

Guide des MAPA et autres marchés de faible montant

Préface de Philippe Terneyre

Préparation – Négociation – Modèles



Antoine Bourrel
Philippe Zavoli

EDITIONS

LE MONITEUR

Sommaire

	Préface.....	7
CHAPITRE 1	MAPA et marchés de faible montant dans la commande publique.....	9
CHAPITRE 2	Acheteurs.....	15
CHAPITRE 3	Opérateurs économiques.....	31
CHAPITRE 4	Conditions de recours à la procédure adaptée.....	43
CHAPITRE 5	Marchés publics et lots de faible montant.....	55
CHAPITRE 6	Régime spécifique des marchés et lots de faible montant.....	61
CHAPITRE 7	Organisation des marchés à procédure adaptée et des marchés de faible montant.....	71
CHAPITRE 8	Dématérialisation de la procédure de passation.....	115
CHAPITRE 9	Publicité dans les marchés à procédure adaptée.....	127
CHAPITRE 10	Candidatures.....	139
CHAPITRE 11	Critères d'attribution.....	155
CHAPITRE 12	Examen des offres.....	167
CHAPITRE 13	Négociation.....	187
CHAPITRE 14	Information des candidats et soumissionnaires évincés.....	197
CHAPITRE 15	Achèvement de la procédure.....	207
	Index.....	219
	Table des matières.....	223

CHAPITRE 7

Organisation des marchés à procédure adaptée et des marchés de faible montant

TEXTE OFFICIEL

Article R. 2123-4 du Code de la commande publique

« Lorsqu'il recourt à une procédure adaptée, l'acheteur en détermine les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat ».

Débutant par la définition du besoin à satisfaire, se poursuivant par le choix de la technique d'achat (accord-cadre ou non), la forme du marché et la rédaction des documents de la consultation, l'organisation du marché est généralement une phase délicate de l'achat public qui doit être conduite de façon rigoureuse par les acheteurs dès lors que le respect des principes fondamentaux de la commande publique s'impose à chacune des étapes.

Il ne fait aucun doute, en effet, qu'une définition non sincère du besoin peut avoir pour conséquence de baisser artificiellement le montant du besoin à satisfaire et fausser le choix de la procédure de passation (et par ricochet les modalités de la publicité) ou encore qu'une mauvaise utilisation des spécifications techniques est susceptible de dissuader certains opérateurs de candidater au marché. Le risque de violation de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence des procédures est donc sérieux et expose les acheteurs publics à des recours contentieux notamment en référé précontractuel.

Les marchés passés au terme d'une procédure adaptée n'échappent pas aux principes de la commande publique, si bien que, même si l'acheteur définit librement leurs modalités de passation, les règles détaillées du Code de la commande publique sur la préparation du marché s'appliquent très largement à ces marchés⁽¹⁾.

En ce qui concerne les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable en raison de leur faible montant (inférieur à 40 000 euros HT), de toute évidence, les principes

(1) L'article L. 2123-1 du Code de la commande publique précise que les dispositions du livre 1^{er} (dispositions générales) de la 2^e partie du code consacrée aux marchés publics s'appliquent aux MAPA, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

de la commande publique s'imposent à eux et leur respect justifie, conformément à l'article R. 2122-8 du code, que les règles relatives à l'organisation soient le plus souvent suivies⁽²⁾.

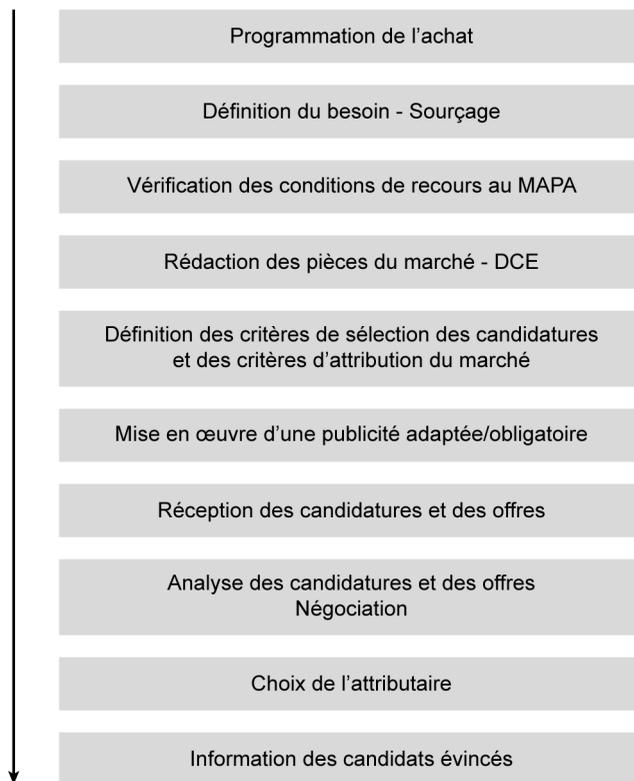


Fig. 7.1. Présentation synthétique de la procédure de passation d'un marché à procédure adaptée

COMMENTAIRE

Focus : la pratique des guides internes de procédure adaptée par les acheteurs publics

Soucieux de respecter les principes de la commande publique qui s'imposent à eux malgré la liberté que leur laisse la procédure adaptée, les acheteurs publics ont pris l'habitude de rédiger des guides internes de procédure adaptée afin de cadrer l'organisation et le déroulement de cette dernière.

Cette pratique, qu'aucun texte n'impose, est extrêmement répandue aujourd'hui et présente sans aucun doute de nombreux avantages pour les acheteurs qui, en se fixant des lignes directrices (plus ou moins détaillées) en fonction de l'objet du marché et de son montant, rationalisent l'acte d'achat.

Toutefois, les guides internes de MAPA, comme toute ligne directrice, constituent uniquement une forme d'aide à la décision. En tout état de cause, quelle que soit leur utilité, ces guides ne sauraient être regardés comme s'appliquant de manière impérative et l'acheteur doit pouvoir s'écarter des règles qu'ils posent si les circonstances particulières de l'achat le justifient.

(2) Voir nos développements consacrés au régime spécifique des marchés de faible montant (chapitre 6).

