sup>7</sup> en raison de leur montant, et visés aux articles L. 2122-22 (communes), L. 3221-11 (départements) et L. 4231-8 (régions) du code général des collectivités territoriales.

<sup>7</sup> Cette terminologie fait référence à l'ancien code des marchés publics (2001) ; elle est donc aujourd'hui dépassée.

En application des articles précités, **ces marchés sont passés et attribués, dans le nécessaire respect des principes généraux définis par le code des marchés publics, par l'exécutif local.** « *Aucune délibération précise n'est donc nécessaire dans ce cas* », que ce soit pour le choix de l'attributaire du marché ou la signature du contrat (réponse de M. Patrick Devedjian susmentionnée en date du 28 janvier 2004).

Toutefois, **pour être légale et régulière**, la passation, par l'exécutif local, des marchés selon la « procédure adaptée » doit notamment respecter les conditions exigées par le code général des collectivités territoriales, à savoir :

- d'une part, **une délégation préalable de l'assemblée délibérante**, valable pour la durée du mandat de l'exécutif local (ce qui suppose **qu'une délibération a bien été votée en ce sens** ; à défaut, un marché passé par l'exécutif local selon la procédure adaptée serait susceptible d'annulation) ;

- et, d'autre part, **des crédits déjà inscrits au budget de la collectivité concernée.**

**Exemple de délibération pouvant être adoptée par une assemblée délibérante pour déléguer à l'exécutif local les marchés relevant de la « procédure adaptée »**

*« Décide, en application de l'article - L. 2122-22 (conseil municipal) – L. 3221-11 (conseil général) – L. 4231-8 (conseil régional) du code général des collectivités territoriales, que le maire (le président) est chargé pour la durée de son mandat de prendre toute décision concernant la préparation, la passation,*

*l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget, et conformément aux dispositions de l'article 28 du code des marchés publics. »*

**Par ailleurs, l'exécutif local doit obligatoirement rendre compte à l'assemblée délibérante des marchés qu'il a conclus à ce titre (et, s'agissant du département et de la région, en informer la commission permanente).**

**À noter** En cas de **concours** (article 70 du code), **c'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché** à l'un des lauréats du concours.

### **2.3. QUEL EST LE RÔLE DE L'EXÉCUTIF LOCAL ?**

L'exécutif local est l'autorité compétente pour signer les contrats d'une collectivité territoriale. **Sauf délégation** dans les conditions autorisées par le code général des collectivités territoriales (*voir point 2.4 ci-après*), il est donc la « *personne responsable du marché* » au sens de l'article 20 du code des marchés publics.

L'exécutif local exerce ainsi l'ensemble des attributions de la personne responsable du marché (*voir leur détail dans le tableau en annexe du présent chapitre*). Il est chargé de « *mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés. (II) signe les marchés* » (article 20 du code). Son rôle est alors « *de choisir, dans*

*le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat approprié et de la mener à bien sous sa responsabilité* ». <sup>8</sup>

Rappelons, en outre, que l'exécutif local **attribue**, par délégation explicite de l'assemblée délibérante, les marchés dont le montant est inférieur aux seuils des procédures obligatoires (marchés passés selon la procédure adaptée de l'article 28).

**En matière de marchés publics, le président d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) n'est pas titulaire d'attributions plus larges que celles d'un maire**

Réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à la question écrite de M. Jacques Dériot, sénateur (JO Sénat du 2 octobre 2003)

*« L'article L. 5211-2 du code général des collectivités territoriales édicte que les dispositions du chapitre II du titre II du livre I de la deuxième partie relatives aux maires et aux adjoints sont applicables au président et aux membres de l'organe délibérant des établissements publics de coopération intercommunale.*

*« L'article L. 5211-10 du même code dispose que le président d'un établissement public de coopération intercommunale peut recevoir, par principe, délégation d'une partie des attributions de l'organe délibérant à l'exception de certains domaines strictement énoncés.*

<sup>8</sup> Circulaire d'application du nouveau code des marchés publics (janvier 2004).

« La passation, l'exécution et le règlement des marchés publics ne figurent pas dans la liste limitative de ces exceptions énumérées à l'article L. 5211-10 précité.

**« Par conséquent, les dispositions de l'article L. 2122-22-4 du même code en ce qu'elles organisent la délégation, au profit du maire, de la préparation, de la passation, de l'exécution et du règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant sont applicables au président d'un établissement public de coopération intercommunale comme l'a indiqué le jugement du tribunal administratif de Nantes en date du 17 décembre 2002.**

#### **2.4. L'EXÉCUTIF LOCAL PEUT-IL DÉLÉGUER À UN AGENT TERRITORIAL SES COMPÉTENCES DE « PERSONNE RESPONSABLE DU MARCHÉ » ?**

*a) Une possibilité de délégation offerte par le nouveau code des marchés publics (2004)*

Dans les collectivités territoriales, on l'a vu, la personne responsable du marché, et l'autorité habilitée, par l'assemblée délibérante, pour signer ce marché, est l'exécutif local.

Or, nouveauté du code des marchés publics 2004 (troisième alinéa de l'article 20) : « l'autorité compétente pour conclure les

**marchés désigne, le cas échéant, d'autres personnes responsables du marché »<sup>9</sup>.**

Cette désignation de plusieurs PRM au sein d'une même entité publique doit notamment tenir compte du niveau préalablement fixé, en application de l'article 5 du code, pour l'appréciation des besoins de fournitures et de services de cette personne publique (voir 2.1. b) ci-dessus). La ou les personnes responsables du marché ont alors pour mission de passer les marchés en fonction des niveaux ainsi prédéfinis.

**Toutefois, la multiplication éventuelle des niveaux d'appréciation des besoins et des personnes responsables du marché ne doit pas avoir pour objectif de contourner les seuils et les règles des procédures obligatoires.**

*b) Une nouvelle possibilité d'un intérêt limité pour les collectivités territoriales ?*

La nouvelle possibilité offerte par le troisième alinéa de l'article 20 du code des marchés publics autorise-t-elle un exécutif local à désigner **des agents territoriaux** en tant que « PRM déléguées » ?

Interrogé à ce sujet, **M. Grand d'Esnon, directeur des affaires juridiques au ministère de l'économie et des finances** a eu l'occasion de fournir les précisions suivantes :

- l'exécutif local peut désigner plusieurs personnes responsables du marché si la situation le justifie, mais en respectant, alors, « **les conditions strictes définies par**

---

<sup>9</sup> Cette délégation de compétence ou de signature doit préciser les catégories et les montants de marchés pour lesquels elle est attribuée (article 20).

*le code général des collectivités territoriales* » ;

- en conséquence, pourraient être ainsi désignées **uniquement les agents territoriaux à qui l'exécutif local peut déléguer sa signature dans les conditions définies par le code général des collectivités territoriales** (dans une commune, par exemple : le directeur général des services, le directeur général adjoint des services de mairie, le directeur général et le directeur des services techniques).

En effet, et conformément aux dispositions de ce code, l'exécutif local ne peut procéder qu'à une délégation de signature (et non à une délégation de compétence) en faveur des agents de direction de la collectivité concernée.

Or, **le rôle de la PRM dans la passation d'un marché public dépasse la simple signature du contrat** (rappel : un inventaire des principales fonctions d'une PRM est présentée en annexe du présent chapitre).

La « zone d'ombre » ainsi constatée entre, d'une part, la possibilité de délégation reconnue à la PRM dans le code des marchés publics et, d'autre part, la portée (et les limites) de la délégation de signature que peut accorder l'exécutif local à certains agents de direction du fait des dispositions du code général des collectivités territoriales, **conduit d'ores et déjà divers juristes et praticiens de la commande publique à affirmer que la désignation, au sein d'une même personne publique, de plusieurs fonctionnaires en tant que personnes responsables du marché « délégués » ne concerne que l'Etat, et ne peut pas**

**s'appliquer, sous peine d'illégalité, aux collectivités territoriales.**

La présente étude se gardera, pour l'instant, de trancher à ce sujet. La direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances a toutefois été saisie de cette question.

En toute hypothèse, et dans l'attente d'un éclaircissement qui sera le bienvenu à ce sujet, il convient de rappeler que, selon les termes mêmes du code général des collectivités territoriales, la délégation de signature des exécutifs locaux aux agents de direction se fait **sous leur surveillance et sous leur responsabilité.**

En matière de marchés publics, cela signifie que, même en cas de délégation de **signature**, l'exécutif local continue à assumer la responsabilité (notamment pénale) de la passation et de la signature des marchés correspondants.

## **2.5. QUEL EST LE RÔLE DE LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES ?**

Pour les collectivités territoriales, et sauf exceptions expressément autorisées par le code des marchés publics, la commission d'appel d'offres est **l'instance de droit commun pour attribuer le marché.** Elle choisit l'offre qui se révèle être économiquement la plus avantageuse au regard des critères préalablement définis par l'acheteur public.

Le nouveau code des marchés publics (2004) a apporté diverses modifications

aux règles d'organisation et de fonctionnement de la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales, et notamment :

- la constitution d'au moins une commission d'appel d'offres à **caractère permanent**. Toutefois, une commission spécifique peut aussi être constituée pour la passation d'un marché déterminé ;

- la participation, à **condition d'y être invités par le président de la commission d'appel d'offres** (code 2001 : convocation obligatoire), et avec voix consultative, **du comptable public et d'un représentant du directeur général de la concurrence**, de la consommation et de la répression de fraudes ;

- la **précision de la composition « minimale exigée » pour la commission d'appel d'offres d'un établissement public intercommunal** ou d'un syndicat mixte, quand le nombre de membres normalement prévu ne peut être atteint (article 22-I-e).

Enfin, la commission d'appel d'offres peut désormais **faire appel au concours des agents** de la collectivité territoriale **qui sont compétents en matière de droit des marchés publics**.

L'annexe 2 du présent chapitre présente, en détail, la composition de la commission d'appel d'offres, telle que définie dans le nouveau code des marchés publics.

## ***TERRITORIALES SONT-ILS SOUMIS AU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ?***

*a) Le principe : sauf exceptions, tous les marchés publics doivent désormais être soumis au contrôle de légalité*

Conformément aux dispositions du code général des collectivités territoriales et du code des marchés publics, et sauf exceptions (cf : ci-après), **tous les conventions** relatives aux marchés publics des collectivités locales doivent désormais être soumises au contrôle de légalité.

En effet, la loi « MURCEF » de 2001 a qualifié, par définition, **tous les marchés publics de « contrats administratifs »**. Elle ainsi fait disparaître la catégorie particulière des marchés publics pouvant être qualifiés, du fait de leur objet, de « contrats de droit privé » par le juge administratif.

En conséquence, **la dérogation à l'obligation de transmission au contrôle de légalité, prévue par le code général des collectivités territoriales** à propos des actes des personnes publiques relevant du droit privé, **ne peut plus jouer en ce qui concerne les marchés publics**, puisqu'il n'existe plus, par définition, de marchés publics pouvant prendre la forme de contrats de droit privé.

Il convient également de rappeler que, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette obligation de transmission concerne également **les contrats signés par la mandataire d'une collectivité territoriale** (par exemple un maître d'ouvrage délégué).

## ***2.6. TOUS LES MARCHÉS PUBLICS DES COLLECTIVITÉS***

b) *Les exceptions : certains marchés publics ne sont pas, toutefois, soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département, à savoir :*

- d'une part, **les marchés relevant de la « procédure adaptée »**, c'est-à-dire ceux dont le montant est **inférieur à 230.000 euros HT**. Il convient de souligner que ces marchés ne sont pas soumis au contrôle de légalité, même dans le cas ils ont été passés selon la procédure d'appel d'offres (précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances) ;

En revanche, la **délibération** par laquelle l'organe délibérant a **À noter** donné à l'exécutif local **délégation générale pour passer et exécuter ces marchés** pendant toute la durée de son mandat doit être soumise au **contrôle de légalité**.

- d'autre part, **les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige** (article 78 du code des marchés publics).

