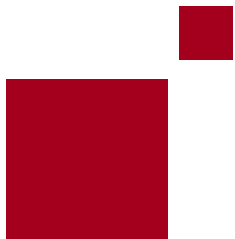


MARCHÉS PUBLICS :

Sécurisez vos procédures de passation

Association des Maires et Adjoints de La Sarthe

20 avril 2009

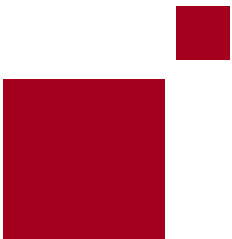


Chapitre 1 :

Les nouveautés issues des décrets des 17 et 19 décembre 2008

- **Les nouveautés issues des décrets du 17 et du 19 décembre 2008**
 - relèvement de 4 000 € HT à 20 000 € HT du seuil minimal en deçà duquel aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'est obligatoire.
 - suppression du seuil de 206 000 € HT, propre au droit français, qui imposait le recours à une procédure formalisée pour les marchés de travaux
 - ↳ La procédure adaptée peut donc être utilisée jusqu'au seuil communautaire de 5,15 M€
 - suppression de la Commission d'Appel d'offres (CAO) pour les marchés de l'Etat, de ses établissements publics de santé, sociaux et médico-sociaux.

- suppression du système de la double enveloppe pour les procédures d'appel d'offres ouvert.
- en cas de sujétions techniques imprévues, les avenants peuvent être passés sans limitation de montant.
- obligation d'insérer une clause de variation de prix pour les MP de fournitures et services dont la durée d'exécution > 3 mois (c'était déjà le cas pour les marchés de travaux).
- pour toute l'année 2009, et sur simple demande de l'entreprise, des avances sont accordées pour tout marché > 20 000 € HT, même s'il est déjà en cours d'exécution. Il s'agit d'une mesure conjoncturelle dérogatoire, le principe demeurant le versement obligatoire d'une avance pour les marchés > 50 000 € et dont le délai d'exécution dépasse deux mois.



- le délai de paiement est ramené de 45 à 40 jours au 1er janvier 2009 (puis 35 jours au 1^{er} janvier 2010, puis 30 jours au 1^{er} juillet 2010).
- à partir du 1^{er} janvier 2010, pour les marchés > 90 000 € HT, l'acheteur public devra publier l'AAPC et les documents de la consultation sur son profit d'acheteur (site Internet dédié).
- Au 1er janvier 2012, l'acheteur public ne pourra plus refuser la transmission électronique des documents exigés des candidats pour les marchés > 90 000 €.

Chapitre 2 :

Les différentes procédures

Les différentes procédures

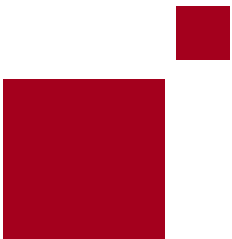
- **Il existe différentes procédures de mise en concurrence.**
 - Les procédures prévues par le Code des marchés publics.
 - Champ d'application du Code des marchés publics :
les marchés publics et les accords-cadres conclus à titre onéreux par des pouvoirs adjudicateurs pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services
 - Sont des pouvoirs adjudicateurs :
 - État et établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial (les chambres consulaires) ;
 - Collectivités territoriales (communes, départements et régions) et les établissements publics locaux (syndicats intercommunaux, communautés de communes, hôpitaux, syndicats mixtes, CCAS, OPHLM etc.)

- Les articles 134 à 175 du Code des marchés publics sont spécifiques aux « *entités adjudicatrices* »
- Les « *entités adjudicatrices* » sont des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 du CMP lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 135 CMP :
 - ↪ exploitation de réseaux de production, de transports ou de distribution d'électricité, de gaz, de chaleur ou d'eau potable, la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, gaz, chaleur ou eau potable
 - ↪ évacuation et traitement des eaux usées
 - ↪ transports collectifs
 - ↪ services postaux

- Les procédures prévues par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005.
 - Champ d'application de l'ordonnance :
les marchés publics et les accords-cadres conclus à titre onéreux par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services
 - Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices :
 - Ils ne sont pas soumis au Code des marchés publics
 - Il s'agit d'organismes de droit privé ou d'organismes de droit public
 - » A titre d'exemple, une SEM d'aménagement, la SNCF, RFF, la Banque de France ...

■ Les procédures formalisées

- Appels d'offres ouverts ou restreints
- Procédure négociée
- Dialogue compétitif
- Conception – réalisation
- Concours
- Accord-cadre
- Système d'acquisition dynamique
- Marchés de définition
- Marchés à bons de commande



■ La procédure d'appel d'offres

- Définition :
 - Article 33 : « *procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats* ».
 - Il peut être ouvert (tout opérateur peut remettre une offre) ou restreint (sélection préalable des candidats).

■ La procédure négociée

- Définition :
 - Article 34 : « *procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ».

- La procédure négociée comporte deux variantes :
 - la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence ;
 - la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence.

■ La procédure négociée

- Cas de recours à la procédure négociée après publicité et mise en concurrence (article 35-I) :
 - Exemples :
 - Après appel d'offres ou dialogue compétitif ayant abouti à des offres irrégulières ou inacceptables, et lorsque les conditions du marché ne sont pas substantiellement modifiées.
 - Marchés et accords cadres de travaux conclus à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale.
 - Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.
 - Marchés et accords cadres de travaux dont le montant est compris entre 206 000 et 5 150 000 euros HT.

■ La procédure négociée

- Cas de recours à la procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence (article 35-II) :
 - En cas d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles.
 - Marchés et accords cadres pour lesquels aucune candidature ou offre n'a été déposée, ou pour lesquels aucune offre appropriée n'a été présentée et sous réserve que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

- Marchés complémentaires de travaux et de services conclus avec le cocontractant initial pour des prestations autres que celles figurant dans le marché initial mais devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue.
 - » *Montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du marché initial.*

- Marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires.
 - » *Marché initial doit avoir indiqué la possibilité de recourir à un marché négocié pour des prestations similaires*
 - » *Marché négocié doit être conclu dans les 3 ans à compter de la notification du marché initial*

■ Le dialogue compétitif

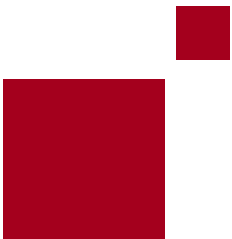
■ Définition :

- Article 36 : « *Procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.* »
- Il faut que le marché soit considéré comme « *complexe* », sauf pour les marchés de travaux entre 206.000 € HT et 5.150.000 € HT.