7.1 Définition du besoin

TEXTE OFFICIEL

Article L. 2111-1 du Code de la commande publique

« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

7.1.1 Exigence de précision dans la définition du besoin

7.1.1.1 Portée de l'obligation de précision dans la définition du besoin

La définition du besoin par l'acheteur, qui permet d'assurer « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » que rappelle l'article L. 3 du Code de la commande publique, doit répondre à une exigence de précision⁽³⁾.

Le principe de précision de la définition du besoin s'impose aux marchés passés au terme d'une procédure adaptée comme aux procédures formalisées, ainsi que cela résulte de l'article L. 2123-1 du Code de la commande publique qui précise en effet que les dispositions du livre 1^{er} (dispositions générales) de la 2^e partie du code consacrée aux marchés publics s'appliquent aux MAPA, « à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée ».

REMARQUE

Eu égard à la nécessité de respecter les principes de la commande publique dès le premier euro dépensé, la même exigence de précision doit être respectée pour les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes ou pour les lots des marchés à procédure adaptée dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes et dont le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

L'obligation de définir avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire impose à l'acheteur de déterminer précisément l'objet du marché. En d'autres termes, la définition précise du besoin ne saurait se limiter à la seule désignation de la nature des prestations achetées mais doit permettre de déterminer les objectifs poursuivis par l'achat.

RÉFÉRENCES

CAA Lyon 15 décembre 2011, Département du Rhône, req. n° 10LY02299

Arrêt jugeant que si la délibération attribuant le marché relatif au grand prix de tennis de Lyon précisait la nature des prestations achetées par le département du Rhône (achat de places pour le grand prix de tennis de Lyon), cette délibération ne respectait pas l'article 5 du code des marchés publics en ne précisant pas l'objectif poursuivi par le département au travers de cet achat.

(3) La même exigence était déjà imposée par l'ancien article 5 du code des marchés publics.

7.1.1.2 Contrôle juridictionnel et sanction de l'exigence de précision de la définition des besoins

L'exigence de « précision » dans la définition des besoins demeure cependant délicate à apprécier et ne saurait être entendue de façon stricte⁽⁴⁾. Elle ne donne lieu qu'à un contrôle restreint du juge, limité à l'erreur manifeste d'appréciation⁽⁵⁾.

En pratique, le juge administratif se montre donc compréhensif et ne sanctionne que les insuffisances manifestes de la définition et de l'étendue des besoins à satisfaire. Il a ainsi été jugé par le Conseil d'État que le juge du référé précontractuel exerce sur le choix que fait le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il procède à la définition de son besoin, de l'objet même de la commande qui donne lieu à la passation du marché, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

EXEMPLE

Exemple n° 1

Ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation, l'acheteur qui choisit de conserver un espace numérique de travail précédemment mis en place et de lancer une procédure de passation d'un marché public afin de répondre au besoin d'assurer son exploitation et sa maintenance, plutôt que de changer de dispositif et de passer un marché pour en acquérir un nouveau⁽⁶⁾.

Exemple n° 2

Illustrant la portée relative de l'obligation de précision de la définition du besoin, il a pu être jugé, à propos d'un marché public à procédure adaptée passé par le département du Doubs relatif au transport et à l'installation d'œuvres d'art dans le cadre d'une exposition, que « la seule circonstance que le département ait invité les candidats, dans l'appel à concurrence, à se rapprocher de quatre musées prêteurs sur les dix-neuf musées concernés, afin que leur soient détaillées les conditions d'emballage et de transport de seize œuvres, sur les cinquante-quatre faisant l'objet des prestations du contrat, ne saurait caractériser une insuffisance de définition de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, ou faire reposer la définition des besoins du département sur les candidats, de nature à affecter le choix du cocontractant »⁽⁷⁾.

Exemple n° 3

À propos d'une procédure de dialogue compétitif relative à un marché de performance énergétique, il est jugé qu'en offrant aux candidats la possibilité de répartir librement les prestations visant à atteindre l'objectif de réduction de la consommation d'énergie et d'amélioration de l'efficacité énergétique prévu dans le plan climat parisien entre la tranche ferme et la tranche conditionnelle du marché, la ville de Paris a laissé aux candidats le soin de proposer différentes modalités permettant d'atteindre cet objectif conformément à la procédure de dialogue compétitif. Aussi, la circonstance qu'au cours du dialogue, la ville de Paris ait introduit un mécanisme de pénalité n'est pas jugée de nature à établir qu'elle aurait défini ses besoins de manière insuffisante. Par ailleurs, la cour juge « qu'en décidant, en cours de procédure, que les droits de propriété intellectuelle seraient transférés au pouvoir adjudicateur, la ville de Paris n'a pas modifié substantiellement ses besoins mais a simplement privilégié une solution lui permettant de

(4) Voir en ce sens : S. Fratacci, concl. sur CE 6 décembre 1995, Département de l'Aveyron, Sté Jean-Claude Decaux, req. n°s 148964 et 149403 : « il ne fait guère de doute que cette exigence de précision ne peut être appréciée qu'avec un souci de réalisme : qu'existe une définition claire et substantielle des prestations recherchées, de leur volume et de leur prix, voire de la durée de leur réalisation, et les conditions de l'article 272 ne pourront qu'être remplies, sous la stricte réserve d'une appréciation prudente de leur vraisemblance ».

(5) Voir en ce sens : B. Dacosta, concl. sur CE 2 octobre 2013, Département de l'Oise, req. n° 368846, *B/JCP* 2014, n° 92 : « la détermination de ses besoins par l'administration ne peut échapper à tout contrôle juridictionnel, dans la mesure où elle peut avoir pour objet ou pour effet de tenir en échec les principes généraux du droit de la commande publique. Pour autant, le contrôle du juge ne peut être qu'un contrôle distancié, limité à des cas que nous qualifions de pathologiques ».

(6) CE 2 octobre 2013, Département de l'Oise, req. n° 368846, *précité*.

(7) CAA Nancy 21 novembre 2017, Sté Axal, req. n° 15NC00636.

s’assurer qu’elle pourrait intervenir sur les systèmes informatiques de maintenance du marché ». Enfin, elle juge qu’en indiquant aux candidats, lors de la troisième audition, que les opérations plan climat ne devaient pas concerner les parcs et jardins, la ville s’est bornée à leur rappeler une information qui leur avait été communiquée dès le début de la procédure sans modifier l’étendue de ses besoins sur ce point⁽⁸⁾.