**Contrôle de légalité des marchés publics des collectivités territoriales**

Les règles définies par la jurisprudence du Conseil d'Etat

**La délibération de l'organe délibérant autorisant l'exécutif local à signer le contrat doit être transmise au contrôle de légalité avant la signature dudit contrat**

Conformément aux dispositions du code général des collectivités territoriales,

doivent être soumises au contrôle de légalité, d'une part, la délibération par laquelle l'assemblée délibérante autorise l'exécutif local à signer le contrat et, d'autre part, la convention correspondante. Or, dans un avis en date du 10 juin 1996, le Conseil d'Etat a estimé que :

*« 1° -(...) L'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité dudit contrat ou, s'agissant d'un contrat privé, de la décision de signer le contrat.*

*« 2° - Entachés d'illégalité, de tels contrats de droit public ou, s'agissant de contrats de droit privé, les décisions de les signer **ne peuvent être régularisés ultérieurement par la seule transmission au préfet de la délibération du conseil municipal.** »*

Le Conseil d'Etat a confirmé, au contentieux, cet avis (20 octobre 2000 – Citécâble EST) :

*« Considérant qu'aux termes du I de l'article 2 de la loi susvisée du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, ultérieurement codifié à l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales, « les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement » ;*

*« qu'il résulte de l'instruction que la **délibération du conseil municipal** du 13 septembre 1990 autorisant le maire à signer avec la société CITECABLE EST le contrat de concession précité du 17 septembre 1990 a été transmise au représentant de l'Etat postérieurement à cette signature ; que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer le contrat précité avant la date à laquelle le maire a procédé à sa conclusion entraîne l'illégalité de ce contrat ; que ce contrat n'a pu être régularisé ultérieurement par la seule transmission au représentant de l'Etat de la délibération du conseil municipal ; qu'il y a donc lieu de constater la nullité dudit contrat ; »*

## **ANNEXES**

### **(Chapitre 2)**

- Inventaire des principales fonctions de la personne responsable du marché dans le nouveau code des marchés publics (2004)  
..... p. 34
- Composition des commissions d'appel d'offres des collectivités territoriales et de leurs établissements (article 22 du nouveau code des marchés publics)..... p. 36

*INVENTAIRE DES PRINCIPALES FONCTIONS DE LA PERSONNE RESPONSABLE DU MARCHÉ DANS LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS (2004)*

Articles du code	Fonctions de la personne responsable du marché (PRM)
<b>8</b>	<b>Groupements de commandes</b> : la PRM de chaque membre du groupement, pour ce qui la concerne, signe le marché et s'assure de sa bonne exécution
<b>10</b>	<b>Marché allotti</b> : la PRM choisit entre le marché unique ou le marché allotti en fonction des avantages procurés par chacune de ces deux solutions
<b>13</b>	<b>Cahier des charges</b> : La PRM décide de faire référence ou non aux documents généraux (cahier des clauses administratives générales et cahier des clauses techniques générales)
<b>15</b>	<b>Marché reconductible</b> : la PRM décide ou non de reconduire le marché
<b>20</b>	<b>Définition de la « personne responsable du marché »</b>
<b>24</b>	<b>Commission de la procédure de dialogue compétitif</b> : la PRM désigne, en raison de leur compétence, les personnalités s'ajoutant aux membres de la commission d'offres de droit commun. Le nombre de ces personnalités est égal au tiers des membres de la commission ainsi créée.
<b>25</b>	<b>Jury de concours</b> : la PRM peut désigner des personnalités qualifiées (dans la limite de 5) pour être membres du jury
<b>28</b>	<b>Marchés passés selon la procédure adaptée</b> : la PRM définit leurs modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques
<b>33</b>	<b>Appel d'offres</b> : la PRM choisit entre l'appel d'offres ouvert ou l'appel d'offres restreint
<b>35-I 1°)</b>	<b>Marchés négociés engagés après un appel d'offres infructueux</b> : la PRM peut décider de ne négocier qu'avec les candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, et à condition que les conditions initiales du marché ne soient pas modifiées, elle est dispensée de procéder à une nouvelle mesure de publicité

<b>40</b>	<b>Publicité des marchés inférieurs à 90.000 euros HT</b> : la PRM choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature du marché
<b>49</b>	<b>Présentation des offres</b> : la PRM peut exiger que les offres soient accompagnés d'échantillons ainsi que d'un devis descriptif
<b>52</b>	<b>Sélection des candidatures</b> : avant de procéder à l'examen des candidatures, et si la PRM constate que les pièces dont la production étaient réclamées sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander <b>à tous les candidats</b> de produire ou de compléter ces pièces (dans un délai identique)
<b>53</b>	<b>Attributaire choisi ne pouvant fournir les justificatifs exigés à l'article 46 du code</b> : la PRM prononce son élimination et présente la même demande au candidat suivant dans la liste de classement des offres
<b>58</b>	<b>Appel d'offres ouvert</b> : La PRM ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et en enregistre le contenu Elle peut demander aux candidats de produire ou de compléter les pièces demandées
<b>59</b>	<b>Appel d'offres ouvert</b> : la PRM peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché  <b>La PRM peut, à tout moment, décider de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général</b>
<b>61</b>	<b>Appel d'offres restreint</b> : La PRM ouvre l'enveloppe relative aux candidatures Elle peut demander aux candidats de produire ou de compléter les pièces demandées Elle dresse, après avis de la commission d'appel d'offres, la liste des candidats autorisés à présenter une offre
<b>62</b>	<b>Appel d'offres restreint</b> : la PRM adresse à tous les candidats retenus une lettre de consultation pour les inviter à présenter une offre
<b>64</b>	<b>Appel d'offres restreint</b> : la PRM peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques

	<p>substantielles, notamment financières, du marché</p> <p><b>La PRM peut, à tout moment, décider de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général</b></p>
66	<p><b>Procédures négociées</b> : la PRM dresse la liste des candidats invités à négocier (lettre et, le cas échéant, dossier de consultation)  Elle engage les négociations avec les candidats de son choix ayant présenté une offre  Elle peut mettre fin à la procédure pour motif d'intérêt général  Elle soumet au choix de la commission d'appel d'offres, et pour l'attribution du marché, une proposition de classement des offres</p>
67	<p><b>Dialogue compétitif</b> : la PRM sélectionne les candidats admis à présenter une proposition et engage avec chacun d'eux le dialogue compétitif  Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la PRM invite les candidats finalement retenus à remettre leur offre  Elle présente à la commission d'appel d'offres du dialogue compétitif un rapport précis et détaillé du déroulement et du contenu des négociations</p>
69	<p><b>Conception-réalisation</b> : la PRM arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation</p>
70	<p><b>Concours</b> : la PRM ouvre les enveloppes relatives aux candidatures et enregistre le contenu  Elle arrête la liste des candidats admis à concourir  Elle enregistre les prestations demandées et prépare les travaux du jury</p>
75	<p><b>Achèvement de la procédure de passation</b> : la PRM élabore le rapport de présentation du projet de marché ou d'avenant (dont le contenu est défini à l'article 75)</p>
77	<p><b>Communication des motifs de rejet aux candidats non retenus</b> : la PRM communique, sur la demande de tout candidat écarté, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre</p>
78	<p><b>Notification du marché</b> : la PRM notifie la marché à son titulaire (pour les collectivités territoriales : <b>après</b> transmission au contrôle de légalité)</p>
87	<p><b>Avances</b> : la PRM peut prévoir dans le marché le versement d'une avance forfaitaire dans les cas où celle-ci n'est pas obligatoire</p>

COMPOSITION DES COMMISSIONS D'APPEL D'OFFRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS ÉTABLISSEMENTS

Article 22 du nouveau code des marchés publics (2004)

(En grisé: principales modifications par rapport au code 2001)

Collectivités – Etablissements publics locaux	Membres ayant voix délibérative		Membres ayant voix consultative	
	Composition	Mode d'élection ou de désignation	De plein droit	Sur invitation du président de la CAO
<b>Région</b>	- président : maire, président du conseil général ou régional (ou son représentant)	Election par l'organe délibérant scrutin de liste sans panachage ni vote préférentiel  et représentation proportionnelle au plus fort reste	- représentant du service technique compétent pour suivre l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité lorsque la réglementation l'exige ou si travaux subventionnés par l'Etat	- <b>comptable public</b>  - <b>représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</b>
<b>Département</b>	- 5 membres élus au sein du conseil municipal, général ou régional - 5 suppléants			
<b>Commune de 3500 habitants et plus</b>	- président : maire (ou son représentant) - 3 membres élus au sein du conseil municipal - 3 suppléants			
<b>Commune de moins de 3500 habitants</b>	- président : président de l'EPCI ou du syndicat mixte (ou son représentant) - nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la	Election par l'organe délibérant <b>scrutin de liste sans panachage ni vote préférentiel</b>	- personnalités désignées par le président de la CAO en raison de leur compétence dans la matière qui fait objet de l'appel d'offres.	
<b>Etablissement public de coopération intercommunale ou syndicat mixte</b>				

	<p>collectivité au nombre d'habitants le plus élevé</p> <p><b>Si ce nombre ne peut être atteint =&gt; au minimum : un président et 2 membres</b></p> <p>- nombre égal de suppléants</p>	<p><b>=&gt; ne s'applique pas aux EPCI ou aux syndicats mixtes dont l'organe délibérant comporte moins de 5 membres</b></p>		
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

**Composition des commissions d'appel d'offres des collectivités territoriales et de leurs établissements (suite)**  
**Article 22 du nouveau code des marchés publics (2003)**

(En grisé: principales modifications par rapport au code 2001)

Collectivités – Etablissements publics locaux	Membres ayant voix délibérative		Membres ayant voix consultative	
	Composition	Mode d'élection ou de désignation	De plein droit	Sur invitation
<b>Autre établissement public local</b>	- président : représentant légal de l'établissement (ou son représentant) - 2 membres - 2 suppléants	Désignation par l'organe délibérant	Voir page précédente	Voir page précédente
<b>OPHLM ou OPAC soumis Aux règles de la comptabilité publique</b>	- président : représentant légal de l'établissement (ou son représentant) - 2 membres - 2 suppléants <b>Le représentant du ministre chargé du logement ne fait plus partie de la CAO</b>	Idem		
<b>Etablissement public de santé ou médico-social</b>	<p><b>La composition et le nombre de membres de la CAO sont fixés par le directeur de l'établissement après avis du conseil d'administration</b></p> <p>- président : le directeur ou son représentant</p> <p>- au moins : un membre désigné par le conseil d'administration en son sein ou parmi des personnalités qualifiées proposées par le directeur</p> <p>Chaque commission comporte un nombre impair de membres</p> <p>Le remplacement d'un membre titulaire peut se faire, « soit par un membre suppléant déterminé, soit</p>		- représentant du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales	

	<i>par un suppléant choisi parmi l'ensemble des représentants suppléants »</i>		
--	--------------------------------------------------------------------------------	--	--



### 3. QUELLES SONT LES PRINCIPALES ÉTAPES D'UN MARCHÉ PUBLIC ?

#### 3.1. PREMIÈRE ÉTAPE : LA PRÉPARATION DU MARCHÉ

<p><b>a) La définition préalable des besoins</b> (articles 1<sup>er</sup> et 5)</p>	<p><i>« Le choix de la procédure à mettre en œuvre se détermine en fonction du montant des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder en amont à une définition précise des besoins. De cette phase préalable essentielle dépend, d'une part, le choix de la procédure et, d'autre part, la réussite ultérieure du marché. »</i></p> <p><i>« Une bonne évaluation des besoins n'est pas simplement une obligation juridique mais est d'abord une condition impérative pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques (...) »</i></p> <p><i>« Il peut arriver que l'acheteur ait des difficultés à déterminer son besoin. Lorsque l'incertitude porte à la fois sur les objectifs à atteindre et sur les moyens d'y parvenir, l'acheteur peut recourir soit à la procédure des marchés de définition, soit à la procédure de dialogue compétitif. »</i></p> <p><i>« Lorsque l'incertitude porte sur l'étendue des besoins à satisfaire, l'acheteur peut faire usage soit du marché à bons de commande, soit du marché à tranches. »<sup>10</sup></i></p>
<p><b>b) Marché « isolé », groupement de commandes ou centrale d'achats ?</b> (articles 8 et</p>	<p><i>« Les acheteurs publics peuvent, en fonction de leurs attentes, notamment économiques, faire le choix d'acheter seuls, soit de se grouper ou encore de</i></p>

<sup>10</sup> Circulaire d'application du nouveau code des marchés publics. Sauf indication contraire, les citations figurant dans le présent chapitre sont extraites de cette circulaire.

<p>9)</p>	<p><b>recourir à une centrale d'achats.</b> Ce choix doit être guidé par le souci permanent d'abaisser les prix et les coûts de gestion.</p> <p>« <b>Les groupements (article 8)</b>, dépourvus de personnalité morale, permettent aux acheteurs publics de coordonner et de regrouper leurs achats pour, par exemple, <b>réaliser des économies d'échelle</b>. Ils permettent également à plusieurs maîtres d'ouvrage de se regrouper pour choisir le ou les mêmes prestataires. Ils peuvent concerner tous les types de marchés, mais sont <b>particulièrement adaptés au domaine des fournitures courantes</b>.</p> <p>« Le code prévoit <b>plusieurs degrés, plus ou moins larges, de participation des membres à un groupement de commandes (...)</b></p> <p>« L'acheteur peut aussi décider de ne pas procéder lui-même aux procédures de passation des marchés mais de <b>recourir à une centrale d'achat</b>. Le recours direct à une centrale d'achat est en effet autorisé par le code (<b>article 9</b>), à la condition toutefois que la centrale d'achat respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le code. »</p>
<p><b>c) Marché unique ou marché alloti ?</b></p>	<p>« <b>C'est la personne responsable du marché qui décide de passer un marché unique ou séparé en lots.</b> Pour se faire, elle procède à une analyse des avantages économiques, financiers et techniques que chacune de ces formes de marchés procure.</p> <p>« <b>L'allotissement</b> est utile lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes (...)</p> <p>« l'allotissement est un procédé qui permet également d'étendre le champ de la concurrence à des entreprises compétitives qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité du marché.</p> <p>« <b>L'enjeu d'un allotissement efficace est d'en définir le niveau adéquat pour ouvrir la</b></p>

	<p><i>concurrence tout en bénéficiant d'économies d'échelle (...)</i></p> <p><i>« Lorsque l'acheteur public n'a pas la capacité technique de coordonner les actions des titulaires des différents lots, ou lorsque des économies d'échelle le justifient, il sera préférable de conclure un marché unique.</i></p> <p><i>« Si l'acheteur a recours à un marché global ayant pour objet à la fois la construction et la maintenance d'un ouvrage, il devra faire apparaître de manière séparée leurs coûts afin de distinguer les dépenses liées à l'investissement de celles liées à la maintenance et à l'exploitation, sans qu'il soit possible de compenser l'un par l'autre. Le fait de surévaluer les dépenses d'exploitation constitue un paiement différé interdit par le code des marchés publics. »</i></p>
<p><b>d) La détermination des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 53)</b></p>	<p><b>La liste des critères de choix mentionnés à l'article 53-II du code est-elle limitative ?</b></p> <p><i>« Les critères de choix des offres, mentionnés à l'article 53 du code des marchés publics, sont donnés à titre informatif. Il n'est pas impératif de recourir systématiquement à un critère de cette liste, d'autant que la liste, introduite par « notamment », n'est pas limitative. De plus, le troisième alinéa de l'article 53 précise expressément que d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.</i></p> <p><i>« Par conséquent, il appartient à la personne publique, en fonction de l'objet du marché, de déterminer quel est l'ensemble de critères le mieux adapté au jugement des offres qu'elle souhaite recevoir.</i></p> <p><i>« Il convient de rappeler qu'en application de l'article 1er du code des marchés publics, la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est une obligation qui s'impose à elle en tant qu'acheteur public. Il s'ensuit que la</i></p>

*personne publique peut parfaitement retenir des critères de jugement des offres ne figurant pas, au sens strict, dans la liste de l'article 53. Elle peut ainsi choisir d'ajouter un critère esthétique à l'ensemble des critères qu'elle juge pertinents, dès lors que ce critère remplit les conditions dégagées par la jurisprudence tant nationale que communautaire.*

*« Pour cela, les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse pris en compte par la personne responsable du marché **devront être justifiés par l'objet du marché et expressément mentionnés dans l'avis de publicité ou dans le règlement de consultation. Ces critères sont objectifs, c'est-à-dire qu'ils doivent respecter les principes fondamentaux qui régissent le droit de la commande publique et particulièrement ne pas être discriminatoires.** »*

(Réponse du ministre de l'économie et des finances à une question écrite de M. Jean-Claude Beaulieu, député)

**Peut-on retenir le prix comme unique critère de choix ?**

**Oui :** *« si, compte tenu de l'objet du marché, le personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère **doit** être le prix »* (article 53-II du code).