■ Le concours

■ Définition :

- Article 38 : « *procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury [...] un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché* ».
- Le concours peut être ouvert ou restreint.



■ Le système d'acquisition dynamique

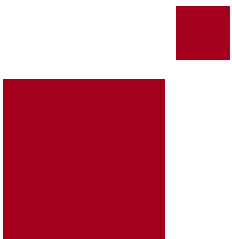
■ Définition :

- Article 78 : « *procédure entièrement électronique de passation de marché publics, pour de fournitures courantes, par lequel le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative* ».
- Procédure uniquement pour des fournitures courantes.
- Durée limitée à 4 ans.

■ La procédure adaptée

■ Définition

Marchés dont la procédure est déterminée librement par la personne publique « *en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».



■ La publicité des marchés à procédure adaptée :

- publicité obligatoire dans un JAL ou au BOAMP si marché > 90 000 € HT
- la publicité doit intégrer la dimension économique de l'achat et les entreprises susceptibles d'être intéressées
 - ↳ pour un marché portant sur une mission de programmiste pour l'aménagement d'un musée, il a été exigé une publicité nationale alors que le montant du marché était de 35 000 € HT (*Conseil d'Etat, 7 octobre 2005, n° 278732, Région Nord Pas de Calais*)
- les critères de choix des offres (pondération non obligatoire) doivent être inscrits dans l'AAPC ou dans le règlement de la consultation.

L'entité juridique habilitée à attribuer un MAPA

- Le CMP étant muet sur ce point, les dispositions du CGCT s'appliquent :
 - ↪ soit l'assemblée délibérante a conservé la compétence
 - ↪ soit elle l'a transféré à l'exécutif (« pour prendre toutes les décisions relatives à la passation des marchés susceptibles d'être passés sans formalités préalables »)

L'entité juridique habilitée à attribuer un MAPA

- L'exception au principe : les MAPA de l'article 30 CMP
 - ↪ les marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à l'article 29 peuvent être passés en procédure adaptée quel que soit leur montant. Toutefois, les marchés $\geq 206\ 000$ € HT sont attribués par la Commission d'Appel d'offres pour les collectivités locales.

- Si la CAO a attribué le MAPA à la place de l'assemblée délibérante ou de l'exécutif, la décision d'attribution est annulée pour incompétence (CAA Versailles, 7 juin 2005, n° 02VE01103, société d'études SERF c/ Syndicat d'agglomération nouvelle Cergy-Pontoise).

Pouvoirs adjudicateurs
Seuils des procédures formalisées
Marchés de fournitures et de services

	État	Collectivités territoriales
Seuils (euros HT)	Procédure adaptée (article 28) ▼ 133.000 € ▼ Au-delà possibilité de recourir à toutes les procédures formalisées	Procédure adaptée (article 28) ▼ 206.000 € ▼ Au-delà possibilité de recourir à toutes les procédures formalisées

Pouvoirs adjudicateurs
Seuils des procédures formalisées
Marchés de travaux

	État et collectivités territoriales
Seuils (euros HT)	<p>Procédure adaptée (article 28)</p> <p>▽</p> <p>5.150.000 €</p> <p>Le pouvoir adjudicateur recourt en principe à l'appel d'offres ; et dans certains cas, aux marchés négociés, au concours, au dialogue compétitif.</p>

Entités adjudicatrices
Seuil des procédures formalisées

	État et collectivités territoriales
Seuil (euros HT)	Procédure adaptée (article 146) ▽ 412.000 € Choix entre les procédures formalisées.

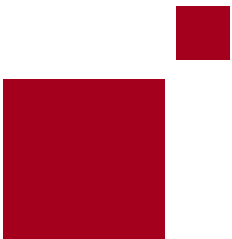
Pouvoirs adjudicateurs et Entités adjudicatrices
Marchés de travaux, fournitures et services

	État et collectivités territoriales
Seuils (euros HT)	Marché passé sans publicité ni mise en concurrence Pas d'obligation de forme écrite ▽ 20.000 €

Les grands principes de la commande publique

- **Principes qui valent pour toutes les procédures**

- **Ils sont rappelés à l'article 1er du Code :**
 - La liberté d'accès à la commande publique.
 - L'égalité de traitement des candidats.
 - La transparence des procédures.



Chapitre 3:

L'avis d'appel public à la concurrence

■ Avis pour les procédures formalisées

- Modèles fixés par le règlement CE n°1564/2005 du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics
 - Avis de pré-information
 - Avis de marché adressé au BOAMP ou au JOUE

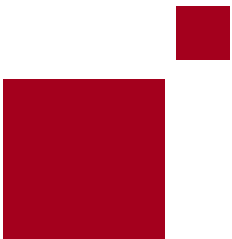
- **Avis pour les procédures formalisées**
 - Renseignements obligatoires – avis BOAMP/ JOUE
 - Renseignements sur le pouvoir adjudicateur
 - Objet du marché
 - Type de marché (travaux, fournitures, services) et lieu d'exécution
 - Marché public ou accord-cadre
 - Description des prestations attendues
 - Division en lots
 - Variantes ou options
 - Quantité ou étendue globale
 - Durée ou délais d'exécution

- Renseignements d'ordre juridique, économique, financier et technique
 - Savoir si un cautionnement ou des garanties sont exigés.
 - Modalités essentielles de paiement.
 - Forme juridique attendue du groupement d'entreprises.
 - Conditions de l'exécution du marché.
 - Marchés réservés (ateliers protégés).

- Procédure
 - Type de procédure.
 - Limites concernant le nombre d'opérateurs invités à soumissionner ou à participer.
 - Réduction du nombre d'opérateurs durant la négociation ou le dialogue.
 - Critères d'attribution.
 - Indications sur les publications antérieures.
 - Délai minimal pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre.
 - Procédures de recours.

■ Avis pour les procédures formalisées

- Avis complémentaires aux avis de publicité BOAMP et JOUE
 - Rédaction libre de ces avis.
 - Ces avis complémentaires doivent toutefois faire expressément référence à l'avis BOAMP ou à l'avis JOUE.