En revanche, les principes d’égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures sont méconnus lorsque la détermination de l’étendue des prestations proposées repose essentiellement sur l’évaluation des candidats et ne procède pas d’un encadrement suffisamment précis et complet permettant aux entreprises de connaître les attentes réelles de l’acheteur.

EXEMPLE

Exemple n° 1

S’agissant d’un marché relatif au renouvellement du système de vidéosurveillance d’un musée, les pièces de la procédure prévoyaient que « suite à sa visite sur site, le prestataire procédera au dénombrement des caméras et proposera une implantation des différentes caméras en précisant les caractéristiques techniques de chacune afin de répondre aux exigences du musée ». Le juge estime que l’imprécision quant à la définition et à l’étendue des besoins à couvrir ainsi qu’à la technique de vidéosurveillance souhaitée, a été de nature à affecter le choix même du cocontractant et à constituer un vice suffisamment grave pour justifier l’annulation du marché⁽⁹⁾.

Exemple n° 2

Dans une autre affaire, relative à une procédure adaptée pour la passation d’un marché de travaux de restauration d’une église, l’insuffisante définition préalable des besoins résultait du fait que la qualité du matériau à mettre en œuvre n’était pas précisément spécifiée dans les documents de la consultation ainsi que d’un avenant intervenu le lendemain de la signature du contrat, par lequel l’acheteur décidait de renoncer au matériau initial pour en retenir un autre. Il est alors jugé « qu’il résulte des circonstances sus-décrites et de leur chronologie, compte tenu en particulier de ce que l’étude des caractéristiques de la pierre existante, destinée à déterminer le choix de la pierre de substitution envisagée, aurait dû précéder la procédure de mise en concurrence, que le pouvoir adjudicateur n’avait pas défini avec suffisamment de précisions ses besoins avant de procéder à la consultation des entreprises et qu’il a ainsi commis un manquement à ses obligations de mise en concurrence entraînant l’irrégularité de la procédure de passation du marché en cause »⁽¹⁰⁾.

REMARQUE

À noter qu’un candidat ne peut utilement se prévaloir devant le juge du référé précontractuel de ce que le pouvoir adjudicateur aurait insuffisamment défini la nature et l’étendue de ses besoins dès lors qu’il a déposé une offre qui « a été jugée régulière, et donc conforme aux exigences du règlement de la consultation, et a été examinée puis classée par le pouvoir adjudicateur »⁽¹¹⁾.

7.1.1.3 Définition du besoin et objectif de développement durable

Depuis 2006, la nature et l’étendue des besoins à satisfaire doivent être déterminées en prenant en compte des objectifs de développement durable. L’article L. 2111-1 du Code de la commande publique confirme cette approche en soulignant que la notion de développement durable doit être entendue « dans sa dimension économique, sociale et environnementale » ce qu’indiquait déjà le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics⁽¹²⁾.

(8) CAA Paris 30 juin 2017, Sté Citelum, req. nos 15PA00443 et 15PA00445.

(9) CAA Douai 17 janvier 2013, Commune de Hazebrouck, req. n° 12DA00780.

(10) CAA Nantes 15 mars 2017, Sté TERH Monuments historiques, req. n° 15NT03593.

(11) CE 18 décembre 2012, UGAP, req. n° 363208.

(12) DAJ, « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics », éd. 2014 : « la définition des besoins doit prendre en compte les exigences du développement durable et, en particulier, les exigences sociales et environnementales ».

À ce titre, il appartient aux collectivités territoriales et aux acheteurs soumis au Code d'adopter un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables lorsque le montant total annuel de leurs achats est supérieur à 100 millions d'euros HT⁽¹³⁾. Ce schéma, qui est rendu public, peut ainsi constituer un outil efficace pour permettre aux acheteurs publics de se fixer des objectifs en matière d'intégration sociale et de développement durable et définir les engagements permettant de les réaliser.

La directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics s'inscrit dans cette logique en soulignant dans son considérant 5 que « les exigences de la protection de l'environnement sont intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3 du traité, en particulier afin de promouvoir le développement durable. La présente directive clarifie donc comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix ».

Il n'en demeure pas moins, ainsi que le souligne la DAJ⁽¹⁴⁾, que l'article L. 2111-1 du code ne fixe qu'une obligation de moyens à la charge des acheteurs qu'ils peuvent satisfaire, au stade de la définition du besoin, au travers de la référence, dans le cahier des charges, aux spécifications techniques et par l'exigence de labels⁽¹⁵⁾, et au stade de l'exécution du marché en prévoyant des clauses environnementales ou sociales⁽¹⁶⁾ précisant les conditions d'exécution des prestations qui, dès lors qu'elles sont liées à l'objet, peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations⁽¹⁷⁾.

7.1.2 Niveau de détermination du besoin

Ainsi que le précise la jurisprudence, la définition des besoins doit être effectuée de façon sincère et raisonnable⁽¹⁸⁾. On soulignera, à cet égard, que même si le Code de la commande publique ne comporte pas de dispositions spécifiques relatives au niveau de détermination du besoin adéquat, la question se pose de savoir quel niveau pertinent d'évaluation du besoin doit être pris en compte par l'acheteur pour évaluer ses besoins afin d'éviter une scission artificielle de ces derniers, scission qui le conduirait à recourir abusivement à la procédure adaptée ou à l'absence de publicité et de mise en concurrence préalables. En tout état de cause, il résulte de l'article R. 2121-4 du Code que l'acheteur ne peut se soustraire aux dispositions relatives à la passation du marché en scindant ses achats.

Le guide des bonnes pratiques de la Direction des affaires juridiques de Bercy⁽¹⁹⁾ est venu apporter des indications utiles sur le niveau auquel doit se situer l'acheteur pour déterminer les besoins en matière de travaux, fournitures ou services.

(13) CCP, art. L. 2111-3 et D. 2111-3.

(14) DAJ, Fiche technique : « La définition du besoin », 1^{er} avril 2019.

(15) Voir *infra*.

(16) Sur ce point, voir *infra*, nos développements sur les cahiers des charges.

(17) CCP, art. L. 2112-2 à L. 2112-4.

(18) CE 14 mars 1997, Préfet des Pyrénées-Orientales, req. n° 170319 ; CAA Bordeaux 13 avril 1999, Préfet de la Charente-Maritime, req. n° 98BX01330 ; CAA Bordeaux 30 septembre 2010, Région Limousin, req. n° 10BX00118.