**Peut-on modifier, en cours de procédure de passation, les critères de choix préalablement portés à la connaissance des candidats au marché ?**

**Non.** *« Une fois les critères portés à la connaissance des candidats potentiels à l'attribution du marché (dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation), il n'est plus possible d'en modifier la liste soit par addition, soit par soustraction, ou en en changeant la pondération ou le classement »* (circulaire d'application)

--	--

### ***3.2. SECONDE ÉTAPE : LA PASSATION DU MARCHÉ***

Voir => chapitre 4 : Quels sont les nouveaux seuils de procédure et de publicité à respecter ?

=> chapitre 5 : Quelle est la procédure de passation applicable ?

### 3.3. TROISIÈME ÉTAPE : L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

<p><b>a) La sous-traitance</b></p>	<p>« Le recours par l'entrepreneur à d'autres entreprises pour exécuter des prestations qu'il n'a pas les moyens techniques et financiers d'assurer lui-même favorise la diffusion de la commande publique au sein des entreprises spécialisées et des PME (...) »</p> <p>« Les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations sont détaillés aux <b>articles 112 à 117 du code.</b></p> <p>« Il importe de rappeler que la sous-traitance ne peut être utilisée que dans <b>les marchés de travaux et de services..</b> »</p>
<p><b>b) Les avances</b> (articles 87 et 88)</p> <p>=&gt; <b>90.000 euros</b> HT dans le code 2001</p>	<p>« Le régime (...) des avances vise à faciliter l'exécution des marchés et assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas.</p> <p>« Tel est le cas, notamment, des petites et moyennes entreprises et de la majorité des associations qui oeuvrent dans des secteurs économiques susceptibles de se voir appliquer le code des marchés publics (...) »</p> <p>« S'agissant des dispositions régissant l'<b>avance forfaitaire...le montant (du marché ou de la tranche) à partir duquel cette avance est accordée au titulaire est de <u>50.000 euros HT.</u></b></p>

<p>=&gt; <b>20 %</b> dans le code 2001</p>	<p><i>« S'agissant des règles régissant l'avance facultative...(son) montant est fixé à 30 % du marché, du bon de commande ou de la tranche. Il peut être porté à 60 % dans la mesure où le candidat présente des garanties suffisantes. Par ailleurs, quand une avance facultative est accordée au titulaire du marché, elle se substitue à l'avance forfaitaire. »</i></p>
<p><b>c) Les acomptes</b> (article 89)</p>	<p><i>« A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations réalisées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait.</i></p> <p><i>« La périodicité de versement des acomptes est de 3 mois maximum ; dans certains cas prévus à l'article 89, elle peut être ramenée à 1 mois. Quelles que soient les dispositions du marché, cette demande ne peut être refusée. »</i></p>
<p><b>c) Les avenants et les marchés complémentaires</b></p>	<p><i>« L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent d'adapter ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même.</i></p> <p><i>« La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles. <b>Il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat (...).</b></i></p> <p><i>« Il convient de rappeler que <b>tout projet d'avenant à un marché de fournitures, de travaux ou de services entraînant une augmentation du montant global du</b></i></p>

*marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres et que l'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis (art. 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995).*

*« L'avenant doit être distingué des marchés complémentaires négociés sans publicité préalable et mise en concurrence (art. 35 [III] du code) qui sont des nouveaux marchés dont le montant cumulé ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial. »*



## 4. QUELS SONT LES NOUVEAUX SEUILS DE PROCÉDURE ET DE PUBLICITÉ ?

Articles 27, 28, 39, 40, 80 et 138

### L'essentiel (Seuils concernant les collectivités territoriales)

**Les seuils de procédure** : La procédure d'appel d'offres n'est **obligatoire** qu'à partir de :

=> **230.000 euros HT** pour les marchés de **services** et **fournitures** ;

=> **5,9 millions d'euros HT** pour les **marchés de travaux** ;

=> pour les **marchés de travaux** dont le montant est **compris entre 230.000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT** : la personne responsable du marché a le **choix entre trois procédures** (appel d'offres, marché négocié avec publicité et mise en concurrence, ou « dialogue compétitif »).

**Pour tous les marchés dont le montant est inférieur à 230.000 euros HT**, l'article 28 du code autorise les acheteurs publics à recourir à la « procédure adaptée ».

### **Les seuils de publicité** :

=> **Marchés inférieurs à 90.000 euros HT** : publicité « adaptée » au montant et à l'objet du marché.

=> Marchés de **fournitures** et de **services** :

- **entre 90.000 euros et 230.000 euros HT** : Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ou journal d'annonces légales (*JAL*) et, le cas échéant, presse spécialisée ;

- **supérieurs à 230.000 euros HT** : BOAMP et Journal officiel de l'Union européenne (*JOUE*).

=> Marchés de **travaux** :

- **entre 90.000 euros et 5,9 millions d'euros HT** : BOAMP ou *JAL*, et, le cas échéant, presse spécialisée ;

- **supérieurs à 5,9 millions d'euros HT** : BOAMP et *JOUE*.

### **4.1. QUELS SONT LES NOUVEAUX SEUILS DE PROCÉDURE APPLICABLES ?**

**a) Le relèvement des seuils de procédure** constitue la principale nouveauté du code des marchés publics publié le 8 janvier 2004.

Les tableaux figurant à la fin de ce chapitre présentent **les seuils de procédure**

désormais

applicables.

**En dessous de ces seuils**, les marchés publics peuvent être conclus selon « *une procédure adaptée* ». Ces marchés ne sont donc pas obligatoirement assujettis aux règles de passation formalisées définies par le code (par exemple : l'appel d'offres). En revanche, ils doivent **impérativement respecter, à l'occasion de leur passation, les principes fondamentaux définis par les directives européennes et réaffirmés à l'article premier du nouveau code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.** Ces principes « exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse »<sup>11</sup>.

Pour les marchés conclus selon une procédure adaptée, c'est donc à l'acheteur public qu'il appartient de définir les modalités de publicité et les règles de procédure « **adaptées** » à leur objet (et à leur montant), et respectant les principes fondamentaux posés à l'article premier du code. En cas de contentieux, « l'adaptation » auxdits principes des règles et procédures ainsi définies par l'acheteur public **relèvera de l'appréciation du juge** : on se dirige ainsi vers une définition jurisprudentielle de la « procédure adaptée ».

#### **À noter**

Dans tous les cas, un marché dont le montant est supérieur ou égal à **90.000 euros HT** donne **obligatoirement** lieu à publication d'un **avis d'appel public à la**

<sup>11</sup> Circulaire d'application du nouveau code des marchés publics. Sauf indication contraire, les citations reprises dans le présent chapitre sont extraites de cette circulaire.

concurrence

(article

40).

#### **Les marchés dont le montant est inférieur à 3.000 euros bientôt exonérés de l'obligation de mise en concurrence ?**

En réponse à une question de M. Jean-Jacques Gaultier, député, M. Christian Jacob, ministre délégué aux PME, a indiqué le 18 mai 2004 que :

« *Le Gouvernement envisage toutefois d'introduire dans le code des marchés publics une disposition spécifique dispensant les acheteurs de l'obligation de procéder à une mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 3.000 euros. Un projet de décret sera prochainement soumis au Conseil d'Etat.* »

(A la date de rédaction de la présente étude, ce décret n'était **pas encore** publié).

**Au-dessus des nouveaux seuils de procédure**, les marchés sont normalement conclus selon la procédure d'appel d'offres, sous réserve des procédures (et des conditions) particulières prévues par le code : marchés de services visés à l'article 30, marchés négociés, marchés de conception-réalisation, marchés de maîtrise d'oeuvre, etc.

**b) L'abandon, pour la détermination des seuils applicables, de la référence obligatoire à la nomenclature réglementaire des « catégories homogènes » de fournitures et de services**

Pour évaluer le montant d'un marché, il convient de prendre en compte :

- **marchés de travaux : la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération**, opération qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages. Selon la circulaire d'application du nouveau code des marchés publics : *« l'opération de travaux, au sens du code, est un ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement ne peuvent être dissociés et que le maître d'ouvrage a décidé d'exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée ».*

- **marchés de fournitures et de services : le caractère homogène des besoins.** Toujours selon la circulaire d'application, *« l'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre, et qu'il lui appartient d'apprécier en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action ».*

En ce domaine, **la nomenclature réglementaire des « catégories homogènes » de fournitures et de services, visée à l'article 27 du précédent code des marchés publics (2001), et qui avait été jugée inadaptée par de nombreux acheteurs publics, n'est plus une référence obligatoire.**

Il appartient désormais à l'acheteur public, pour comparer le montant de ses besoins aux nouveaux seuils de procédure, d'estimer *« de manière sincère et raisonnable la valeur totale des fournitures ou des services qu'il considère comme homogènes et qu'il souhaite acquérir ».*

A cette fin, l'acheteur public est invité *« à adopter une classification propre de (ses achats) selon une typologie qui soit cohérente avec (son) activité...étant*

*entendu que le niveau le plus fin de cette typologie regroupe des produits ou services de même nature où le besoin homogène trouve tout son sens ».*

**Pour davantage de précisions sur l'évaluation du montant d'un marché au regard des seuils de procédure et de publicité**

Voir :

=> **article 27** du code des marchés publics ;

=> **article 9 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004**

(Ces documents sont consultables dans la seconde partie de la présente étude).

**c) La définition, par l'acheteur public, du niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués**

L'article 5 du nouveau code dispose que *« l'autorité compétente détermine le niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués ».* Il ajoute que *« ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code ».*

Le « niveau » d'appréciation des besoins ainsi évoqué à l'article 5 du code doit être compris au sens de **niveau administratif ou fonctionnel**, et non financier (montant du marché). Le montant total d'un marché peut ensuite être apprécié au niveau de l'*« unité fonctionnelle »* ainsi définie.

Dès lors, et comme le souligne fort justement la circulaire d'application : *« la*

*question se pose de savoir à quel niveau et par qui doit s'apprécier ce besoin ».*

*En fait, « le niveau de prise en compte des besoins se situe normalement au niveau de la personne publique elle-même. Le choix de tout niveau inférieur d'agrégation doit être justifié par des éléments objectifs ».*

Le code des marchés publics proscrit **À noter** expressément un découpage excessif des besoins **qui aurait pour effet de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence.**

#### **4.2. QUELS SONT LES NOUVEAUX SEUILS DE PUBLICITÉ À RESPECTER ?**

Les nouvelles règles de publicité sont les suivantes :

a) En dessous du seuil de 90.000 euros HT : une « publicité adaptée » et définie par l'acheteur public.

**Quelques précisions sur les seuils de procédure** fournies par **M. Grand d'Esnon, directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances**

*(Extraites des débats en ligne organisés sur Internet lors de la publication du nouveau code en janvier 2004)*

**« Q : Plusieurs achats de faibles montants qui se répètent pourront-ils**

**être additionnés a posteriori pour vérifier l'application d'un seuil ?**

*« R : Si ces achats sont effectués sur une année, il est évident que c'est le montant total qui est le bon repère. Ceci conduit à rappeler que les acheteurs doivent effectuer une estimation préalable de leurs besoins avant de lancer les marchés et non pas le faire « au fil de l'eau ».*

**« Q : Merci de bien préciser ce qui se « cache » derrière l'expression « unité fonctionnelle », avec un petit exemple, SVP**

*« R : Exemple : quand un hôpital décide de constituer un nouveau bloc opératoire, l'ensemble des matériels nécessaires peut constituer une unité fonctionnelle, alors même qu'ils appartiennent à des catégories différentes.*

**« Q : Si l'on utilise la notion d'unité fonctionnelle, doit-on, pour apprécier le montant à comparer aux seuils, totaliser tous les achats de fournitures ou services composant cette unité fonctionnelle, ou peut-on computer les seuils famille par famille au sein de l'unité fonctionnelle ?**

*« R : Quand on utilise l'unité fonctionnelle, c'est le seul référent permettant de savoir si on est au-dessus de seuils ou pas. On ne raisonne plus, dans ce cas là, par famille.*

**« Q : Comment créer sa propre nomenclature interne (marchés de fournitures et de services) ?**

*« R : La nomenclature de 2001 peut constituer une bonne base de départ. A chaque acheteur public de la modifier pour qu'elle corresponde à la réalité de ses achats.*

**« Q : Peut-on créer une nomenclature en fonction des marchés déjà existants dans une collectivité locale ?**

**« R : Oui, c'est même la logique fondamentale du présent code. Chaque collectivité doit définir sa nomenclature en fonction de la spécificité de ses besoins. »**

Le choix des modalités de publicité relève, en ce cas, de la seule responsabilité de l'acheteur public afin de garantir une mise en concurrence effective et la transparence de la procédure d'attribution du marché. Selon la circulaire d'application : *« l'exigence de transparence va se traduire notamment par le choix de **supports de publicité pertinents** assurant une véritable mise en concurrence »*. Sont ainsi mentionnés par la circulaire : la presse écrite, l'affichage et l'Internet.