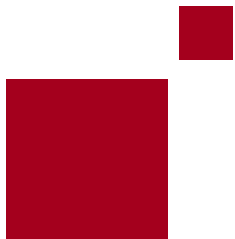
- **Conseil d'Etat, 19 septembre 2007, req. n° 298294, Service Départemental d'Incendie et de Secours du Nord (SDIS)**

La date prévisionnelle de notification du marché doit être portée à la connaissance des candidats dès l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC).

A moins que le formulaire annexé à l'arrêté du 30 janvier 2004 n'indique que la rubrique doit être renseignée « le cas échéant », toutes les rubriques doivent être renseignées.

 Jurisprudences similaires existantes pour :

- indication que le marché est ou non couvert par l'Accord sur les Marchés Publics de l'OMC
- langue de rédaction des offres
- modalités essentielles de financement et de paiement
- délai minimum de maintien de l'offre
- voies et délais de recours



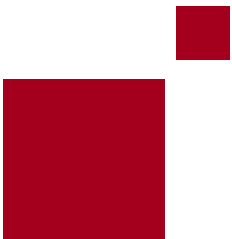
- **Conseil d'Etat, 24 octobre 2008, req n° 313600, Communauté d'agglomération de l'Artois**

Les AAPC des marchés à bons de commande, même lorsqu'il portent sur des contrats à conclure « *sans minimum ni maximum* » conformément à l'article 77 du CMP, doivent indiquer la valeur totale estimée des prestations ainsi que, dans la mesure du possible, la valeur et la fréquence des commandes ultérieures.

↳ Les marchés à bons de commande doivent être regardés comme des accords-cadres au regard du droit communautaire, et doivent donc respecter le modèle d'avis de marché imposé par le règlement de la Commission n° 1564/2005/CE du 7 septembre 2005, lequel prévoit que doit être obligatoirement renseignée la rubrique « *quantité ou étendue globale* ».

- **Conseil d'Etat, 6 mars 2009 req. n° 315138, commune de Savigny-sur-Orge**

L'avis d'appel public à concurrence peut ne pas préciser les délais d'introduction des recours s'il contient les coordonnées du service pouvant fournir ces informations. En l'espèce, la commune avait inscrit dans l'AAPC les coordonnées du Tribunal Administratif territorialement compétent (validé par le Conseil d'Etat).



■ Avis pour la procédure adaptée

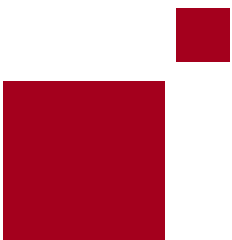
- *Modèle d'avis prévu à l'annexe I de l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics*

Mentions obligatoires :

- Date limite de remise des offres
- Description de l'objet du marché, de sa durée, de son lieu d'exécution
- Caractéristiques de la procédure
- Critères d'attribution

■ Délais minimaux obligatoires

Dans certaines procédures formalisées, il existe des délais minimaux imposés pour la remise des candidatures ou des offres.



■ Délais minimaux obligatoires

- Date limite de remise des candidatures/offres

Appel d'offres ouvert

- délai minimum de 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis
 - » réduction en cas d'avis de pré-information (22 jours)
 - » réduction en cas d'urgence (15 jours)
 - » réduction de 7 jours si envoi par voie électronique
 - » réduction de 5 jours si accès libre, complet et direct aux documents de la consultation par voie électronique dès la publication de l'avis

Appel d'offres restreint :

- remise des candidatures : délai minimum de 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis
 - » réductions possibles en cas d'envoi par voie électronique (30 jours) ou en cas d'urgence (15 jours ou 10 jours si envoi par voie électronique)

- remise des offres : délai minimum de 40 jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation
 - » réductions possibles en cas de publication d'un avis de pré-information (délai ramené à 22 jours), en cas d'accès par voie électronique (- 5 jours) ou en cas d'urgence (délai ramené à 10 jours)

Procédure négociée

Remise des candidatures : délai minimum de 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis

- réductions possibles en cas d'envoi par voie électronique (30 jours) ou en cas d'urgence (15 jours ou 10 jours si envoi par voie électronique)

Remise des offres : pas de délai minimum imposé.

Prorogation du délai dans les cas suivants :

- Lorsque le délai de demande de renseignements ne peut être respecté (au moins 6 jours avant la date de remise des offres)
- Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires.

Obtention des documents dans les procédures formalisées

- Obtention dans les 6 jours qui suivent la demande
 - Le pouvoir adjudicateur est tenu de fournir les documents de la consultation dans les 6 jours qui suivent la demande d'un candidat.
- Obtention de renseignements complémentaires
 - Le pouvoir adjudicateur est tenu de répondre aux candidats au plus tard 6 jours (appel d'offres ouvert, procédure négociée) ou 4 jours (appel d'offres restreint) avant la date limite fixée pour la remise des offres.

Les anomalies de l'avis, délais et voies de recours

■ Les anomalies de l'avis

- Toute mention obligatoire qui est manquante constitue une irrégularité.
 - Exemples :
 - Défaut de la mention des critères de jugement des offres.
 - Défaut d'indication sur les documents à fournir pour apprécier les capacités du candidat.

Les anomalies de l'avis, délais et voies de recours

■ Les délais et voies de recours

- Jusqu'à très récemment, il était possible de demander l'annulation de la procédure pour toute anomalie affectant l'avis de publicité.
 - Action en référé précontractuel : article L.551-1 du Code de justice administrative
- Arrêt du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008 (Smirgeomes)
 - Pour obtenir l'annulation de la procédure en invoquant une irrégularité affectant l'avis de publicité, le requérant doit désormais démontrer que cette irrégularité l'a lésé ou aurait pu le léser, fut-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

Chapitre 4: Le dossier de consultation des entreprises

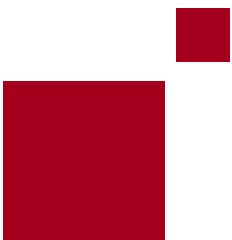
Choix et déroulement de la procédure

- **La procédure d'appel d'offres**
 - **Déroulement de la procédure :**
 - Publication d'un avis d'appel à la concurrence.
 - Remise de candidatures et d'offres successivement ou simultanément (système de la double enveloppe supprimé).
 - Jugement des offres selon les critères annoncés.
 - Mise au point possible du marché avec l'attributaire.
 - Pas de négociation possible pour les candidats.