(19) DAJ, « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics », éd. 2014.

7.1.2.1 Liberté des acheteurs pour définir le niveau pertinent de définition du besoin

Le principe est d'abord celui selon lequel les acheteurs sont libres d'apprécier le niveau d'évaluation du besoin le plus approprié. Ainsi que l'indique le guide, « ce libre choix du niveau de détermination des besoins constitue une souplesse de gestion, à ne pas confondre avec le niveau des seuils de déclenchement des procédures », la définition de plusieurs niveaux de détermination des besoins n'étant pas liée aux règles de computation des seuils de procédure fixées par les textes.

Ce principe posé, il doit être souligné que ce n'est pas parce qu'un acheteur serait constitué de plusieurs directions ou services que le niveau pertinent de définition du besoin est nécessairement celui de chaque direction ou service. Ainsi que l'indique la DAJ de Bercy « lorsque l'acheteur est composé de services distincts, il convient de prendre en compte la valeur totale estimée des marchés publics passés pour les besoins de l'ensemble des services et ce, quand bien même chaque service passerait son propre marché public. Pour ce faire, il faudra prendre en compte la valeur estimée globale du besoin au niveau de l'acheteur. Il est possible de fractionner l'acte d'achat mais pas le montant estimé du besoin »⁽²⁰⁾.

7.1.2.2 Recours à la notion d'unités opérationnelles distinctes

Le Code de la commande publique formalise cette approche au travers de la notion « d'unités opérationnelles distinctes » qui permet ainsi de guider l'acheteur dans la détermination du niveau pertinent d'évaluation du besoin⁽²¹⁾. Le principe est donc que lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte. Ce n'est que dans le cas où une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, que la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question.

Cette notion « d'unités opérationnelles distinctes » n'est pas définie par le code. Toutefois, la directive marchés publics du 26 février 2014 indique qu'une unité opérationnelle peut être regardée comme « autonome » lorsqu'elle mène de manière autonome la procédure d'achat, qu'elle a la responsabilité d'un budget propre, qu'il existe des lignes budgétaires séparées pour l'achat concerné et, enfin, que la personne est compétente pour signer le marché⁽²²⁾.

EXEMPLE

En ce qui concerne les collectivités territoriales, il est de la responsabilité de l'exécutif local de définir le niveau auquel les besoins sont appréciés. Le recensement des besoins dépend ensuite du statut juridique de chaque entité de sorte que pour une même collectivité, le recensement des besoins peut s'effectuer au niveau du budget principal, des budgets annexes et des budgets autonomes, selon que les entités concernées disposent ou non de la capacité juridique (centre communal d'action sociale, caisse des écoles, maisons de retraite, etc.).

(20) DAJ, Fiche technique : « La définition du besoin », 1^{er} avril 2019.

(21) CCP, art. R. 2121-2.

(22) Directive 2024/24/UE du 26 février 2014, considérant 20.

7.1.3 Modalités de calcul de la valeur estimée du besoin

Lorsque l'acheteur procède au calcul du montant estimé du besoin, après avoir défini le niveau pertinent, il lui appartient de mettre en œuvre des méthodes de calcul prévues par le code de façon, ici encore, à ne pas scinder artificiellement les achats⁽²³⁾.

À cet égard, il doit être souligné que :

- la valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur engage la procédure de passation du marché public⁽²⁴⁾ ;
- la valeur estimée du besoin doit être calculée sur la base du montant total hors taxe du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les reconductions. De plus, lorsque l'acheteur prévoit des primes au profit des candidats ou soumissionnaires, il lui appartient d'en tenir compte pour ce calcul⁽²⁵⁾ ;
- en cas de marché public alloti, l'acheteur prend en compte la valeur totale estimée de l'ensemble des lots⁽²⁶⁾.

7.1.3.1 Méthode de calcul pour les marchés de travaux

TEXTE OFFICIEL

Article R. 2121-5 du Code de la commande publique

« Pour les marchés publics de travaux, la valeur estimée du besoin est déterminée, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux. Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique ».

La détermination de la valeur estimée du besoin en matière de marché de travaux suppose au préalable d'identifier une « opération de travaux ». Le code définit l'opération de travaux au regard de la décision de l'acheteur de réaliser, sur une période de temps et un périmètre géographique limité, un ensemble de travaux qui peuvent être regardés comme constituant une unité fonctionnelle, technique ou économique.

L'opération de travaux peut être constituée par la réalisation d'un ouvrage unique⁽²⁷⁾. Dans ce cas, les travaux remplissent le critère d'unité technique, fonctionnelle ou économique.

L'opération de travaux peut également porter sur différents ouvrages situés sur différentes parties du territoire. Dans ce cas, afin d'identifier une unité fonctionnelle, technique ou économique et de ne pas scinder artificiellement les marchés, il convient de prendre en compte l'identité d'objet des travaux envisagés ainsi que la temporalité de leur réalisation.

(23) CCP, art. R. 2121-4.

(24) CCP, art. R. 2121-3.

(25) CCP, art. R. 2121-1.

(26) CCP, art. R. 2121-1.

(27) Aux termes de l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique, l'ouvrage est défini comme « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

JURISPRUDENCE

CE 26 septembre 1994, Préfet d'Eure-et-Loir, req. n° 122759

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et notamment de l'examen du contenu des marchés que ceux-ci ont été conclus entre les mêmes parties pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits d'un même quartier de la commune de Châteaudun par l'utilisation de procédés techniques identiques ; que ces travaux ont fait l'objet de la publication d'un unique avis d'information et qu'ils devaient être effectués à des dates identiques dans les mêmes délais ; que, dès lors, sous l'apparence de quatre marchés, il s'agissait en fait de la réalisation d'une seule opération dont le montant global s'élevait à 425 588,35 F, dépassant ainsi le seuil prévu par les dispositions précitées de l'article 309 du code des marchés publics ».