Dans un premier temps, **la publicité des marchés publics (inférieurs à 90.000 euros HT) sur les sites**

**À noter** Internet des collectivités territoriales ne peut être considérée que comme **une publicité complémentaire**. Ce n'est que lorsque l'usage d'Internet se sera suffisamment développé, et que les collectivités locales disposeront ou utiliseront des plateformes d'achat à **forte audience** que l'on pourra considérer ce moyen de publicité comme unique et suffisant (*précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances*).

Par ailleurs, *« pour les marchés de très faibles montants, on doit considérer que la mise en concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité suffisant »*.

Le code des marchés publics ne donne pas de définition ou d'indication chiffrée relative à ces *« marchés de très faibles montants »*. Il appartient donc à la personne responsable du marché d'apprécier si, notamment au regard du budget total de la collectivité concernée, l'achat en cause peut être considéré comme étant de *« très faible montant »*. **Cette appréciation relèvera, alors, de sa responsabilité.**

**Quelles modalités de publicité pour les achats de faible montant? <sup>12</sup>**

*« ...le mode de publicité retenu doit être adapté au secteur concerné, à l'objet du marché et au montant de celui-ci.*

*« Lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse écrite apparaît trop coûteuse au regard du montant de l'achat, il existe d'autres solutions. On peut par exemple envisager une publication sommaire dans la presse renvoyant pour les détails au site internet de l'acheteur, ou utiliser le bulletin municipal ou encore l'affichage en mairie.*

*« Pour les achats de faible montant, l'obligation de publicité n'implique pas forcément publication. La mise en concurrence avérée de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue alors en elle-même un élément de publicité suffisant. La demande de quelques devis doit rester le bon réflexe.*

<sup>12</sup> Réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à la question orale de M. Stéphane Demilly, député (mardi 6 avril 2004).

**S'agissant des achats d'un montant très peu significatif, pour lesquels une mise en concurrence deviendrait un élément d'alourdissement inutile, le bon sens doit inciter l'acheteur à privilégier la solution la plus simple en s'adressant directement au fournisseur de son choix.**

*« Il est à noter par ailleurs que le développement des plates-formes d'achat par internet constituera à l'avenir une excellente solution. L'obligation faite à chaque acheteur d'être en mesure de recevoir des offres dématérialisées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2005 devrait inciter les collectivités publiques à étudier les solutions qu'offrent ces nouvelles technologies dès à présent. »*

**b) Entre le seuil de 90.000 euros HT et les seuils communautaires<sup>13</sup> : les avis d'appel public à la concurrence (AAPC) sont obligatoirement publiés, soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (et, dans ce cas, obligatoirement par téléprocédure), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.**

On peut trouver la liste des journaux habilités à recevoir des annonces légales **dans chaque préfecture.**

*« Le code invite, en outre, l'acheteur à compléter, si nécessaire, sa publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée. C'est à l'acheteur d'apprécier,*

<sup>13</sup> Soit 230.000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services, et 5,9 millions d'euros HT pour les marchés de travaux.

*compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, l'opportunité d'une telle publication complémentaire ».*

**c) Au-dessus des seuils des procédures formalisées : l'acheteur public procède obligatoirement à une publicité nationale (Bulletin officiel des annonces des marchés publics) et européenne (Journal officiel de l'Union européenne).**

**Comment rédiger un avis d'appel public à la concurrence pour un marché alloti comportant des « petits lots » relevant de la procédure adaptée ?**

*« Pour l'évaluation du montant du marché, il est nécessaire d'additionner la totalité des lots. En revanche, seuls ceux qui seront passés selon les procédures au-dessus de seuils feront l'objet de la publicité correspondante. » (précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances).*

Les avis d'appel public à la concurrence (français et européens) doivent être établis **conformément à des modèles obligatoires.** Ces modèles peuvent être « téléchargés » à partir du site Internet du ministère de l'économie et des finances (rubrique « Formulaires ») :

[http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches\\_publics/](http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches_publics/)

**L'avis de pré-information (article 39)**

*« A partir du seuil de 750.000 euros HT pour les fournitures et les services et de 5,9 millions d'euros HT pour les travaux, un avis de pré-information est adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne, conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie ».*

**A noter :**

- Envoi **obligatoire** que si réduction du délai de réception des offres décidé par la PRM (articles 57-II, 62-II et 65) ;
- **Contenu** : => Voir II et III de l'article 39

**concerne les marchés publics relevant de la procédure adaptée.** Cet arrêté est consultable dans la seconde partie de la présente étude (textes de référence).

**d) La publicité après l'attribution du marché**

Pour les marchés dont le montant est **supérieur à 230.000 euros HT**, la PRM envoie **pour publication, dans un délai de 30 jours à compter de la notification du marché**, un avis d'attribution (publié dans l'organe qui a assuré la publicité de l'avis d'appel public à la concurrence).

Enfin, **l'article 138 du code définit une obligation nouvelle en matière de publicité** : l'acheteur public doit désormais, au cours du premier trimestre de chaque année, publier une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom de leurs attributaires.

Un arrêté du 27 mai 2004 précise les modalités d'application de cet article 138, **notamment en ce qui**

**À noter**

**NOUVEAUX SEUILS APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**  
(Règles générales)

Marchés de fournitures et de services

*(Euros hors taxe)*

Directives européennes		Ancien code des marchés publics (2001)		Nouveau code des marchés publics (2004)	
Entités Centrales (Etats)	Autres pouvoirs adjudicateurs	Etat	Collectivités territoriales	Etat	Collectivités territoriales
Pas de procédure obligatoire		Marchés <i>« sans formalités préalables »</i>  ↓ <u>90.000 €</u>		<b>Marchés passés</b> <i>« selon une Procédure adaptée »</i>  <i>et</i> à partir de  ↓ <u>90.000 €</u>	<b>Marchés passés</b> <i>« selon une Procédure adaptée »</i>  <i>et</i> à partir de  ↓ <u>90.000 €</u>
		Mise en concurrence simplifiée  <b>Exception</b> Achat direct de denrées alimentaires (foires, marchés, lieux de production) : marchés sans formalités préalables  ↓ <u>130.000 €</u>	Mise en concurrence simplifiée  <b>Exception</b> Achat direct de denrées alimentaires (foires, marchés, lieux de production) : marchés sans formalités préalables  ↓ <u>200.000 €</u>	<b>Publication obligatoire d'un avis d'appel public à la concurrence</b>     ↓ <u>150.000 €</u>	<b>Publication obligatoire d'un avis d'appel public à la concurrence</b>     ↓ <u>230.000 €</u>
↓ <b>154.014 €</b>	↓ <b>236.945 €</b>				

**Au-delà des seuils :  
Respect des règles et procédures obligatoires**

Nota : seuils européens applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004 (Journal officiel de l'Union européenne du 19 décembre 2003)

**NOUVEAUX SEUILS APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS**  
(Règles générales)

Marchés de travaux

(Euros hors taxe)

Directives européennes	Ancien code des marchés publics (2001)		Nouveau code des marchés publics (2004)
Tous pouvoirs adjudicateurs	Etat	Collectivités territoriales	Etat et Collectivités territoriales
Pas de procédure obligatoire	Marchés « sans formalités préalables »		<b>Marchés passés « selon une procédure adaptée »</b>  <i>et</i> à partir de ↓ <u>90.000 €</u> <b>Publication obligatoire d'un avis d'appel public à la concurrence</b>  ↓ <u>230.000 €</u> <b>Procédure de passation <u>au choix</u> de l'acheteur public :</b> - soit appel d'offres - soit marché négocié avec publicité et mise en concurrence - soit dialogue compétitif  ↓ <u>5.900.000 €</u>
	Mise en concurrence simplifiée	Mise en concurrence simplifiée	
	↓ <u>130.000 €</u>	↓ <u>200.000 €</u>	
	Appel d'offres		
↓ <b>5.923.624 €</b>			

<b>Procédures obligatoires</b>		<b>Appel d'offres</b> <i>(ou procédures particulières dans les cas autorisés)</i>

Nota : seuil européen applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004 (Journal officiel de l'Union européenne du 19 décembre 2003).

## 5. QUELLE EST LA PROCÉDURE DE PASSATION APPLICABLE ?

Articles 26, 28, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 73, 74, 81, 82 et

**Rappel** : la procédure d'appel d'offres est **la procédure de droit commun** du code des marchés publics (article 26 du code des marchés publics). Les autres procédures ne peuvent donc être utilisées que dans les cas, et selon les conditions, autorisés par le code. Rien n'interdit à un acheteur public de choisir d'appliquer la procédure d'appel d'offres, **même dans les cas où cela n'est pas obligatoire.**

### La détermination de la procédure applicable

S'agit-il :

- d'un marché de **services** ? => **page 54**
- d'un marché de **fournitures** ? => **page 55**
- d'un marché de **travaux** ? => **page 56**

**Ou bien** s'agit-il d'un marché ayant pour objet des **cas particuliers**, et notamment :

- **la maîtrise d'œuvre pour la réalisation d'un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure dont le maître d'ouvrage est une collectivité territoriale** ?  
=> Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et *article 74 du code des marchés publics* ;
- **l'acquisition d'énergies non stockables** (ex. gaz ou électricité) ? => article 81 du code des marchés publics ;

- l'achat de fournitures, de services ou de travaux au profit d'une collectivité territoriale **agissant en tant qu'opérateur de réseau** ? => *Articles 82 à 85 du code des marchés publics.*

**AVERTISSEMENT**

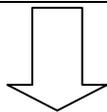
Les schémas fournis ci-après ne **correspondent pas à des procédures obligatoires** qui seraient imposées par le code des marchés publics.

Il s'agit, plus simplement, **de propositions de démarches méthodiques** visant à aider les élus locaux à déterminer la procédure de passation adaptée à leurs besoins.

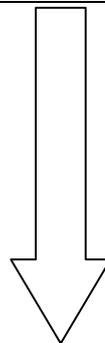
Tout acheteur public est donc libre de déterminer lui-même, et directement, la procédure correspondant au marché en cause, au regard des conditions définies par le code des marchés publics.

**5.1. QUELLE EST LA PROCÉDURE APPLICABLE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES ?**

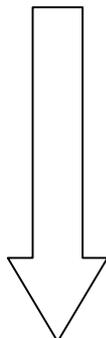
<b>1 - Les services en cause figurent-ils dans la liste des marchés visés à l'article 29 du code ?</b>	
Voir page 74	
NON	OUI



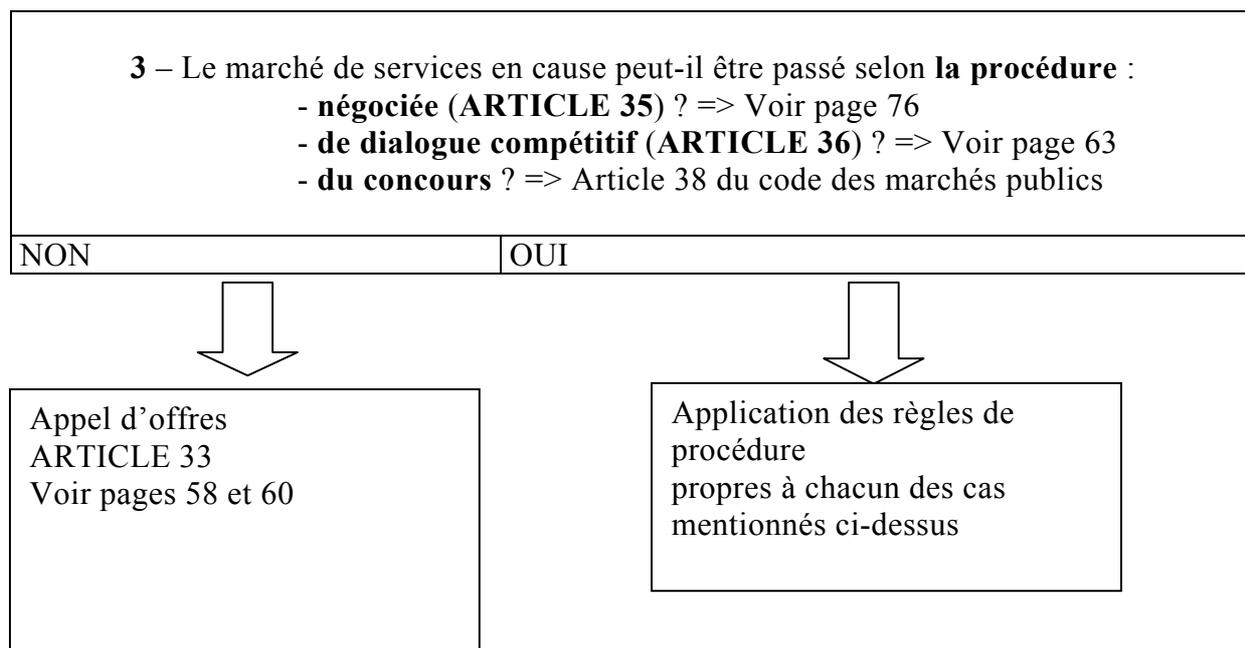
Procédure « allégée »  
ARTICLE 30  
Voir page 71