Choix et déroulement de la procédure

- La procédure est légèrement différente selon qu'elle est mise en œuvre par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice.
 - En cas de limitation pour les candidatures, les pouvoirs adjudicateurs doivent fixer un minimum de candidatures à 5, alors qu'il n'existe de seuil minimum pour les entités adjudicatrices.

- Des différences existent entre l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint.



Choix et déroulement de la procédure

Appel d'offres ouvert	Appel d'offres restreint
<p>Réception candidature/offre pas moins de 52 jours après la date d'envoi de l'avis.</p> <p>Ce délai peut être réduit à :</p> <ul style="list-style-type: none"> - 22 jours minimum, si pré-information ou marché de travaux < 5.150.000 € H.T. - 15 jours, en cas d'urgence et uniquement pour les marchés de travaux < 5.150.000 € H.T. <p>+ Réductions cumulables en cas de consultations électroniques :</p> <ul style="list-style-type: none"> * réduction de 7 jours si envoi de l'avis par voie électronique * réduction de 5 jours si consultation des documents par voie électronique toutefois sauf en cas de pré-information. 	<p>■ Réception des candidatures : 37 jours au moins après la date d'envoi de l'avis.</p> <p>Réductions à :</p> <ul style="list-style-type: none"> - 30 jours si envoi électronique - 15 jours, en cas d'urgence et 10 jours si envoi électronique - 22 jours pour marché de travaux < 5.150.000 € H.T et 15 jours si envoi électronique <p>■ Réception des offres : 40 jours au moins après envoi lettre consultation.</p> <p>Réductions à :</p> <ul style="list-style-type: none"> - 22 jours, si pré-information ou marché de travaux < 5.150.000 € H.T. -10 jours, en cas d'urgence. <p>+ réduction de 5 jours si consultation électronique sauf pour délai urgence.</p>

Choix et déroulement de la procédure

■ La procédure négociée

- La procédure est prévue aux articles 65 et 66 du Code.
- Elle comporte éventuellement en fonction des cas:
 - Un avis d'appel public à la concurrence
 - La sélection de candidatures
 - L'envoi d'une lettre de consultation
 - L'examen des offres
 - Une négociation
 - Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Choix et déroulement de la procédure

■ La procédure négociée

- Intérêts de cette procédure:
 - Limitation possible du nombre de candidats admis à présenter une offre (3 candidats minimum)
 - Négociation avec les candidats sélectionnés
 - Négociation ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché
 - Principe d'égalité de traitement entre les candidats
 - » Interdiction de révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles
 - Elimination possible des candidats à l'issue des phases successives de négociation (obligation d'indiquer dans l'avis ou dans le règlement de la consultation)

Choix et déroulement de la procédure

■ Le dialogue compétitif

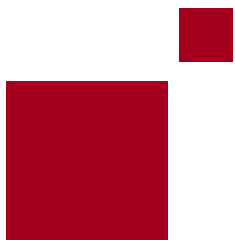
- Procédure (article 67) :
 - Déroulement du dialogue.
 - Possibilité de dialoguer avec des phases successives.
 - Poursuite du dialogue jusqu'à l'identification de la ou des solutions susceptibles de répondre aux besoins.
 - Remise des offres.
 - Invitation des candidats à remettre leur offre finale sur la base de la solution présentée pendant le dialogue.
 - Classement des offres et choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Choix et déroulement de la procédure

■ La procédure adaptée

- Caractéristiques :
 - Mesures de publicité :
 - **au dessous du seuil de 90.000** euros HT, elles sont librement fixées par la personne publique.

Idée d'une publicité proportionnelle au montant du marché, à l'objet, la nature, la complexité, au degré de concurrence et à l'urgence du besoin.



Choix et déroulement de la procédure

- **au dessus du seuil de 90.000 euros HT** : publication d'un avis d'appel public à la concurrence soit dans le BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, complétée, si nécessaire, par une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné.

Choix et déroulement de la procédure

■ La procédure adaptée

- Mesures de mise en concurrence:
 - Même si le Code n'impose aucune mesure de mise en concurrence, la personne publique doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande, d'égalité de traitement et de transparence.
 - La personne publique définit ses propres règles de mise en concurrence.
 - La personne publique peut mettre en place une phase de négociation avec les candidats.

Choix et déroulement de la procédure

■ La procédure adaptée

- Exception : ni publicité, ni mise en concurrence pour certains marchés limitativement énumérés (article 28 dernier alinéa)
 - Si les circonstances le justifient,
 - Si le montant est inférieur à 20.000 € HT,
 - Dans les circonstances de l'article 35-II, c'est-à-dire dans les cas de recours aux marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence.

Choix et déroulement de la procédure

L'accord-cadre

■ Article 76 du Code des marchés publics

Innovation du Code de 2006. Procédure qui permet de séparer la procédure formalisée de passation du contrat d'achat.

■ L'accord-cadre : 2 étapes

- 1^{ère} étape : conclusion de l'accord-cadre proprement dit.
- 2^{ème} étape : passation des marchés avec le ou les fournisseur(s) sélectionné(s) soit au moment de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

Choix et déroulement de la procédure

L'accord-cadre

■ La passation de l'accord-cadre

- Passation selon les procédures de droit commun.
- Accord-cadre peut prévoir un maximum et un minimum en valeur ou quantité.
- Durée maximale de 4 ans, sauf exceptions.
- Si attribution de l'accord-cadre à plusieurs opérateurs, respecter un minimum de 3 opérateurs
- Passation des marchés sur le fondement de l'accord-cadre en fonction soit du besoin soit d'une périodicité prévue initialement.
- Conclusion des marchés pendant la durée de validité de l'accord-cadre.

Choix et déroulement de la procédure

L'accord-cadre

- **La passation des marchés sur fondement de l'accord-cadre**
 - Avec un seul fournisseur :
 - Les marchés sont passés dans la limite des termes fixés par l'accord-cadre.
 - Possibilité de demander au titulaire de compléter par écrit son offre.
 - Pas de modification substantielle de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre.