CE 8 février 1999, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine, req. n° 156333

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le conseil syndical du Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine a passé deux marchés négociés relatifs, d'une part à des travaux d'étanchéité des cuves des châteaux d'eau "des Granges" sur la commune Le Busseau et de "La Côtinière" sur la commune de Secondigny pour un montant de 699 858,60 F TTC et d'autre part, à des travaux de peinture des châteaux d'eau "des Granges" sur la commune "Le Busseau" et de "La Côtinière" sur la commune de Secondigny pour un montant de 696 015,96 TTC ; que, dans les circonstances de l'espèce, ces travaux approuvés par deux délibérations du même jour à des dates rapprochées qui devaient être effectués sur les mêmes ouvrages et qui ont pour objet d'assurer la réfection des châteaux d'eau et leur fonctionnement sont relatifs à une même opération au sens de l'article 104 alinéa 10 du code des marchés publics nonobstant la circonstance que ces marchés avaient fait l'objet de deux avis distincts d'appel à la concurrence ; que le montant global de ces travaux artificiellement dissociés s'élevait ainsi à 1 395 874,56 F TTC excédant le seuil prévu par les dispositions réglementaires précitées ; que, dès lors, le syndicat intercommunal ne pouvait recourir à la procédure de marché négocié ».

REMARQUE

La valeur estimée du besoin en matière de marché de travaux est déterminée en prenant en compte la valeur totale des fournitures et des services que l'acheteur met à disposition du titulaire et qui sont nécessaires à l'exécution des travaux.

7.1.3.2 Méthode de calcul pour les marchés de fournitures et de services

TEXTE OFFICIEL

Article R. 2121-6 du Code de la commande publique

« Pour les marchés de fourniture ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle ».

Il résulte de ces dispositions que l'acheteur doit prendre en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérées comme homogènes soit en fonction de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'elles constituent une unité fonctionnelle.

EXEMPLE

Pour un marché portant sur l'émission et la distribution de chèque emploi-service, le Conseil d'État a précisé que « l'acheteur doit prendre en compte, outre les frais de gestion versés par le pouvoir adjudicateur, la valeur faciale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution, somme que le pouvoir adjudicateur doit payer à son cocontractant en contrepartie des titres mis à sa disposition ». En conséquence, le juge du référé précontractuel ne commet pas d'erreur en jugeant qu'il appartenait à l'acheteur de prendre en compte la valeur faciale totale des titres augmentée d'une évaluation sincère des frais de gestion prévisibles⁽²⁸⁾.

(28) CE 4 mars 2021, Département de la Loire, req. n° 438859.

Notion d'homogénéité des besoins

L'homogénéité des besoins peut varier d'un acheteur à l'autre. Aussi, il appartient à l'acheteur d'apprécier la notion « d'homogénéité » en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action. Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité. Ils peuvent également, bien qu'elle ait été abrogée, s'appuyer sur la nomenclature de fournitures et de prestations de services homogènes qui avait été adoptée sous l'empire du code des marchés publics de 2001⁽²⁹⁾.

EXEMPLE

Le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics édité par la Direction des affaires juridiques de Bercy⁽³⁰⁾ prend l'exemple d'une paire de ciseaux : si cela constitue pour une administration ordinaire une fourniture de bureau, il peut s'agir en revanche de matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers.

Notion d'unité fonctionnelle

En ce qui concerne la notion « d'unité fonctionnelle », la DAJ de Bercy indique qu'elle doit s'apprécier au cas par cas, « en fonction des prestations attendues et suppose une pluralité de services ou de fournitures concourant à un même objet. L'ensemble des prestations nécessaires à l'élaboration d'un projet qui font partie d'un ensemble cohérent, sont prises en compte de manière globale »⁽³¹⁾.

EXEMPLE

Il a ainsi été jugé, à propos de la notion d'unité fonctionnelle au sens de l'ancien article 27 du code des marchés publics que « la mission confiée à la société PR'OPTIM par le syndicat mixte de l'Arbois, aux termes du bon de commande n° 2010/994 du 23 février 2010 comprenait les phases suivantes : "état des lieux / recueil auprès des partenaires / le recensement et analyse / prise de connaissance auprès des prestataires / assistance au maître d'œuvre" ; que le second bon de commande n° 2010/195, portant "mission de programmation d'un restaurant et d'un centre de bien être" sur ce même site, comprenait les phases suivantes : "état des lieux / programme général / recueil auprès des partenaires / recensement et analyse / prise de connaissance auprès des prestataires / assistance au maître d'ouvrage pour la sélection du groupement" ; que si ces deux missions ont porté, l'une sur le contexte et la faisabilité de l'opération d'aménagement du site de l'Europôle, l'autre sur la programmation de l'opération elle-même, elles constituent toutefois, compte tenu de leur objet, un ensemble homogène représentant une unité fonctionnelle au sens de l'article 27 du code des marchés publics ; que leur fractionnement en deux contrats d'un montant inférieur à 20 000 euros hors taxes, a eu pour effet de les faire échapper à l'obligation de publicité préalable prévue par l'article 40 du code des marchés publics »⁽³²⁾.

Cas des besoins ponctuels et des besoins récurrents

Une distinction doit par ailleurs être effectuée selon que le besoin à satisfaire est ponctuel ou récurrent :

– Dans le cas d'un achat ponctuel, l'acheteur doit évaluer le montant estimé du besoin en prenant en compte la totalité des prestations concernées sur toute la durée du marché.

(29) Arrêté du 13 décembre 2001 définissant la nomenclature prévue aux II et III de l'article 27 du code des marchés publics.

(30) DAJ, « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics », éd. 2014.

(31) DAJ, Fiche technique : « La définition du besoin », 1^{er} avril 2019.

(32) CAA Marseille 26 février 2018, S^{ic} PR'OPTIM, req. n° 17MA00088.

– Dans le cas d'un achat récurrent, l'article R. 2121-7 du Code de la commande publique précise que la valeur estimée du besoin est calculée soit sur la base du montant des prestations exécutées au cours des 12 mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des 12 mois qui suivent la conclusion du marché public, soit sur la base de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des 12 mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché public.

7.1.4 Pratique du *sourcing*

La détermination de la nature et de l'étendue du besoin à satisfaire constitue une étape complexe de l'achat public. La négliger peut entraîner, non seulement un achat inefficace, mais également des contestations contentieuses tant devant le juge administratif que devant le juge pénal.