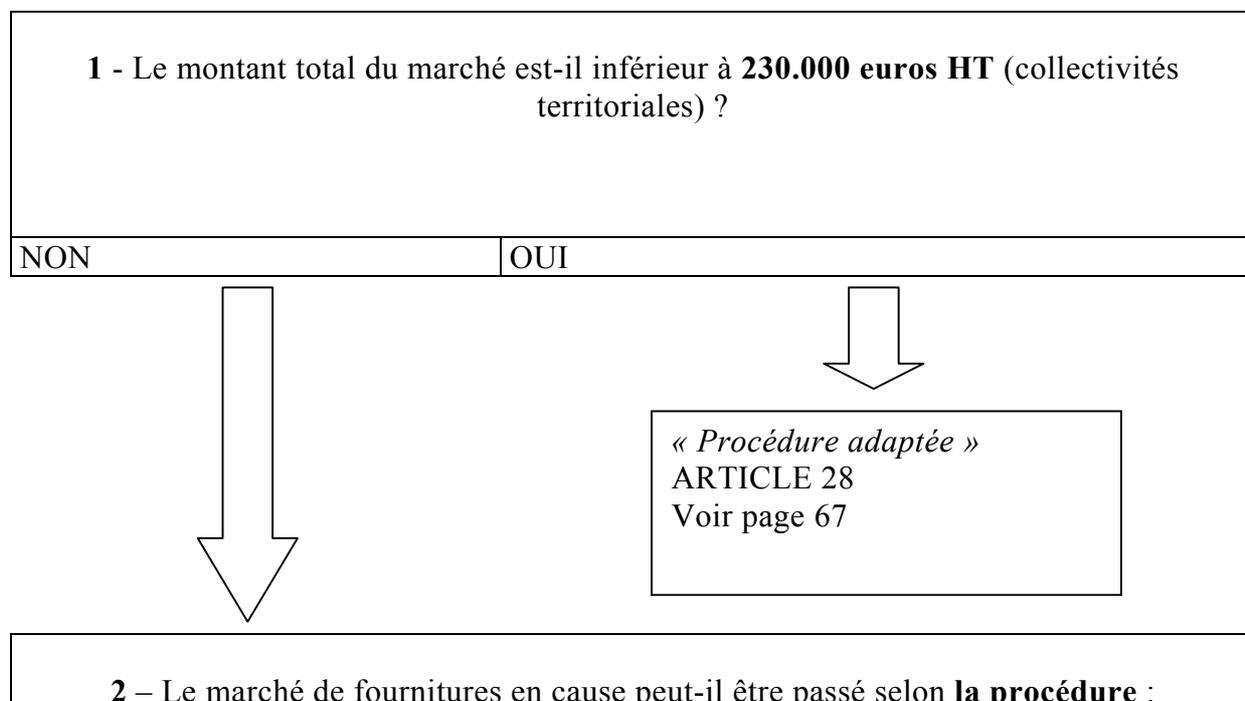
<b>2 - Le montant total du marché est-il inférieur à 230.000 euros HT (collectivités territoriales) ?</b>	
NON	OUI

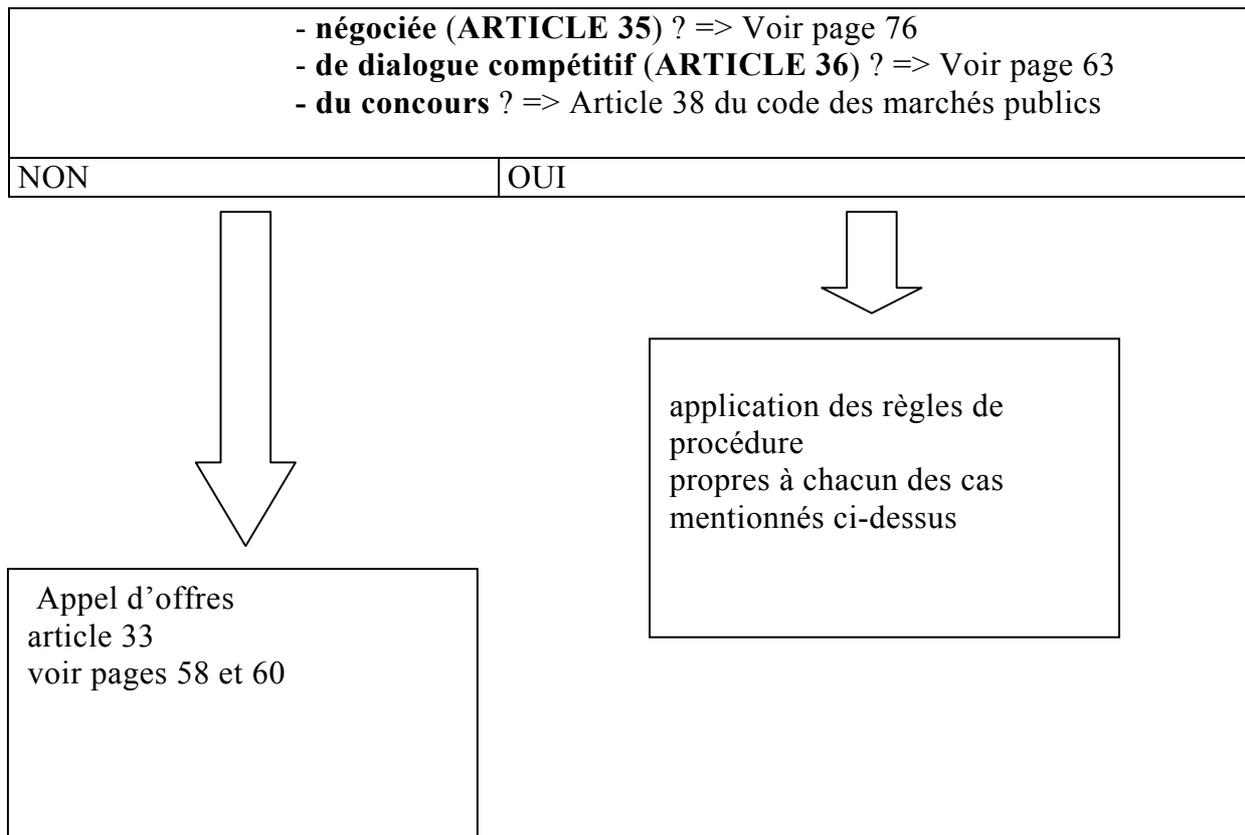


« Procédure adaptée »  
ARTICLE 28  
Voir page 67

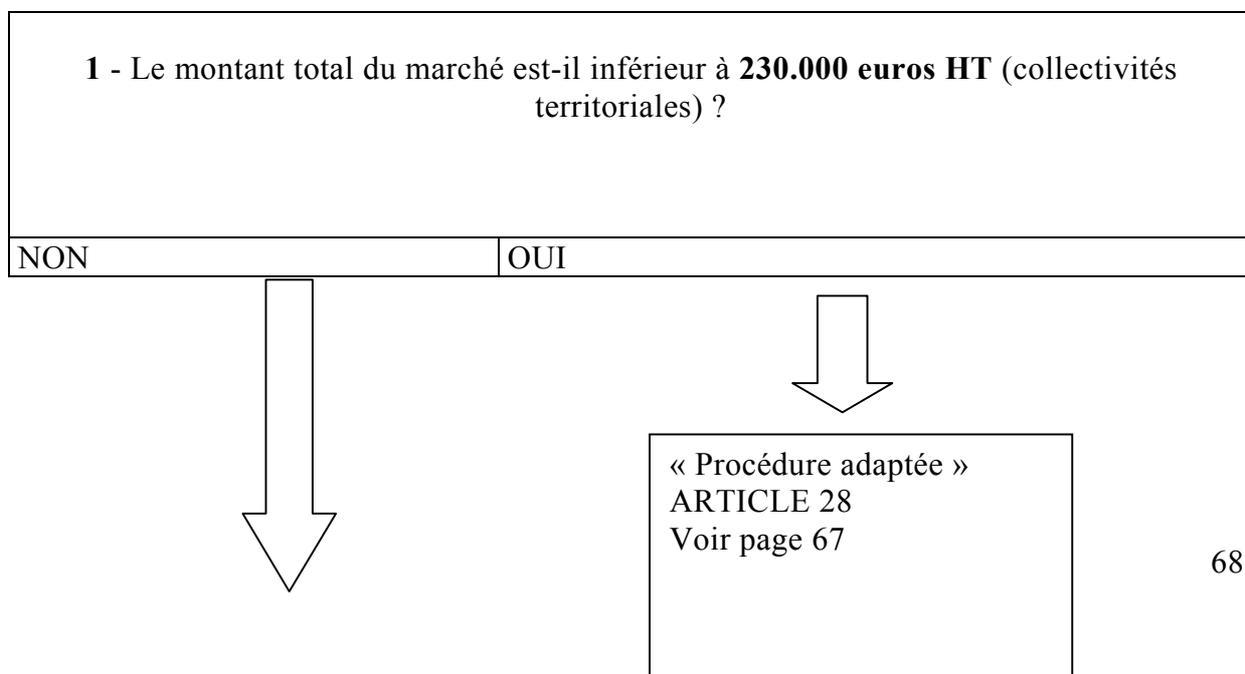


**5.2. QUELLE EST LA PROCÉDURE APPLICABLE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE FOURNITURES ?**

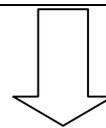
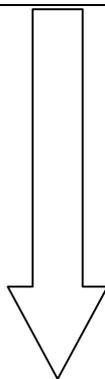




**5.3. QUELLE EST LA PROCÉDURE APPLICABLE POUR LA PASSATION  
 DES MARCHÉS DE TRAVAUX ?**



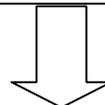
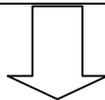
2 - Le montant total du marché est-il inférieur à <b>5.900.000 euros HT</b> ?	
NON	OUI



Au choix de la personne responsable du marché :

- **soit appel d'offres (ARTICLE 33)**  
=> voir pages 58 et 60
- **soit marché négocié avec publicité et mise en concurrence (ARTICLE 35)**  
=> voir page 76

3 – Le marché de travaux en cause peut-il être passé selon <b>la procédure</b> :	
- <b>négociée (ARTICLE 35)</b> ? => Voir page 76	
- <b>de dialogue compétitif (ARTICLE 36)</b> ? => Voir page 63	
- <b>de conception-réalisation</b> ? => Article 37 du code des marchés publics	
- <b>du concours</b> ? => Article 38 du code des marchés publics	
NON	OUI



Appel d'offres  
ARTICLE 33  
Voir pages 58 et 60

Application des règles de procédure  
propres à chacun des cas  
mentionnés ci-dessus

## ANNEXES

### (Chapitre 5)

- L'appel d'offres ouvert ..... p.  
58
- L'appel d'offres restreint ..... p.  
60
- Le dialogue compétitif ..... p.  
63
- La procédure adaptée .....p.  
67
- La « procédure allégée » (pour les marchés de services relevant de l'article 30) .....p.  
71
- les marchés de services relevant de l'article 29 du code des marchés publics.....p.  
74
- Les marchés négociés ..... p.  
76

## A. L'APPEL D'OFFRES OUVERT (ARTICLES 33, 57 À 59)

(Collectivités territoriales)

*L'appel d'offres est dit « ouvert » lorsque tout candidat peut remettre une offre. C'est la personne responsable du marché (PRM) qui, compte tenu de la nature et de l'objet du marché, choisit entre l'appel d'offres ouvert ou l'appel d'offres restreint.*

Définition préalable des besoins



Publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC)  
dans les conditions prévues par l'article 40 du code



Communication du dossier de consultation aux entreprises candidates



**Délais de réception des candidatures et des offres à compter de la date d'envoi de l'AAPC**

Délai ordinaire	En cas d'envoi d'un avis de pré-information (voir article 39) <b>52 jours au moins et 12 mois au plus</b> avant l'AAPC	Marchés de travaux entre 230.000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT	En cas d'urgence
<b>52 jours</b>	22 jours	22 jours mais : 15 jours en cas d'urgence <sup>14</sup>	Aucune réduction de délai n'est autorisée

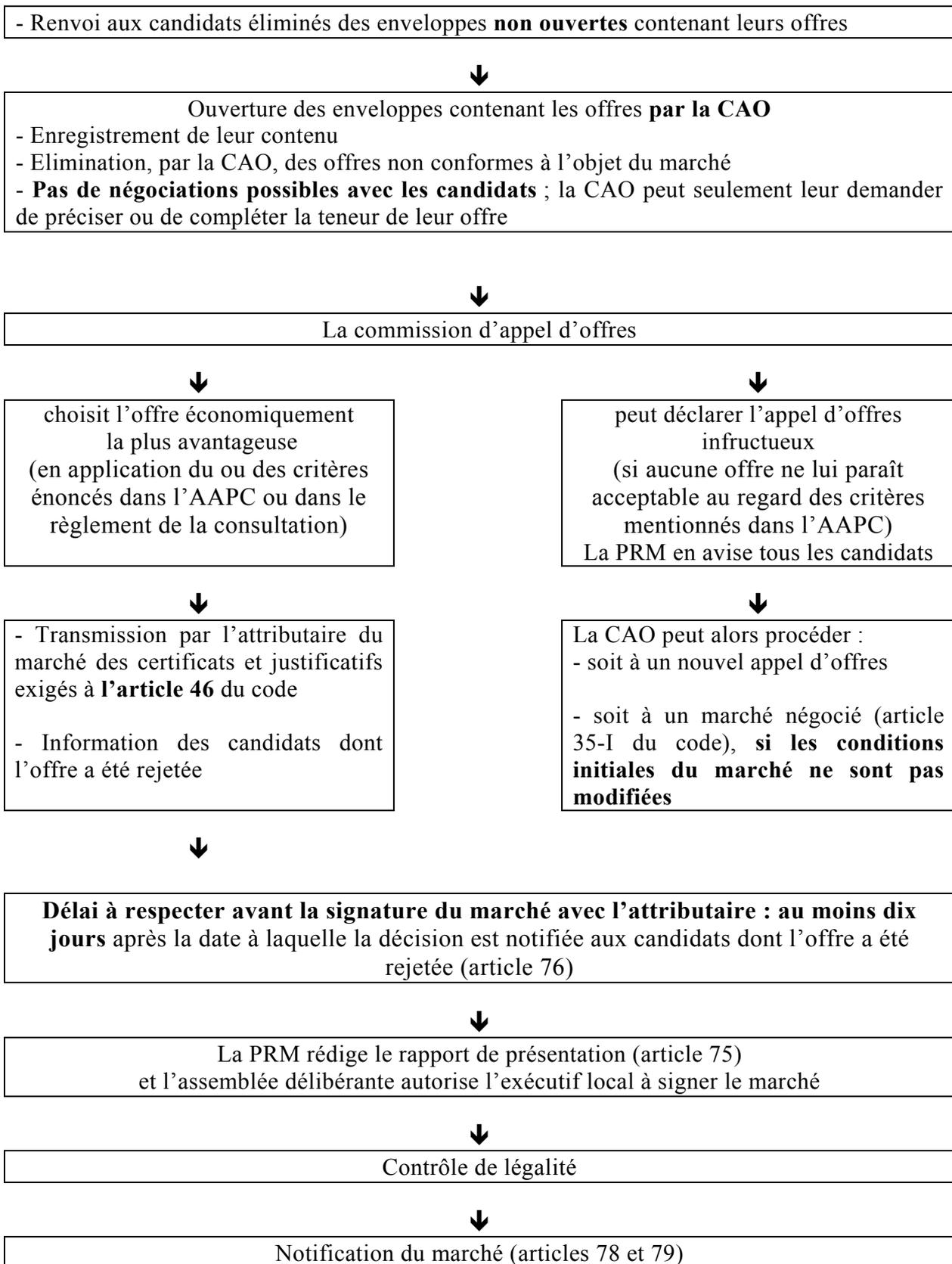


Ouverture des plis  
(seuls sont recevables les plis parvenus au plus tard à la date et à l'heure limites fixées dans l'AAPC)

- Ouverture des enveloppes relatives aux candidatures **par la PRM** <sup>15</sup>
- Enregistrement de leur contenu
- Elimination par la commission d'appel d'offres (CAO), des candidatures ne pouvant être admises (en application des dispositions de l'**article 52**)

<sup>14</sup> Dès lors que cette urgence n'est pas le fait de la PRM.