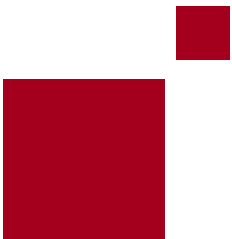
Choix et déroulement de la procédure

L'accord-cadre

- **La passation des marchés sur fondement de l'accord-cadre**
 - Avec plusieurs fournisseurs :
 - Remise en concurrence entre les fournisseurs titulaires de l'accord-cadre.
 - Pas de modification substantielle des termes de l'accord-cadre.
 - Attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères définis dans l'accord-cadre.

Les marchés à bons de commande

- **Marchés fractionnés dans le temps (4 ans maxi) exécutés par l'émission de bons de commande au fur et à mesure de l'évolution des besoins.**
- **L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence.**



Les marchés à bons de commande

- **Cour Administrative d'Appel de Paris, 20 novembre 2007, req. n° 05PA00275, Commune de Koumac**

Lorsqu'un marché à bons de commande fixe un minimum en valeur ou en quantité, le titulaire a droit à indemnité si ce minimum de commandes n'est pas atteint. La cour accorde au cocontractant une indemnité comprenant la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée l'exécution du montant minimal des travaux prévus au marché et une fraction de la rémunération due au gérant.

Les pièces exigées au niveau de la candidature

■ Principe :

- Pour toutes les procédures de mise en concurrence :

« Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou document permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. »

Article 45 du Code des marchés publics

Les pièces exigées au niveau de la candidature

■ Renseignements d'ordre juridique

- Le pouvoir adjudicateur peut demander des renseignements relatifs à la situation juridique du candidat.
 - Lettre de candidature avec les documents relatifs à la personne habilitée pour engager l'entreprise.
 - Copie du jugement de redressement judiciaire.
 - Déclaration du candidat qu'il n'entre dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner à un marché public.
 - Extrait Kbis
 - Etc.

Les pièces exigées au niveau de la candidature

■ Renseignements d'ordre financier et économique

- Le pouvoir adjudicateur ne peut demander que des documents ou renseignements prévus par l'arrêté du 28 août 2006.
 - Par exemple :
 - Déclaration sur le CA global et le CA concernant les travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles.
 - Bilans ou extrait de bilans concernant les trois dernières années pour les opérateurs économiques pour lesquels l'établissement de bilans est obligatoire.
 - Irrégularité de la procédure si le pouvoir adjudicateur a exigé des documents non visés par l'arrêté du 28 août 2006.

Les pièces exigées au niveau de la candidature

- **Possibilité de fixer des niveaux minimaux de capacité.**
 - Par exemple : fixation d'un minimum de CA en fonction du montant du futur marché.
 - Attention le niveau minimum de garantie financière doit être proportionné à l'objet du marché : contrôle du juge
 - » Arrêt du CE, 17 novembre 2006, ANPE : l'ANPE avait exigé un CA au moins égal au montant maximum du marché, alors que le marché était scindé en trois lots ; exigence disproportionnée ; annulation de la procédure de passation

Les pièces exigées au niveau de la candidature

- **Renseignements d'ordre technique et professionnel**
 - Le pouvoir adjudicateur ne peut demander que des documents ou renseignements prévus par l'arrêté du 28 août 2006.
 - Par exemple :
 - Indication des titres d'études et professionnels de l'opérateur économique.
 - Déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le candidat dispose.
 - Certificats de qualifications professionnelles.
 - » Toutefois, le pouvoir adjudicateur doit préciser que la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence du candidat.

Les pièces exigées au niveau de la candidature

- L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

Article 52 du Code des marchés publics

Les pièces contractuelles

- **Ordre de priorité des pièces contractuelles:**
 - Tout marché public comporte différentes pièces contractuelles.
 - Ces pièces sont classées par ordre de priorité.
 - Les marchés passés selon les procédures formalisées doivent comprendre un acte d'engagement et le cas échéant, un CCAP, CCTP et un CCAG voire CCTG.

Les pièces contractuelles

■ Le CCAP

- Le Cahier des Clauses Administratives Particulières est une pièce contractuelle.
- Le CCAP peut faire référence à un CCAG.

Le CCAG (cahier des clauses administratives générales) qui fixe les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés n'est pas un document obligatoire.

S'il est fait référence au CCAG dans le CCAP, ce dernier doit nécessairement indiquer les clauses qui y dérogent.

Les pièces contractuelles

■ Le CCAP

- Il fixe les conditions administratives particulières du marché, telles que notamment :
 - Objet du marché
 - Durée
 - Variantes, options
 - Sous-traitance
 - Marché à bons de commande/ Marchés à tranches conditionnelles
 - Lots
 - Conditions de règlement
 - Avances, acomptes
 - Conditions de résiliation

Les pièces contractuelles

■ L'acte d'engagement

- C'est une pièce contractuelle.
- Il est signé par le candidat.
- Il fixe le prix du marché
 - Prix forfaitaire
 - Prix unitaires avec le bordereau de prix unitaires (BPU)
 - En cas de prix unitaires, l'acte d'engagement donne un montant indicatif du prix du marché en appliquant au BPU un montant estimatif des quantités à mettre en œuvre.
 - En principe, lorsqu'il y a une différence entre le BPU et l'acte d'engagement concernant les prix unitaires, c'est le BPU qui prévaut.

Les obligations de l'acheteur public

■ La rédaction du cahier des charges par l'acheteur public

Le code des marchés publics (article 6) offre une triple option pour la rédaction du CCTP :

- 1) référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats
- 2) rédaction « *en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles* »
- 3) combinaison des deux premières formules.

Les obligations de l'acheteur public

« Performances ou exigences fonctionnelles »

↳ la construction d'un mur n'est pas décrite par l'énumération des matériaux qui le constituent (parpaings, briques,...) ou ses dimensions.....

.....mais par la fonctionnalité que ce mur doit assurer : soutènement, cloisonnement, isolation thermique ou phonique.