Afin de parer à ces risques, le Code de la commande publique organise les conditions de détermination du besoin. Il autorise ainsi l'acheteur à recourir à des consultations, études de marché que l'on désigne communément par l'anglicisme *sourcing*, dans le but de l'aider dans la préparation de l'acte d'achat en prenant la mesure de l'état du marché auprès des opérateurs économiques du secteur.

7.1.4.1 Définition et intérêt du *sourcing*

Afin d'évaluer avec le plus de précision possible leur besoin et de rendre le processus d'achat le plus efficient possible, les acheteurs publics ont intérêt, comme n'importe quel acheteur privé, à sonder le marché et consulter les opérateurs qui y interviennent avant même de s'engager dans la procédure de passation de leurs marchés. En permettant aux acheteurs de se faire une idée précise de l'état du marché, le *sourcing* présente ainsi un intérêt indiscutable en vue de la rédaction des cahiers des charges et du choix des critères de sélection des candidatures et des offres.

Cette pratique, qui permet d'identifier les opérateurs économiques et de s'assurer de leur fiabilité ainsi que leur capacité à répondre aux besoins des acheteurs notamment en termes de coût, de qualité ou de délais d'exécution n'est pas nouvelle. En effet, avant d'être inscrite dans le Code de la commande publique, qui codifie sur ce point les dispositions des décrets du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics transposant la directive du 26 février 2014, le *sourcing* était connu des acheteurs publics qui pouvaient avoir recours à ces consultations en amont de leurs achats⁽³³⁾. Elle était en outre encouragée par la DAJ du ministère de l'Économie et des Finances dans son guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics de 2014 : « pour être efficace, l'expression des besoins impose : l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation » et que « la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ».

(33) À titre d'exemple, on citera le cas du service des achats de l'État créé en 2009, de la mission des achats du ministère des Armées créée en 2010.

7.1.4.2 Consécration de la pratique du *sourcing* dans le Code de la commande publique

TEXTE OFFICIEL

Article R. 2111-1 du Code de la commande publique

« Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 ».

L'encadrement juridique de ces pratiques était en revanche largement défaillant, le code des marchés publics étant silencieux sur la phase amont de l'achat. Aussi, en l'absence de règles claires en la matière autres que les principes de la commande publique et le principe général du droit d'impartialité applicable aux acheteurs comme à toute autorité administrative dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence⁽³⁴⁾, la pratique du *sourcing* pouvait se révéler aventureuse, susciter des contestations contentieuses, et *in fine*, être moins séduisante que prévue.

Le vide juridique est désormais comblé avec l'article R. 2111-1 du Code de la commande publique. Le *sourcing* peut donc donner lieu à quatre types d'actions de la part des acheteurs publics :

- des consultations des opérateurs économiques ;
- des études de marché ;
- solliciter des avis de la part des opérateurs économiques ;
- informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences.

En pratique, ainsi que le souligne la DAJ du ministère de l'Économie et des Finances⁽³⁵⁾, ces actions peuvent se traduire par la réalisation d'une veille dans le secteur économique concerné, l'organisation ou la participation à des salons professionnels pour faire connaître ses besoins ou identifier de nouveaux besoins notamment dans le secteur de l'innovation, des rencontres et des entretiens, en amont de la consultation, avec plusieurs opérateurs notamment afin d'obtenir des informations sur le marché considéré, les acteurs évoluant sur ce secteur et les prestations qu'ils proposent. La collecte d'information peut également prendre la forme de questionnaires transmis à plusieurs opérateurs.

7.1.4.3 Le cadre juridique du *sourcing*

TEXTE OFFICIEL

Article R. 2111-1 al. 2 du Code de la commande publique

« Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 ».

(34) CE 14 octobre 2015, SA Applicam, req. n° 370968 ; CE 12 septembre 2018, SIOM de la Vallée de Chevreuse, req. n° 420454.

(35) DAJ, Fiche technique : « La définition du besoin », 1^{er} avril 2019.

Article R. 2111-2 du Code de la commande publique

« L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure.

Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 2141-8 ».

Si au travers du *sourcing* l'acheteur peut s'informer des évolutions technologiques, des politiques tarifaires, des enjeux environnementaux et sociaux, voire de l'existence même d'un opérateur susceptible de répondre à ses besoins, il doit prendre garde à ce que ces pratiques ne le conduisent pas à méconnaître les principes de la commande publique. En tout état de cause il ne saurait s'engager à contracter avec les opérateurs rencontrés.

En application de ces dispositions, et afin d'assurer l'égalité de traitement des candidats, il appartient aux acheteurs de mettre l'ensemble des informations qu'ils auront communiquées ou récoltées à l'occasion du *sourcing* à disposition des candidats notamment au travers des documents de la consultation. Ils éviteront ainsi que seuls certains candidats (ceux consultés dans le cadre du *sourcing*) bénéficient d'informations privilégiées⁽³⁶⁾.

TEXTE OFFICIEL

Article L. 2141-8 du Code de la commande publique

« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui :

1° Soit ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;

2° Soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ».

En application de l'article L. 2141-8, 2° du Code de la commande publique, s'il ne peut être remédié à la situation d'inégalité résultant de la communication d'informations à certains candidats uniquement, l'acheteur doit exclure l'opérateur. Cela signifie, conformément à ce que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique qui aurait participé sous une forme ou autre une autre, à la préparation d'un marché public⁽³⁷⁾.

IMPORTANT

Attention : en revanche, s'il apparaît que l'attributaire du marché, quelques mois avant le lancement du marché, avait réalisé une étude en vue de préparer la passation du marché litigieux, étude comprenant également une estimation financière et que ces différents éléments n'ont pas été intégrés dans le dossier de consultation des entreprises,

(36) Voir par ex., TA Paris 26 avril 2010, S¹⁶ TFN Bâtiment, n° 1006297. Voir aussi : CE 14 novembre 2014, SMEAG, req. n° 373156 : le risque de rupture d'égalité de traitement est illustré par une affaire arrêt dans laquelle il était reproché à la personne publique d'avoir méconnu l'égalité entre les candidats au motif que la société attributaire aurait eu connaissance de nombreuses informations relatives à la procédure, et notamment du cahier des charges de la consultation avant les autres candidats, ce dont elle aurait profité pour diffuser, à l'occasion d'un salon professionnel, un dépliant publicitaire correspondant au contenu du cahier des charges. L'arrêt de la cour administrative d'appel est annulé par le Conseil d'État, uniquement en raison de l'absence de preuve d'un comportement fautif de la personne publique.