<sup>15</sup> Nouveauté introduite par le code des marchés publics de 2004



Le marché prend effet à la date de notification (date de réception du marché par l'attributaire)



Publicité a posteriori

- Pour les marchés supérieurs à 230.000 euros HT : **publication d'un avis d'attribution dans un délai de 30 jours à compter de la notification du marché** (et dans les conditions prévues à l'article 80 du code)
- Publication des références du marché concerné dans la liste, publiée le premier trimestre de chaque année, des marchés conclus l'année précédente avec le nom de leurs attributaires (article 138). **Un arrêté du 27 mai 2004** en précise les modalités (voir seconde partie de la présente étude).

## B. L'APPEL D'OFFRES RESTREINT (ARTICLES 33, 60 À 64)

(Collectivités territoriales)

*L'appel d'offres est dit « restreint » lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection. C'est la personne responsable du marché (PRM) qui, compte tenu de la nature et de l'objet du marché, choisit entre l'appel d'offres ouvert ou l'appel d'offres restreint.*

Définition préalable des besoins



Publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC)  
dans les conditions prévues par l'article 40 du code  
Cet avis peut fixer un nombre minimum (**qui ne peut être inférieur à 5**)  
et un nombre maximum de candidats autorisés à présenter une offre



**Délais de réception des candidatures à compter de la date d'envoi de l'AAPC**

<b>Délai ordinaire</b>	Marchés de travaux entre 230.000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT	En cas d'urgence ne résultant pas du fait de la PRM
<b>37 jours</b>	22 jours minimum	15 jours



Ouverture des plis

(seuls sont recevables les plis parvenus au plus tard à la date et à l'heure limites fixées dans l'AAPC)

- Ouverture des enveloppes relatives aux candidatures **par la PRM** <sup>16</sup>
- La **commission d'appel d'offres (CAO)** dresse la liste des candidats admis à présenter une offre (en application des dispositions de **l'article 52**)
- Le nombre de candidats admis à présenter une offre **ne peut être inférieur à 5** (sauf si nombre de candidats insuffisant)



Envoi, par la PRM, d'une **lettre de consultation** à tous les candidats retenus et comportant :

- la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et, le cas échéant, l'obligation de les rédiger en français
- la référence à l'avis d'appel public à la concurrence
- le cas échéant, les coordonnées du service auquel les candidats peuvent demander le cahier des charges et les documents complémentaires (et la date limite pour présenter cette demande)

---

<sup>16</sup> *Nouveauté introduite par le code des marchés publics de 2004*



**Délais de réception des offres à compter de l'envoi de la lettre de consultation**

<b>Délai ordinaire</b>	En cas d'envoi d'un avis de pré-information (voir article 39) <b>52 jours au moins et 12 mois au plus</b> avant l'AAPC	Marchés de travaux entre 230.000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT	En cas d'urgence ne résultant pas du fait de la PRM
<b>40 jours</b>	22 jours	22 jours	15 jours



Ouverture des enveloppes relatives aux offres  
(seuls sont recevables les plis parvenus au plus tard à la date limite indiquée dans la lettre de consultation)

- La **commission d'appel d'offres** ouvre et enregistre les offres
- Elle élimine les offres non conformes à l'objet du marché
- **Pas de négociation possible avec les candidats** ; la CAO peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre



La commission d'appel d'offres



choisit l'offre économiquement la plus avantageuse  
(en application du ou des critères énoncés dans l'AAPC ou dans le règlement de la consultation)



peut déclarer l'appel d'offres infructueux  
(si aucune offre ne lui paraît acceptable au regard des critères mentionnés dans l'AAPC)  
La PRM en avise tous les candidats



- Transmission par l'attributaire du marché des certificats et justificatifs exigés à l'**article 46** du code
- Information des candidats dont l'offre a été rejetée



La CAO peut alors procéder :

- soit à un nouvel appel d'offres
- soit à un marché négocié (article 35-I du code), **si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées**



**Délai à respecter avant la signature du marché avec l'attributaire : au moins dix jours** après la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre a été rejetée (article 76)



La PRM rédige le rapport de présentation (article 75)  
et l'assemblée délibérante autorise l'exécutif local à signer le marché



Contrôle de légalité



Notification du marché (articles 78 et 79)  
Le marché prend effet à la date de notification (date de réception du marché par l'attributaire)



Publicité a posteriori

- Pour les marchés supérieurs à 230.000 euros HT : **publication d'un avis d'attribution dans un délai de 30 jours à compter de la notification du marché** (et dans les conditions prévues à l'article 80 du code)
- Publication des références du marché concerné dans la liste, publiée le premier trimestre de chaque année, des marchés conclus l'année précédente avec le nom de leurs attributaires (article 138). **Un arrêté du 27 mai 2004** en précise les modalités (voir seconde partie de la présente étude).

## C. LE DIALOGUE COMPÉTITIF (ARTICLES 36, 67 ET 68)

(Collectivités territoriales)

Une collectivité territoriale peut recourir à la procédure du dialogue compétitif<sup>17</sup> :

a) Lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir :

- soit les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- soit le montage juridique ou financier d'un projet.

b) Ou pour ses marchés de travaux **dont le montant est compris entre 230.000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT**. « Dans cette hypothèse, l'acheteur public pourra utiliser librement cette procédure **sans avoir à justifier** qu'il n'est pas à même de maîtriser l'environnement financier ou juridique (ou technique) de son marché » (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics).

La procédure de dialogue compétitif peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, **sauf pour les ouvrages relevant de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée**<sup>18</sup>.

« **Le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion des marchés complexes** (ex : réalisation d'importants projets ou réseaux informatiques). Il n'est pas un élément d'accélération des procédures **mais d'amélioration de la définition des besoins**. Pour de tels projets, l'emploi de la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint empêche l'acheteur de connaître toutes les offres potentielles susceptibles d'être proposées par les fournisseurs, puisque ceux-ci vont alors faire des offres en fonction seulement du cahier des charges défini unilatéralement par l'acheteur » (circulaire d'application précitée).

Définition d'un programme fonctionnel  
comportant des résultats vérifiables à atteindre ou précisant les besoins à satisfaire



Publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC)  
dans les conditions prévues par l'article 40 du code



**Délai entre l'envoi de l'AAPC et la date limite de réception des candidatures : au moins 37 jours**

<sup>17</sup> Introduit par le code 2004, le « dialogue compétitif » s'inspire, **en la modifiant**, de la procédure de l'appel d'offres sur performances définie par le code 2001.

<sup>18</sup> **Attention !** Les marchés portant à la fois sur la définition du projet et sur l'exécution des travaux **pour la réalisation des ouvrages visés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi « MOP » du 12 juillet 1985** sont passés selon la procédure de **conception-réalisation** (article 37)



**La personne responsable du marché (PRM)**  
sélectionne les candidats admis à présenter une proposition



**La personne responsable du marché (PRM)**  
engage le dialogue avec chacun des candidats qu'elle a sélectionnés

#### **Objet**

Identifier et définir les moyens propres à satisfaire au mieux les besoins de la collectivité territoriale concernée à partir du programme fonctionnel qu'elle a élaboré (et, le cas échéant, d'un projet partiellement défini)

#### **Conditions**

- Entendre chaque candidat dans des conditions de **stricte égalité**
- Ne pas donner à certains candidats des informations pouvant les avantager par rapport à d'autres
- Ne pas révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par l'un des candidats **sans l'accord préalable de celui-ci**

#### **Etapas successives**

- Possibilité de prévoir des phases successives **au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence** (ou dans le règlement de la consultation)
- **Mais uniquement** : si cette possibilité a été préalablement indiquée dans l'avis d'appel public à la concurrence (ou dans le règlement de la consultation)
- La PRM **doit informer** le ou les candidats ainsi « écarté(s) » et peut poursuivre le dialogue avec les candidats restants

#### **Elaboration du cahier des charges**

*« Tout au long de la phase de dialogue, la PRM **ne peut** élaborer le cahier des charges combinant des éléments proposés par différents candidats, **sans le communiquer à l'ensemble des candidats** afin de leur permettre de modifier les propositions successives issues du dialogue » (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics)*

#### **Fin du dialogue**

*« Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme » (article 67 du code), la PRM :*

- arrête le cahier des charges
- et invite les candidats (qui ont participé à **toutes** les phases de la discussion) à soumettre leur offre (lettre de consultation)

**Attention ! Aucune nouvelle négociation ne pourra être engagée par la suite**



**Délai de remise des offres à l'issue du dialogue : au moins 15 jours**



### **La personne responsable du marché (PRM)**

- peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats (sans avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou les caractéristiques essentielles du marché)
- **présente à la commission d'appel d'offres (CAO) un rapport « précis et détaillé » du déroulement et du contenu des discussions**



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

*(Attention ! La composition de la commission d'appel d'offres du dialogue compétitif est différente de celle de la commission d'appel d'offres de droit commun => voir l'article 24 du code des marchés publics)*



**attribue le marché**  
par une décision motivée  
(cette décision doit figurer au  
procès-verbal)



peut décider de **ne pas donner suite**  
**si aucune offre n'est jugée**  
**acceptable**

Les candidats en sont alors avisés



- Transmission par l'attributaire du marché des certificats et justificatifs exigés à **l'article 46** du code
- Information des candidats dont l'offre a été rejetée



**Délai à respecter avant la signature du marché avec l'attributaire : au moins dix jours** après la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre a été rejetée (article 76)



La PRM rédige le rapport de présentation (article 75)

et l'assemblée délibérante autorise l'exécutif local à signer le marché



Contrôle de légalité



Notification du marché (articles 78 et 79)

Le marché prend effet à la date de notification (date de réception du marché par l'attributaire)



Publicité a posteriori

- Pour les marchés supérieurs à 230.000 euros HT : **publication d'un avis d'attribution dans un délai de 30 jours à compter de la notification du marché** (et dans les conditions prévues à l'article 80 du code)

- Publication des références du marché concerné dans la liste, publiée le premier trimestre de chaque année, des marchés conclus l'année précédente avec le nom de leurs attributaires (article 138). **Un arrêté du 27 mai 2004** en précise les modalités (voir seconde partie de la présente étude).

**D.**  
**LA PROCÉDURE ADAPTÉE (ARTICLE 28)**

**=> Définition**

« Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques ».

Dans le cadre de cette procédure, le marché est passé et attribué **par la personne responsable du marché** (au sens de l'article 20 du code des marchés publics).

**Dans les collectivités territoriales**, et conformément aux dispositions du code général des collectivités territoriales, c'est l'exécutif local qui est compétent en ce domaine, à condition d'en avoir reçu **préalablement** délégation par l'assemblée délibérante (**voir chapitre 2 de la présente étude : Qui décide en matière de marchés publics ?**).

**=> Quand peut-on recourir à cette procédure ?**

- **Marchés de fournitures et de services** inférieurs à **230.000 euros HT** (collectivités territoriales)
- **Marchés de travaux** inférieurs à **230.000 euros HT**
- **Marchés de fournitures, de services et de travaux des opérateurs de réseaux** (définis à l'article 82) inférieurs à **400.000 euros HT**

**Le cas particulier des marchés comportant des lots**

Le recours à la « procédure adaptée » est autorisé pour :

- **Marchés de fournitures et de services – marchés de travaux** inférieurs à 5,9 millions d'euros HT : **les lots inférieurs à 80.000 euros HT**
- **Marchés de travaux** supérieurs ou égaux à 5,9 millions d'euros HT : **les lots inférieurs à 100.000 euros HT.**

Dans tous les cas, le montant cumulé de ces lots ne doit pas excéder 20 % de la valeur de l'ensemble du marché.