L'allotissement

- L'article 10 du CMP invite les acheteurs publics à utiliser l'allotissement pour favoriser l'accès des PME.
- L'acheteur ne peut écarter l'allotissement que dans les cas suivants :
 - s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence
 - s'il estime que l'allotissement risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations.
 - s'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Chapitre 5 :

Analyser les candidatures et les offres

Au niveau de la candidature

■ Principes :

- Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.
(article 45 CMP)

- Un même candidat peut présenter :
 - Une offre en tant que candidat individuel et une offre en tant que membre d'un ou plusieurs groupements
 - Toutefois, l'avis de publicité ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché plusieurs offres en agissant à la fois :
 - En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements.
 - En qualité de membres de plusieurs groupements.

Au niveau de la candidature

- **Choix d'un groupement momentané d'entreprises :**
 - **Forme juridique du groupement**
 - **Groupement conjoint :**
 - Chacun des membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.
 - Le mandataire désigné coordonne les prestations et est l'interlocuteur du pouvoir adjudicateur.
 - Possibilité que le mandataire soit solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du pouvoir adjudicateur.

Au niveau de la candidature

- **Choix d'un groupement momentané d'entreprises :**
 - **Forme juridique du groupement**
 - **Groupement solidaire :**
 - Chacun des membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public.
 - Le mandataire désigné coordonne les prestations et est l'interlocuteur du pouvoir adjudicateur.

Au niveau de la candidature

- **Choix d'un groupement momentané d'entreprises :**
 - L'avis de publicité ne peut imposer une forme de groupement.
 - La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché.
 - Toutefois, possibilité pour le groupement, en cas de défaillance d'un de ses membres, de continuer à participer à la procédure de passation sans le membre défaillant.

Au niveau de la candidature

- **Cour Administrative d'Appel de Nantes, 27 juin 2008, Communauté de Communes de La Plaine d'Argentan Nord, req. n°07NT01245**

L'acheteur public ne peut imposer ou interdire aux candidats une forme de groupement d'entreprises (conjoint ou solidaire), sous peine d'entâcher d'irrégularité la procédure.

En revanche, le marché peut prévoir que le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur (article 51-II alinéa 2 CMP).

Au niveau de la candidature

- **Choix d'un groupement momentané d'entreprises :**
 - L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale.
 - Pas d'exigence que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

Au niveau de la candidature

■ Pièces à produire :

- Pièces exigées et récapitulées dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation.
- Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat (individuel ou groupement) peut demander que :
 - Soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui.
 - Dans ce cas, il devra justifier des capacités de ces autres opérateurs et apporter la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

Au niveau de la candidature

- **Pièces à produire :**
 - Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des documents prévus par l'arrêté du 28 août 2006, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur.

Au niveau de l'offre

- **Etablissement du prix**
 - **C'est l'élément indispensable pour la réponse dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence.**
 - **Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux.**
 - **Le prix doit être déterminé ou déterminable.**
 - Prix forfaitaire ou prix unitaires.
 - Marchés à prix provisoires.
 - **La modification des prix.**
 - Prix fermes avec une clause d'actualisation.
 - Prix révisables pour tenir compte des variations économiques.

Au niveau de l'offre

- **Répondre avec des variantes et/ou des options**
 - **Répondre avec des variantes.**
 - La réponse avec des variantes n'est possible que si le pouvoir adjudicateur l'a autorisée.
 - Les documents de la consultation doivent indiquer les exigences minimales que les variantes doivent respecter.
 - Il n'est pas satisfait à l'exigence tenant à la mention des conditions minimales requises par un pouvoir adjudicateur pour prendre en considération les variantes lorsque le cahier des charges se borne à renvoyer à une disposition de la législation nationale.
 - Les variantes doivent être présentées avec **l'offre de base**.

Au niveau de l'offre

- **Répondre avec des variantes et/ou des options**
 - **Répondre avec des options.**
 - **C'est au pouvoir adjudicateur d'indiquer les options attendues dans les documents de la consultation.**
 - **Les candidats devront faire une réponse pour chaque option.**

Au niveau de l'offre

La sous-traitance

- Contrat de droit privé conclu entre le titulaire du marché et une autre entreprise, à laquelle elle confie une partie des prestations
- L'acheteur public doit accepter chaque sous-traitant et agréer ses conditions de paiement
- L'entreprise titulaire du marché peut présenter son ou ses sous-traitants au moment de l'offre ou en cours d'exécution du marché
- Droit au paiement direct par le maître d'ouvrage public si le montant du contrat de sous-traitance ≥ 600 € TTC

Le contenu des offres

- **Le minimum : un acte d'engagement tel que défini à l'article 11.**
- **Facultativement :**
 - des échantillons de fournitures, des maquettes, un devis descriptif et estimatif (article 49).
- **Possibilité de demander la part des prestations sous-traitées notamment à des PME.**
- **Offres dématérialisées :**

Production d'un certificat de signature délivré par des autorités agréées.

Le jugement des candidatures

- **L'absence ou le caractère incomplet des pièces.**
 - Le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de compléter leur dossier.
 - Délai identique pour tous et maximum de 10 jours.
- **L'absence de références.**
 - L'absence de références ne peut pas justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas de l'examen des capacités professionnelles, techniques et financières (article 52 du Code).

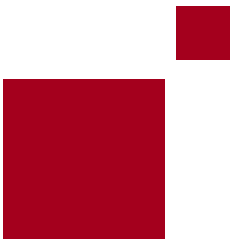
Le jugement des candidatures

- **En cas de limitation du nombre de candidats admis à présenter une offre :**
 - Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats en vérifiant qu'ils n'entrent dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner, que leur dossier est complet et que leurs capacités professionnelles, techniques et financières correspondent à ses exigences.
 - Puis, le pouvoir adjudicateur sélectionne les candidatures en fonction de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché.
 - Ces critères doivent avoir été rendus publics en amont, dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation.

Le jugement des offres

■ Le ou les critères (article 53).

- Non discriminatoires.
- Liés à l'objet du marché.
- Une liste non exhaustive à l'article 53 : qualité, prix, valeur technique, caractère esthétique et fonctionnel, performances en matière de protection de l'environnement, performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, coût global d'utilisation, rentabilité, caractère innovant, assistance technique, service après-vente, délai de livraison.



Le jugement des offres

- **La pondération**
 - Principe
 - Utilisation de la hiérarchisation uniquement si la pondération n'est pas possible au regard notamment de la complexité du marché.