(37) CJUE 3 mars 2005, Fabricom SA, aff. C-21/03 et C-34/03.

Table des matières

Sommaire	5
Préface.....	7
CHAPITRE 1 MAPA et marchés de faible montant dans la commande publique	9
1.1 Généralités	9
1.2 Apparition et évolution de la procédure adaptée dans le code des marchés publics	10
1.2.1 Les prémices de la procédure adaptée : le code des marchés publics de 2001.....	10
1.2.2 Consécration de la procédure adaptée et des marchés de faible montant dans le code des marchés publics de 2004.....	11
1.2.3 Les précisions du code des marchés publics de 2006.....	12
1.3 La confirmation des évolutions jurisprudentielles par le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics	12
1.4 Le Code de la commande publique et la procédure adaptée	13
1.4.1 La réforme du Code de la commande publique.....	13
1.4.2 La procédure adaptée dans le Code de la commande publique	14
CHAPITRE 2 Acheteurs	15
2.1 Les pouvoirs adjudicateurs	15
2.1.1 Les personnes morales de droit public.....	16
2.1.1.1 <i>Identification</i>	16
2.1.1.2 <i>Spécificité de certaines personnes publiques</i>	17
2.1.2 Les personnes morales de droit privé soumises au Code de la commande publique	19
2.1.2.1 <i>Critères d'identification</i>	19
2.1.2.2 <i>Exemples de personnes morales de droit privé qualifiées de pouvoirs adjudicateurs</i>	21
2.2 Les entités adjudicatrices	25
2.2.1 Les personnes susceptibles d'être qualifiées d'entités adjudicatrices.....	26
2.2.1.1 <i>Les entreprises publiques</i>	26
2.2.1.2 <i>Les organismes de droit privé titulaires de droits spéciaux ou exclusifs</i>	27

2.2.2	Les activités d'opérateur de réseaux.....	27
2.2.2.1	<i>Liste des activités d'opérateur de réseaux au sens de l'article L. 1213-3 du Code de la commande publique</i>	27
2.2.2.2	<i>Activités non constitutives d'activités d'opérateur de réseaux</i>	28
CHAPITRE 3	Opérateurs économiques	31
3.1	La notion d'opérateur économique	31
3.1.1	Imprécision des textes	31
3.1.2	Apports de la jurisprudence	32
3.1.2.1	<i>Jurisprudence européenne</i>	32
3.1.2.2	<i>Jurisprudence interne</i>	33
3.2	Les personnes publiques, opérateurs économiques	34
3.2.1	Admission de la candidature des personnes publiques aux marchés publics	34
3.2.2	Conditions de la candidature des personnes publiques aux marchés publics	35
3.2.2.1	<i>Conditions relatives au principe de la candidature</i>	35
3.2.2.2	<i>Les modalités de la candidature</i>	37
3.1	Les groupements d'opérateurs économiques	38
3.1.1	Groupement conjoint ou groupement solidaire	39
3.1.2	Intérêt de la distinction entre le groupement conjoint et le groupement solidaire.....	39
3.1.3	Possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'imposer la forme juridique du groupement d'opérateurs	39
3.1.4	Évolution de la composition du groupement d'opérateurs économiques	40
CHAPITRE 4	Conditions de recours à la procédure adaptée	43
4.1	Le recours à la procédure adaptée pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens de procédures formalisées	44
4.1.1	Les seuils européens de procédures formalisées.....	44
4.1.1.1	<i>En ce qui concerne les marchés publics des pouvoirs adjudicateurs</i>	45
4.1.1.2	<i>En ce qui concerne les marchés publics des entités adjudicatrices</i>	45
4.1.1.3	<i>En ce qui concerne les marchés de défense ou de sécurité</i>	45
4.1.1	Recours à la procédure adaptée pour les lots des marchés allotis.....	46
4.1.1.1	<i>Le principe de la procédure adaptée pour certains lots des marchés allotis</i>	46
4.1.1.1	<i>Les seuils applicables pour les lots dans les marchés allotis</i>	46
4.2	Le recours à la procédure adaptée en raison de l'objet du marché	47
4.2.1	Les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques.....	48

4.2.2	Cas particulier des marchés publics de services juridiques	51
4.2.2.1	<i>Procédures de passation applicables aux marchés de services juridiques avant l'entrée en vigueur de la loi du 7 décembre 2020</i>	51
4.2.2.2	<i>Les règles applicables aux marchés de services juridiques après l'adoption de la loi du 7 décembre 2020</i>	52
4.2.2	Le cas des marchés publics de services mixtes	53
CHAPITRE 5	Marchés publics et lots de faible montant	55
5.1	Notion de marchés de faible montant	55
5.2	Délimitation des marchés et lots de faible montant dans le Code de la commande publique	56
5.2.1	Les marchés conclus pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 € HT	56
5.2.2	Les lots de faible montant	57
5.2.3	Les marchés de livres non scolaires dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 € HT	57
5.3	Le relèvement temporaire des seuils de dispense de publicité et mise en concurrence préalables en raison de la crise liée à la Covid-19	58
5.3.1	Les marchés de travaux dont la valeur estimée du besoin est inférieure à 100 000 euros HT	58
5.3.2	Les marchés de fourniture de denrées alimentaires dont la valeur estimée du besoin est inférieure à 100 000 euros HT	59
CHAPITRE 6	Régime spécifique des marchés et lots de faible montant	61
6.1	Principe de la passation des marchés et lots de faible montant sans publicité ni mise en concurrence préalables	61
6.2	Exigence du respect des principes fondamentaux de la commande publique	62
6.2.1	Portée générale des principes de la commande publique	62
6.2.2	Application des principes fondamentaux de la commande publique aux marchés de faible montant	63
6.3	Précautions minimales encadrant la passation des marchés et lots de faible montant	64
6.3.1	Le choix d'une offre pertinente	65
6.3.2	La bonne utilisation des deniers publics	65
6.3.3	L'interdiction de contracter systématiquement avec le même opérateur économique	66