### => En quoi consiste cette procédure ?

Selon la circulaire d'application du nouveau code des marchés publics :

*« Le fait que certains marchés puissent être passés selon une procédure adaptée veut dire qu'ils ne sont soumis à aucune des procédures formalisées définies par le code, **mais ne signifie pas pour autant qu'ils sont passés de gré à gré**. En effet, l'acheteur est tenu au respect des principes fixés à l'article 1<sup>er</sup> (du code) pour déterminer la procédure à mettre en œuvre. Il lui appartient de **fixer lui-même un contenu de procédure permettant de constater que l'achat a été effectué dans des conditions satisfaisantes de transparence, compte tenu de son montant et de la prestation en cause**.*

*« **De surcroît**, cette facilité n'écarte pas la nécessité pour l'acheteur public de respecter d'autres textes réglementaires qui viendraient s'ajouter aux règles fixées par le code des marchés publics. Ainsi, par exemple, les prestations de maîtrise d'œuvre soumises à la loi « MOP » de 1985 font obligatoirement, en vertu du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour l'application de cette loi, l'objet d'un contrat écrit »...*

*« Il est recommandé aux acheteurs publics de conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire ».*

### => Publicité

- **Marchés inférieurs à 90.000 euros HT : Libre choix, par l'acheteur public, des modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause. Ces modalités doivent garantir le respect des principes fondamentaux posés à l'article 1<sup>er</sup> du code (notamment : transparence et mise en concurrence).**

*« Pour les marchés de très faibles montants, on doit considérer que la mise en concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité suffisant » (circulaire d'application). Le « très faible montant » en question doit être apprécié, au cas par cas, en fonction du montant total du budget correspondant de l'acheteur public concerné (précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère des finances). Il varie donc d'une personne publique à l'autre, et d'un marché à l'autre.*

- **Marchés supérieurs ou égaux à 90.000 euros : publication obligatoire d'un avis d'appel public à la concurrence, soit dans le Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. « Le code invite, en outre, l'acheteur public à compléter, si nécessaire, sa publicité obligatoire par une**

*publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée. C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, l'opportunité d'une telle publication complémentaire* » (circulaire d'application).

Attention ! Un arrêté du 27 mai 2004 précise dans quelles conditions les marchés relevant de la « procédure adaptée » doivent être pris en compte dans la liste que l'acheteur public est désormais tenu de publier, le premier trimestre de chaque année, des marchés qu'il a conclus l'année précédente avec le nom de leurs attributaires (article 138 du code). Cet arrêté est consultable dans la seconde partie de la présente étude.

### => Mise en concurrence des candidats

La mise en concurrence des candidats relève alors de la responsabilité de l'acheteur public et doit être adaptée en fonction du marché envisagé. S'agissant plus particulièrement du délai fixé pour la réception des offres, « l'acheteur veillera à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer. Une publicité adaptée qui fixerait un délai de réception des offres trop court pourrait être considérée (par le juge du contentieux, notamment) comme insuffisante au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement » (circulaire d'application).

### => Dispositions du code des marchés publics auxquelles sont soumis les marchés passés selon une procédure adaptée

Outre les principes et règles fondamentaux du titre 1<sup>er</sup> et du titre II (à l'exception du chapitre 5 définissant les documents constitutifs du marché), les marchés passés selon une procédure adaptée sont également soumis aux dispositions suivantes du code des marchés publics :

- article 40-II (Obligation de publicité) ;
- article 79 (Notification écrite au titulaire du marché avant tout commencement d'exécution) ;
- Titre IV (Règles d'exécution des marchés) ;
- Titre V (Contrôle des marchés publics) ;
- Titre VI (Dispositions diverses).

Une collectivité territoriale peut-elle définir elle-même, en interne, son propre « guide de bonnes pratiques » pour ses marchés relevant de la procédure adaptée ?

Oui, rien ne lui interdit.

**Ce guide a un caractère réglementaire s'il est approuvé par une délibération de l'organe délibérant. Il s'impose alors aux acheteurs de la collectivité concernée (précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances lors d'un débat sur Internet en date du 14 janvier 2004).**

## ⇒ Autres observations

- Les marchés passés selon une « procédure adaptée » sont *les marchés sans formalités préalables* visés aux articles 9, 10 et 11 de la loi « MURCEF » du 11 décembre 2001. Ils ne sont donc pas soumis à l'obligation de transmission au préfet pour contrôle de légalité (et ce même dans le cas où la collectivité concernée aurait, pour un marché dont le montant est ainsi inférieur à 230.000 euros HT, néanmoins choisi de recourir à la procédure d'appel d'offres : précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances lors d'un débat sur Internet en date du 14 janvier 2004).

- Les marchés relevant de la procédure adaptée ne sont pas concernés par la « dématérialisation des marchés publics » qui sera obligatoire à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, (article 56 du code). Toutefois, « *par essence, les procédures adaptées étant des procédures souples, rien n'interdit de les dématérialiser* » (précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances lors d'un débat sur Internet le 21 janvier 2004).

- Interrogé par un député le 18 mai 2004, M. Christian Jacob, ministre délégué aux PME, a indiqué que le Gouvernement envisage d'exonérer, par décret, les marchés d'un montant inférieur à 3.000 euros HT de l'obligation de mise en concurrence.

(A la date de rédaction de la présente étude, ce décret n'était pas encore publié).

## E. LES MARCHÉS DE SERVICES (ARTICLES 29 ET 30)

On distingue :

- **les marchés publics de services ayant pour objet les prestations énumérées à l'article 29 du code** : ces marchés sont soumis aux règles de passation prévues par le code des marchés publics (Titre III)
- **les marchés publics de services n'ayant pas pour objet les prestations énumérées à l'article 29 du code** : ces marchés peuvent être passés selon la **procédure allégée** définie à l'article 30 du code des marchés publics

### Comment déterminer à laquelle de ces deux catégories appartient un marché public de services ?

*« Pour déterminer les marchés de services qui peuvent bénéficier de la procédure allégée autorisée par l'article 30, il convient de vérifier que l'objet du marché n'est pas mentionné à l'article 29, qui liste les catégories de prestations de services soumises aux règles de passation du titre III (du code des marchés publics) et donc au respect des procédures de publicité et de mise en concurrence. **Les services qui ne sont pas inclus dans la liste de l'article 29 relèvent de l'article 30** » (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics).*

*« L'appartenance du marché à l'une ou l'autre des catégories mentionnées aux articles 29 et 30 se vérifie en outre **par référence aux catégories de services énumérés en annexe des directives européennes** » (circulaire précitée).*

Le tableau ci-après présente la table de correspondance entre, d'une part, les catégories de marchés de services relevant de l'article 29 du code (français) des marchés publics et, d'autre part, les nomenclatures internationales et européennes applicables en ce domaine (CPC : « Classification centrale des produits » des Nations unies ; CPV : vocabulaire commun pour tous les marchés publics au niveau européen). En se reportant au contenu détaillé de ces nomenclatures, la table concordance ci-jointe *« permet de définir le contenu des différentes catégories de services et, par voie de conséquence, le régime applicable au marché en cause »* (circulaire d'application du nouveau code des marchés publics).

Le contenu détaillé des nomenclatures CPV et CPC peut être consulté sur le site européen des marchés publics, à l'adresse suivante (la page d'accueil est en anglais, mais le texte intégral des documents est déchargeable en version française) :

<http://www.simap.eu.int/FR/pub/src/main5.htm>



**Pour les marchés de services « mixtes »** (marchés dont certaines prestations relèvent de l'article 29 et d'autres de l'article 30), ils sont passés conformément aux dispositions de l'article 29 si la valeur des prestations relevant de cet article dépasse celle des prestations relevant de l'article 30.

### En quoi consiste la procédure allégée de l'article 30 ?

La procédure allégée de l'article 30 est l'un des cas expressément définis dans lesquels, **selon sa circulaire d'application**, le nouveau code des marchés publics « *ne prévoit pas d'obligation de publier un avis d'appel public à la concurrence ni de procéder à une mise en concurrence* ».

En effet, **le premier alinéa** de l'article 30 ne soumet les marchés de services concernés qu'à une double obligation, à savoir :

- d'une part : la définition des prestations en cause par rapport à des normes, lorsque celles-ci existent ;
- d'autre part : l'envoi d'un avis d'attribution quand le montant du marché atteint 230.000 euros HT.

Les marchés de services relevant de cet article 30 **ne sont pas soumis, en revanche, aux règles de publicité et de mise en concurrence posées à l'article 1<sup>er</sup> du code** (voir réponse ministérielle ci-après).

Il convient de rappeler que **ce point est contesté par la Commission européenne** ; elle a d'ailleurs saisi la Cour de justice des communautés européennes d'un recours afin de faire constater l'illégalité, au regard du droit européen, de cette absence d'obligation de publicité adéquate pour les marchés de services de l'article 30.

### Les marchés passés dans le cadre de l'article 30 doivent-ils être notifiés ?

« **Oui**. *C'est une sécurité pour la bonne exécution du marché* » (précision fournie par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances lors d'un débat sur Internet en date du 21 janvier 2004)

**Attention ! Dès lors que leur montant atteint 230.000 euros HT**, la conclusion des marchés de services relevant de la « procédure allégée » de l'article 30 et passés par les collectivités territoriales **doit être autorisée par l'assemblée délibérante**.

Par ailleurs, ces marchés sont alors soumis au **contrôle de légalité**.

## Les marchés de services de l'article 30

### La réponse du ministère de l'économie et des finances <sup>19</sup> à la Commission européenne

« Il convient tout d'abord de rappeler les dispositions de l'article 30 qui prévoient que « Quel que soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 euros hors taxes. Ces marchés sont soumis aux règles prévues par le titre Ier, les chapitres 1er et 2 du titre II, le présent article et les titres IV à VI (...) ».

**« L'article 30 n'impose pas de procédure de publicité et de mise en concurrence pour la passation de ces marchés de services. S'agissant du respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'article 1.1, alinéa 2 in fine précise que « Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code », ce qui signifie que, de même que les directives communautaires organisent l'application des principes mentionnés dans le traité sur l'Union européenne, le code des marchés publics définit les règles à appliquer pour respecter ces principes. Dès lors, il convient de se référer aux dispositions du code pour choisir la procédure qui traduira, selon les cas, l'application de ces principes pour la passation d'un marché donné. Le fait d'avoir visé le titre I ne peut être interprété comme impliquant nécessairement, quelle que soit la prestation de service en cause, une publicité et une mise en concurrence préalable.**

**« L'article 30 ne fait que transposer en droit français une procédure très allégée autorisée par la directive 92/50 « services » pour les marchés de services mentionnés à l'annexe 1 B. En effet, le dispositif de l'article 30 se fonde sur l'article 9 de la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 qui ne fait référence, pour la passation de ces marchés de services limitativement énumérés, qu'aux articles 14 et 16 relatifs aux spécifications techniques et à la publication des avis d'attribution. Ces modalités particulières d'attribution ont été réaffirmées de manière encore plus nette par la directive en cours d'adoption (note : depuis, devenue la directive du 31 mars 2004).**

**« L'article 30 du code des marchés publics est donc strictement conforme aux exigences des directives européennes en vigueur, comme à celles de la future**

<sup>19</sup> Réponse à la question écrite de M. Jean-Claude Leroy, député (23 mars 2004)

**directive « marchés publics » qui vient d'être adoptée** par les instances communautaires et devrait être prochainement publiée. Il présente ainsi toutes les garanties de légalité nécessaires.

« **En tout état de cause**, si le code des marchés publics n'impose aucune procédure formalisée de publicité et de mise en concurrence, souhaitant par là transposer toutes les souplesses des textes européens, **il n'est pas interdit à l'acheteur public de prévoir une procédure adaptée lorsqu'il constate qu'une mise en concurrence s'avère être nécessaire pour répondre au mieux à son besoin notamment quand le marché en question est concurrentiel.** »

**F. LES MARCHÉS DE SERVICES RELEVANT DE L'ARTICLE 29 DU  
CODE DES MARCHÉS PUBLICS**

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC <sup>20</sup>	Numéros de référence CPV <sup>21</sup>
<b>1</b>	<b>Services d'entretien et de réparation</b>	<b>6112, 6122, 633, 886</b>	<b>De 50100000 à 50982000 (sauf 50310000 à 50324200 et 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)</b>
<b>2</b>	<b>Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier</b>	<b>712 (sauf 71235), 7512, 87304</b>	<b>De 60112000-6 à 60129300-1, (sauf 60121000 à 60121600, 60122200-1, 60122230-0), et de 64120000-3 à 64121200-2</b>
<b>3</b>	<b>Services de transports aériens : transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier</b>	<b>73 (sauf 7321)</b>	<b>De 62100000-3 à 62300000-5 (sauf 62121000-6, 62221000-7)</b>
<b>4</b>	<b>Transports de courrier par</b>	<b>71235, 7321</b>	<b>60122200-1, 60122230-0</b>

<sup>20</sup> « Classification centrale des produits » des Nations Unies.

<sup>21</sup> Vocabulaire commun pour tous les marchés publics au niveau européen.

	<b>transport terrestre et par air</b>		<b>62121000-6, 62221000-7</b>
<b>5</b>	<b>Services de télécommunications</b>	<b>752</b>	<b>De 64200000-8 à 64228200-2, 72318000-7, et de 72530000-9 à 72532000-3</b>
<b>6</b>	<b>Services financiers : a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement</b>	<b>Ex. 81, 812, 814</b>	<b>De 66100000-1 à 66430000-3 et de 67110000-1 à 67262000-1</b>
<b>7</b>	<b>Services informatiques et services connexes</b>	<b>84</b>	<b>De 50300000-8 à 50324200-4, de 72100000-6 à 72591000-4 (sauf 72318000-7 et de 72530000-9 à 72532000-3)</b>
<b>8</b>	<b>Services de recherche et de développement</b>	<b>85</b>	<b>De 73000000-2 à 73300000-5 (sauf 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0)</b>
<b>9</b>	<b>Services comptables, d'audit et de tenue de livres</b>	<b>862</b>	<b>De 74121000-3 à 74121250-0</b>
<b>10</b>	<b>Services d'études de marché et de sondages</b>	<b>864</b>	<b>De 74130000-9 à 74133000-0, et 74423100-1, 74423110-4</b>
<b>11</b>	<b>Services de conseil en gestion et</b>	<b>865, 866</b>	<b>De 73200000-4 à 73220000-0,</b>

	services connexes		de 74140000-2 à 74150000-5 (sauf 74142200-8), et 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
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	867	De 74200000-1 à 74276400-8, et de 74310000-5 à 74323100-0, et 74874000-6
13	Services de publicité	871	De 74400000-3 à 74422000-3 (sauf 74420000-9 et 74421000-6)
14	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201 à 82206	De 70300000-4 à 70340000-6, et de 74710000-9 à 74760000-4
15	Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442	De 78000000-7 à 78400000-1
16	Services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues	94	De 90100000-8 à 90320000-6, et 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0

## G. LES MARCHÉS NÉGOCIÉS (ARTICLE 35)

(procédure applicable : voir articles 65 et 66 du code)

« **Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation, après publicité et mise en concurrence, peut être utilement envisagé. Il permet en effet d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence** » (circulaire d'application).