- **Indication des critères dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.**

Le jugement des offres

- **Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, ordonnance du 12 octobre 2007, req n° 07BX01819, Région Réunion c/ Préfet de la Réunion**

Si l'acheteur public entend recourir à des sous-critères pour l'évaluation des offres, leur pondération doit être indiquée dans l'AAPC ou le règlement de la consultation.

En l'espèce, les huit sous-critères du critère « *valeur technique* » étaient mentionnées dans l'AAPC, mais pas leur pondération.

Le jugement des offres

- **L'élimination des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.**
- **Le traitement des offres anormalement basses (article 55).**
- **Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse selon les critères définis préalablement.**
- **Le classement des offres.**

La déclaration d'infructuosité

- Art 59 III (AO ouvert) et 64 III (AO restreint) du CMP :
- « Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ou des offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35, l'appel d'offres est déclaré sans suite ou infructueux ».*

La déclaration d'infructuosité

- offre irrégulière (art 35-I-1) = offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation (ex : absence de mémoire technique).
 - offre inacceptable → les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer (ex : méconnaissance de la réglementation sur la maintenance des ascenseurs).
- ⇒ offres irrégulières et offres inacceptables ⇒ possibilité de recourir à la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence.

La déclaration d'infructuosité

- offre inappropriée = apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur (peut être assimilée à une absence d'offre)
- ⇒ l'offre inappropriée, tout comme l'absence de candidature ou d'offre, permet le recours à la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence, « *pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiée* ».

La déclaration d'infructuosité

⇒ Le recours à la procédure adaptée des « *petits lots* » après une déclaration d'infructuosité

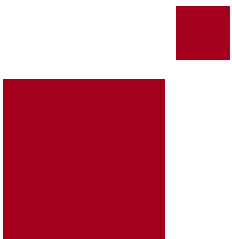
↳ si l'acheteur avait eu recours à l'allotissement lors de la procédure initiale

↳ si lots < 80 000 € HT (et 1 000 000 € HT si AO européen)

↳ si le montant cumulé des lots infructueux n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché.

La déclaration d'infructuosité

- Autorité compétente pour déclarer la procédure infructueuse et pour choisir la procédure à mettre en œuvre : la CAO



Le rapport de présentation

- prévu par l'article 79 du CMP
- fonctions :
 - faciliter le contrôle de légalité par une synthèse de la procédure suivie
 - informer les membres de l'Assemblée délibérante, le rapport étant joint au projet de marché.
- les candidats évincés peuvent en demander la communication
- échappent à l'obligation de rédaction d'un rapport de présentation :
 - les marchés à procédure adaptée
 - les marchés de services soumis à l'article 30 CMP
 - les avenants à tout marché public.

Le rapport de présentation

→ contenu minimal :

- nom et adresse de la collectivité
- objet et valeur du marché
- nom des candidats retenus et motifs de ce choix
- nom des candidats exclus et motifs du rejet de leur candidature
- motif du rejet des offres jugées anormalement basses
- nom du titulaire et motif du choix de son offre
- motif du recours au dialogue compétitif (le cas échéant)
- les raisons pour lesquelles l'acheteur a renoncé à passer le marché.

L'information des candidats et la motivation

- **Le dossier de consultation (article 41).**
 - Ensemble des documents et informations préparés par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché.
 - Gratuité sous réserve de la participation aux frais de reprographie.
- **Le règlement de la consultation (article 42).**
 - Document facultatif si l'ensemble des mentions figure dans l'avis.

Le droit à l'information des candidats

a/ Pour les procédures formalisées (appels d'offres, marchés négociés, dialogue compétitif, concours).

1er niveau d'information : tous les candidats évincés doivent être informés du rejet de leur candidature ou de leur offre, ainsi que des motifs de ce rejet, sans avoir à en faire la demande (art. 80 du CMP).

↳ délai minimum de 10 jours entre la notification de ce rejet et la signature du marché, pendant lequel un référé pré-contractuel pourra être introduit.

2ème niveau d'information : l'acheteur doit communiquer, dans les 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande, les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre (art. 83 CMP)

Le droit à l'information des candidats

b/ Pour les procédures adaptées : 2ème niveau d'information uniquement : l'acheteur doit communiquer, dans les 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande, les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre

→ **contenu du droit à l'information** :

- offre de prix détaillée de l'entreprise retenue
- offre de prix globale des entreprises non retenues
- bordereau des prix unitaires
- cadre de décomposition du prix global et forfaitaire
- l'acte d'engagement de la société attributaire à l'exception des éléments suivants :

→ RIB

→ montant des prestations sous-traitées.

Le droit à l'information des candidats

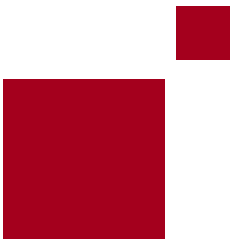
→ **Informations non communicables** couvertes par le secret industriel et commercial :

- techniques de fabrication, description des matériels utilisés et du personnel employé
- données relatives à la santé financière, le CA, et plus généralement les informations de nature à révéler le niveau d'activité
- information sur les prix et les pratiques commerciales, liste des fournisseurs
- mémoire technique du candidat, du moins s'il contient des mentions relatives aux moyens humains et techniques, aux modes opératoires d'exécution, à l'assurance-qualité.

Le droit à l'information des candidats

- **Conseil d'Etat, 20 octobre 2006, Syndicat des Eaux de la Charente-Maritime, req. n° 278601**

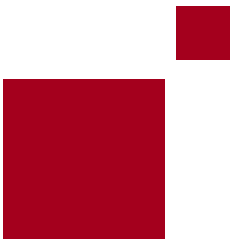
La transmission à un candidat évincé d'une analyse des offres des autres candidats fausse l'application des règles de la concurrence et entraîne une violation des règles de publicité et de mise en concurrence.



Le droit à l'information des candidats

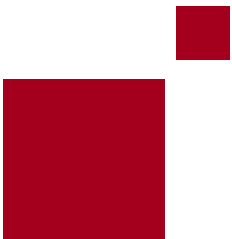
■ Conseil d'Etat, 9 août 2006, Société Hairis

La violation de l'article 83 du CMP (transmission, dans les 15 jours, des motifs détaillés du rejet de la candidature ou de l'offre) constitue une atteinte aux obligations de mise en concurrence que le juge administratif des référés doit sanctionner.