Outre la **procédure adaptée** (article 28) et le **dialogue compétitif** (article 36), le recours à la négociation est principalement autorisé par l'**article 35 du code**<sup>22</sup>.

Trois catégories de marchés sont prévues dans ce cadre :

**1<sup>ère</sup> catégorie** *Les marchés négociés passés avec publicité préalable et mise en concurrence* (article 35-I) :

a) Après un appel d'offres infructueux, si l'une des conditions prévues par le code est satisfaite : absence d'offres, offres irrecevables ou inacceptables. **Les conditions initiales du marché ne doivent pas être modifiées** ;

b) Marchés de services :

=> lorsque la prestation à fournir, « notamment de prestations intellectuelles telles que la conception », 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 ;

=> ou, dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de services dont la nature et les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

c) Marchés de travaux :

=> conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate. *A la différence du code 2001, les marchés de fournitures sont désormais exclus de cette catégorie* ;

<sup>22</sup> La négociation est également autorisée, sous certaines conditions, dans les cas particuliers suivants : marchés de maîtrise d'œuvre (article 74-II) ou marchés visant à satisfaire les besoins des « opérateurs de réseaux » (au sens de l'article 82) quand ces besoins sont directement liés à l'activité de ces derniers (article 84).

=> ou dont le montant est compris entre 230.000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT (dans ce cas, le choix de cette procédure appartient à la PRM).

Pour les **marchés de travaux compris entre 230.000 euros HT et 5.900.000 euros HT**, **Rannel** la personne responsable du marché peut choisir la procédure de passation entre : l'appel d'offres, le dialogue compétitif ou le marché négocié (article 35-I).

**2<sup>ème</sup> catégorie** *Les marchés négociés passés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence* (article 35-II) :

a) Marchés à passer par suite d'une situation d'urgence impérieuse, « notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle » (code 2004), quand cette urgence n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés précédés d'un avis d'appel public à la concurrence ;

#### **La « situation d'urgence impérieuse » selon la jurisprudence**

Pour admettre une situation d'urgence justifiant l'abandon de la procédure d'appel d'offres au profit d'un marché négocié, la jurisprudence exige le respect de trois conditions :

- **l'événement doit présenter, par lui-même, un caractère d'urgence ;**
- **l'événement doit être imprévisible ;**
- **l'événement doit être indépendant de la volonté de la personne publique.**

b) Marchés de fournitures conclu uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate.

**3<sup>ème</sup> catégorie** *Les marchés négociés passés sans publicité préalable et sans mise en concurrence* (article 35-III) :

a) Marchés de fournitures, services ou travaux complémentaires :

**A la différence de l'avenant, qui « fait corps » avec le contrat initial, le marché complémentaire est un marché distinct du marché principal.**

**Dans tous les cas, le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal.**

Principales conditions :

- le marché initial a été passé après mise en concurrence
- le marché complémentaire est attribué au fournisseur initial ou à l'entreprise qui exécute le service ou l'ouvrage
- en cas de renouvellement ou de complément partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant (la durée de ces marchés complémentaires ne peut alors dépasser trois ans)
- en cas de services ou de travaux devenus nécessaires à la suite de circonstances imprévues et ne pouvant être séparés du marché initial

b) Marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations *similaires* à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire

Principales conditions :

- le marché doit porter sur des prestations « *similaires* » (code 2004) à celles qui avaient fait l'objet du marché principal
- le marché initial doit avoir été passé par appel d'offres
- le marché initial doit également avoir prévu (et indiqué dans le règlement de consultation et le cahier des charges) la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires
- l'appel d'offres initial doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services ou travaux
- la durée des nouveaux marchés ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial

c) Attribution d'un marché de services au lauréat d'un concours

Pour ce marché, le recours à la procédure négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence est logique, cette dernière ayant déjà eu lieu dans le cadre du concours (articles 38 et 70 du code).

Tous les lauréats du concours, désignés par la personne responsable du marché, doivent être invités à négocier.

d) Marchés ne pouvant être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité

Selon la jurisprudence, le recours à cette dernière catégorie de marchés négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence n'est possible qu'à deux conditions (cumulatives) :

- **un seul fournisseur est susceptible d'effectuer la prestation en cause ;**
- **et les besoins de l'acheteur public ne peuvent être satisfaits que par cette seule prestation.**

Par ailleurs, cette disposition ne s'applique pas aux achats d'œuvres d'art ou d'objets anciens ou de collection qui sont expressément exclus du champ d'application du code des marchés publics (article 3-11°).

## 6. COMMENT PEUT-ON ASSOCIER LES PME ET LES ARTISANS LOCAUX AUX MARCHÉS PUBLICS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ?

### L'interprétation du ministère de l'économie et des finances <sup>23</sup>

« Le code des marchés publics, issu du décret du 7 janvier 2004, **visent notamment à encourager les entreprises, et plus particulièrement les PME, à participer à la commande publique.**

« C'est dans cet objectif que le code prévoit **de nouvelles mesures de simplification dont elles pourront bénéficier**, telles que par exemple **la possibilité pour les acheteurs publics de passer des marchés selon une procédure adaptée pour les " petits lots " d'un marché principal passé selon une procédure formalisée.** Cette mesure permet d'associer les petites et moyennes entreprises à des opérations complexes, qui peuvent dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise.

=> **article 27-III**

« Le code prévoit également :

« - **l'allégement du dossier de candidature,**

« - **la possibilité de régulariser le contenu de la première enveloppe relative à la candidature** en cas d'oubli ou de pièces incomplètes,

=> **article 45**

« - ou encore **l'amélioration du régime des avances et des acomptes.**

=> **article 52**

« S'agissant du niveau auquel les personnes publiques organisent leurs procédures de passation de marchés publics, le code prévoit que les besoins doivent être en principe appréciés, pour le calcul des seuils de procédure, au niveau de la personne publique ; toutefois, dans tous les cas justifiés par des raisons objectives, le code permet aux personnes publiques de globaliser leurs besoins à un niveau inférieur.

=> **articles 87 à 89**

« En tout état de cause, même lorsque les besoins doivent être comptabilisés à un niveau centralisé, le code des marchés publics ne s'oppose pas à ce que la personne publique désigne à un niveau inférieur des personnes responsables des marchés chargées concrètement de la passation du marché. Dans ce cadre, les consultations peuvent être menées à un niveau local, facilitant l'accès des petites et moyennes entreprises aux

=> **article 5**

<sup>23</sup> Réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à la question écrite de M. Jean-Marc Pastor, sénateur (1<sup>er</sup> avril 2004)

marchés publics.

=> **article 20**

« Le code des marchés publics n'empêche donc pas les acheteurs publics qui le souhaitent de développer, par leur stratégie d'achat public, une politique de développement local, **tout en gardant à l'esprit que les marchés publics ne peuvent en aucun cas être attribués sur la base d'une préférence locale.** »

=> **car contraire au droit européen**

Par ailleurs, l'article 54 du code prévoit, « à égalité de prix ou à équivalence d'offres », et **dans les conditions définies par cet article**, un régime réservataire **en faveur des artisans**, des sociétés d'artisans et des sociétés coopératives d'artisans. Ce droit de préférence s'exerce de la même façon qu'il s'agisse d'un marché unique ou d'un marché alloti.

## 7. QU'ENTEND-ON PAR LA « DÉMATÉRIALISATION » DES MARCHÉS PUBLICS ?

### Article 56

#### 7.1. DE QUOI S'AGIT-IL ?

L'article 56 du code des marchés publics publié en 2001 (article dont le dispositif n'a pas été remis en cause par le nouveau code 2004) définit les conditions générales de la « dématérialisation » des marchés, **c'est-à-dire l'utilisation des nouvelles technologies de l'information (Internet) pour la passation des marchés publics.**

Cette « dématérialisation » peut prendre plusieurs formes, à savoir :

a) **L'échange, par voie électronique, des informations dont la communication est prévue par le code** pour la passation d'un marché public ; règlement de la consultation, lettre de consultation, cahier des charges, et renseignements complémentaires peuvent ainsi être mis à la disposition des entreprises par voie électronique. Les soumissionnaires peuvent toutefois demander à ce que ces documents leur soient transmis par voie postale.

b) **La communication à l'acheteur public des candidatures et des offres par voie électronique.**

**Jusqu'au 31 décembre 2004**, l'acheteur public pourra toutefois refuser cette

communication électronique **par mention explicite dans l'avis de publicité.**

**A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005**, en **À noter** revanche, **aucun acheteur public ne pourra plus refuser de recevoir des candidatures et des offres par voie électronique.**

*Le décret n° 2002-692 du 30 avril 2002 précise les conditions particulières d'application des deux points a) et b) mentionnés ci dessus.*

c) **La possibilité d'organiser des enchères électroniques mais uniquement pour l'achat de fournitures courantes**<sup>24</sup>.

#### Qu'est-ce qu'une enchère électronique ?

(dite également « enchère électronique inversée »)

**Extraits de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001 pris pour l'application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics**

*« Les enchères électroniques constituent le procédé par lequel les candidats à un marché public admis à présenter une*

<sup>24</sup> Toutefois, la nouvelle directive européenne, qui n'est **pas encore** transposée en droit français, élargit les enchères électroniques à tous les types de marchés. Le code français devra donc être modifié sur ce point au cours des prochains mois.

offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique **dans une période de temps préalablement déterminée par l'acheteur public** et portée à la connaissance de l'ensemble des candidats.

« **A l'intérieur de cette période, qui peut être prolongée dans des conditions prévues par le règlement de la consultation, les candidats sont tenus informés du niveau des offres de prix faites par les autres candidats, dont l'identité ne doit en aucun cas leur être communiquée. Ils ont la possibilité de faire varier leur offre de prix à la baisse.**

« *A l'issue de la période d'enchères, les offres de prix formulées par les candidats deviennent **intangibles**. Elles engagent leurs auteurs pendant la durée de validité des offres (...)* »

**d) La possibilité de remplacer tous les écrits mentionnés dans le code des marchés publics par un support ou un échange électronique.**

L'article 56 du code des marchés publics ne s'applique **À noter** **obligatoirement** qu'aux marchés dont le montant atteint les seuils des procédures obligatoires. **La « dématérialisation »** (notamment l'impossibilité, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, de refuser les candidatures et les offres transmises par voie électronique) **ne concerne donc pas les marchés passés selon la procédure adaptée de l'article 28.**

## **7.2. L'ÉCHÉANCE DU 1<sup>ER</sup> JANVIER 2005 SERA-T-ELLE REPORTÉE ?**

Face aux diverses interrogations techniques et juridiques liées à la dématérialisation des marchés publics, un certain nombre d'acheteurs publics semblent avoir mis un espoir parfois excessif dans l'éventualité d'un report, au-delà du 1<sup>er</sup> janvier 2005, de la date à partir de laquelle ils ne pourront plus refuser les candidatures et les offres qui leur seront transmises par voie électronique.

Or, à ce jour, toutes les informations officielles disponibles confirment le contraire : **l'échéance du 1<sup>er</sup> janvier 2005 sera bel et bien respectée** (voir citation ci-après).

**Q : La date du 1<sup>er</sup> janvier 2005 pour l'acceptation des offres dématérialisées risque-t-elle d'être remise en cause par un arrêté (article 56) ?**

**R : Non.** La date du 1<sup>er</sup> janvier 2005 est toujours la date limite.

*(Réponse du directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances lors d'un débat en ligne le 14 janvier 2004).*

Il appartient donc aux acheteurs publics, et notamment aux collectivités territoriales, de définir sans tarder les modalités techniques et juridiques leur permettant de satisfaire à leurs obligations en ce domaine, qu'il s'agisse :

- d'un développement spécifique « en interne » ou en association avec d'autres acheteurs publics ;

- ou de l'étude des conditions techniques et financières du recours aux services des « plateformes » d'achat public disponibles sur Internet.

L'agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE) devrait publier, dans le courant de l'été 2004, **un guide juridique et pratique de la dématérialisation des marchés publics.**

Adresse Internet de l'ADAE :

<http://www.adae.gouv.fr>

L'ADAE édite « Adèle », un magazine bimensuel d'informations sur l'administration électronique auquel on peut s'abonner par messagerie en ligne.

## 2<sup>ÈME</sup> PARTIE LES TEXTES DE RÉFÉRENCES

- **Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics :**

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=EC0Z0300023D>

- **Arrêté du 27 mai 2004 pris en application de l'article 138 du code des marchés publics et relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les personnes publiques**

- **Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics :**

<http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/publique4/index.htm>

Pour les **dispositions du code 2001 qui n'ont pas été modifiées par le code 2003**, les précisions et les interprétations fournies par l'**instruction du 28 août 2001** demeurent toujours valables (Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances)

- **Directive n° 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**

Bien que le code (français) des marchés publics publié en janvier 2004 ait « anticipé » l'adoption de cette directive, diverses « mises en conformité » demeurent encore nécessaires et devraient être effectuées en **2005**.