Le droit à l'information des candidats

- **La signature et la notification au titulaire.**
- **La publicité.**
 - Avis d'attribution envoyé pour publication dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché.
 - Publication de l'avis d'attribution dans le même organe de publication que celui qui a assuré la publication de l'avis d'appel à la concurrence.



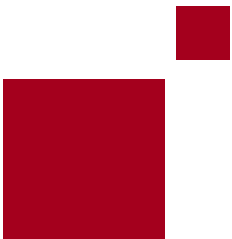
Exploitation des avis d'attribution

- **Informations contenues dans l'avis d'attribution.**
 - Type du marché.
 - Valeur totale finale du marché.
 - Procédure.
 - Critères d'attribution.
 - Nom de l'attributaire.

- **Interdiction de communiquer des informations qui :**
 - Pourraient violer le secret industriel et commercial ;
 - Seraient contraire à l'intérêt public ;
 - Pourraient nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs.

Exploitation des avis d'attribution

- **Date de publication de l'avis d'attribution.**
 - Départ du délai de recours pour une annulation au fond du marché public par un candidat évincé.
 - Arrêt du CE, 16 juillet 2007, arrêt Tropic Travaux

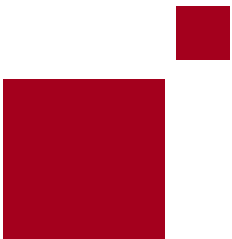


Délais de paiement

- 30 jours pour l'Etat et ses établissements publics
- 40 jours pour les collectivités locales et leurs établissements publics (puis 35 jours au 1^{er} janvier 2010 et 30 jours au 1^{er} juillet 2010)
- Tout dépassement de ce délai donne droit au versement d'intérêts moratoires au taux d'intérêt légal + 2 points

La dématérialisation

- Depuis le 1^{er} janvier 2005, aucun avis de publicité ne peut interdire aux candidats de communiquer par voie électronique s'il s'agit d'une procédure formalisée
- A compter du 1^{er} janvier 2010, tout acheteur public pourra imposer la transmission par voie électronique des documents de la procédure



Les avances

- Le titulaire, co-titulaire ou sous-traitant du marché bénéficie de droit d'une avance de 5 % de son montant initial TTC lorsque le montant du marché $\geq 50\,000$ € HT et que son délai d'exécution > 2 mois
- Mesure dérogatoire pour 2009 : possibilité pour l'acheteur (même si le marché est déjà en cours d'exécution) d'accorder une avance pour tout marché $> 20\,000$ € HT. Cette avance peut atteindre 60 %.
- Les collectivités locales peuvent demander au bénéficiaire de l'avance une garantie à 1^{ère} demande ou une caution si l'avance < 30 % du marché. Au delà de 30 % une garantie à 1^{ère} demande est obligatoire.

Les acomptes

- Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution ouvrent droit à des acomptes. Périodicité maximum de 3 mois mais le titulaire peut demander à ce qu'elle soit ramenée à 1 mois
- L'acheteur public peut imposer au titulaire une retenue de garantie (maxi 5%) prélevée sur chaque acompte et le solde du marché. Elle est restituée dans le mois qui suit l'expiration du délai de garantie des malfaçons (1 an).

Cette retenue de garantie peut être remplacée par une garantie à 1^{ère} demande ou une caution avec l'accord de l'acheteur.

- Le délit d'octroi d'avantage injustifié (ou « *délit de favoritisme* ») (article 432-14 du Code pénal)

↳ « *est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique... ou un agent des collectivités territoriales... de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics...* »

↳ celui qui bénéficie de cet avantage injustifié (le receleur) est punissable de 10 ans d'emprisonnement et de 750 000 € d'amende (art. 321-2 Code pénal)

- dépôt d'une plainte (avec ou sans constitution de partie civile) auprès d'un OPJ
- ou auto-saisine par le Procureur de la République
- ou saisine de la Mission Interministérielle d'Enquête sur les marchés publics (MIEM)

prescription du délit : 3 ans à compter de la notification du marché

- nécessité de prouver « *l'élément intentionnel* » du délit, c'est-à-dire l'intention coupable

- la tentative est tout autant condamnable que l'acte réalisé et le retrait de l'acte administratif incriminé n'a pas pour effet de faire disparaître l'intention de commettre le délit (circulaire du Ministère de la Justice 98.4/G3, 2 juillet 1998)

- le délit de favoritisme est constitué par le seul défaut d'utilisation de la procédure d'appel d'offre alors que les règles et seuils applicables nécessitaient de l'appliquer (Cass, crim, 7 mars 2000, n°99-84.117).

- ↪ attitude du fonctionnaire : l'agent doit en principe refuser d'appliquer un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre un intérêt public. Mais en l'absence d'illégalité, l'agent risque une sanction pour faute disciplinaire s'il refuse d'appliquer l'ordre.
- ↪ l'agent qui a connaissance de faits délictueux doit en aviser le Procureur de la République (art. 40 al. 2 Code de procédure pénale)

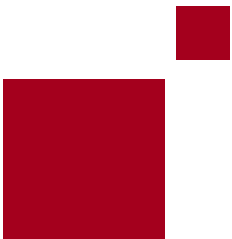
- panorama de jurisprudence sur le délit d'octroi d'avantage injustifié

Le délit a été notamment constitué en cas de :

- définition insuffisante ou aléatoire de ses besoins par l'acheteur public
- d'association officieuse d'une entreprise à la définition des besoins d'un marché auquel elle se porte ensuite candidate
- prescriptions techniques ciblées propres à favoriser une entreprise

- transmission d'informations importantes à une seule entreprise
- fractionnement (« *saucissonnage* ») artificiel d'opérations afin de rester en-deçà des seuils de publicité obligatoire
- passation d'avenants venant augmenter sensiblement le montant du marché initial
- recours injustifié aux procédures négociées ou au délai d'urgence
- ouverture de plis reçus après la date et l'heure limites

- modification des offres après l'ouverture des plis
- non-respect des critères de sélection annoncés dans les documents de la consultation
- admission d'une variante alors que les documents de la consultation l'interdisaient.



Contact

Christophe FORCINAL

Avocat

Département Droit Public

FIDAL Le Mans

Tél : 02.43.50.81.50

Fax : 02.43.50.81.51

E-mail : christophe.forcinal@fidal.fr