6.4	Organisation d'une procédure allégée pour la passation des marchés et lots de faible montant	66
6.4.1	Définition d'un seuil intermédiaire entre 0 et 40 000 euros HT	67
6.4.2	Rédaction allégée des documents de la consultation	67
6.4.3	La négociation	68
6.4.4	Formalités allégées en matière d'achèvement de la procédure	68
CHAPITRE 7	Organisation des marchés à procédure adaptée et des marchés de faible montant	71
7.1	Définition du besoin	73
7.1.1	Exigence de précision dans la définition du besoin	73
7.1.1.1	<i>Portée de l'obligation de précision dans la définition du besoin</i>	73
7.1.1.2	<i>Contrôle juridictionnel et sanction de l'exigence de précision de la définition des besoins</i>	74
7.1.1.3	<i>Définition du besoin et objectif de développement durable</i>	75
7.1.2	Niveau de détermination du besoin	76
7.1.2.1	<i>Liberté des acheteurs pour définir le niveau pertinent de définition du besoin</i>	77
7.1.2.2	<i>Recours à la notion d'unités opérationnelles distinctes</i>	77
7.1.3	Modalités de calcul de la valeur estimée du besoin	78
7.1.3.1	<i>Méthode de calcul pour les marchés de travaux</i>	78
7.1.3.2	<i>Méthode de calcul pour les marchés de fournitures et de services</i>	79
7.1.4	Pratique du <i>sourcing</i>	81
7.1.4.1	<i>Définition et intérêt du sourcing</i>	81
7.1.4.2	<i>Consécration de la pratique du sourcing dans le Code de la commande publique</i>	82
7.1.4.3	<i>Le cadre juridique du sourcing</i>	82
7.1.4.4	<i>Conseils</i>	84
7.1.5	Les spécifications techniques et les labels	85
7.1.5.1	<i>Les spécifications techniques</i>	85
7.1.5.2	<i>L'utilisation de labels</i>	90
7.2	Technique de l'accord-cadre	92
7.2.1	Définition de l'accord-cadre	92
7.2.2	Passation de l'accord-cadre	92
7.3	Exigence d'un écrit	93
7.4	Allotissement du marché	93
7.4.1	Principe de l'allotissement des marchés publics	93
7.4.2	Décision d'allotir et détermination du nombre, de la taille et de l'objet des lots	94

7.4.3	Possibilité pour l'acheteur de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique	95
7.4.4	Appréciation des offres lot par lot	96
7.4.5	Limites à l'obligation d'allotir	97
7.4.5.1	<i>Impossibilité d'identifier des prestations distinctes</i>	97
7.4.5.2	<i>Impossibilité d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; risque de restriction de la concurrence, de difficultés techniques ou de surcoût financier des prestations</i>	98
7.4.6	Exception à l'obligation d'allotir : les marchés publics globaux et marchés de partenariat	98
7.5	Marché ferme ou marché à tranches optionnelles	99
7.6	Les documents de la consultation	100
7.6.1	Rédaction de cahiers des charges	100
7.6.1.1	<i>L'objet des cahiers des charges</i>	100
7.6.1.2	<i>La rédaction de cahiers des charges particuliers pour les MAPA et achats de faible montant</i>	101
7.6.2	Le règlement de la consultation	102
7.6.3	Effets juridiques des documents de la consultation	104
7.6.3.1	<i>Caractère obligatoire du règlement de la consultation</i>	104
7.6.3.2	<i>Limites à la portée obligatoire du règlement de la consultation</i>	105
7.7	Admission des variantes	106
7.7.1	Principe de l'admission des variantes dans les MAPA	106
7.7.2	Régime des variantes	107
7.8	Modèles d'actes	108
7.8.1	Modèle de règlement de consultation allégé pour la passation d'un marché de faible montant	108
7.8.2	Modèle de règlement de la consultation d'un MAPA	109
CHAPITRE 8	Dématérialisation de la procédure de passation	115
8.1	Présentation générale de la dématérialisation des procédures de marchés publics	115
8.2	Généralisation de la dématérialisation des marchés publics depuis le 1^{er} octobre 2018	116
8.3	Le profil d'acheteur, support dédié de la dématérialisation	117
8.3.1	Caractéristiques générales du profil d'acheteur	117
8.3.2	Publication des avis sur le profil d'acheteur	117

8.3.3	Accès aux documents de la consultation sur le profil d'acheteur	118
8.3.4	Réception et conservation des candidatures et des offres sur le profil d'acheteur	119
8.3.5	Communications et échanges d'informations par voie électronique au travers du profil d'acheteur	120
8.4	La signature électronique du marché	122
8.4.1	Définition et cadre juridique de la signature électronique.....	122
8.4.2	Faculté de recourir à la signature électronique.....	122
8.4.3	Documents concernés par la signature électronique	123
8.4.4	Caractéristiques et validité de la signature électronique	123
8.4.5	Format et outil de signature	124
8.4.5.1	<i>Format de la signature électronique</i>	124
8.4.5.2	<i>Outils de signature électronique</i>	124
8.4.6	Contentieux de la signature électronique	124
CHAPITRE 9	Publicité dans les marchés à procédure adaptée	127
9.1	L'organisation de la publicité	127
9.1.1	Les seuils de la publicité adaptée	127
9.1.1.1	<i>Le seuil de publicité intermédiaire applicable aux MAPA de l'État, ses établissements publics autres que ceux à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements</i>	127
9.1.1.2	<i>Absence de seuil intermédiaire de publicité pour les MAPA des autres acheteurs soumis au Code de la commande publique</i>	128
9.1.1.3	<i>Les seuils de publicité propres aux marchés de service sociaux et autres marchés de services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique</i>	128
9.1.2	Les principes et modalités de la publicité adaptée.....	131
9.1.2.1	<i>Les principes encadrant la publicité adaptée</i>	131
9.1.2.2	<i>Les supports de publicité adaptée</i>	133
9.1.2.3	<i>Combinaison de la publicité adaptée et de la publicité obligatoire</i>	134
9.2	Le contenu de la publicité	135
9.2.1	Les marchés à procédure adaptée dont la valeur estimée du montant est comprise entre 90 000 000 euros HT et les seuils de procédures formalisées	135
9.2.2	Les marchés à procédure adaptée dont la valeur estimée du montant est comprise entre 40 000 et 90 000 euros HT	135
9.3	Modèles d'actes	136
9.3.1	Modèle d'avis d'appel à la concurrence allégé pour les marchés de faible montant	136

9.3.2	Modèle d'avis d'appel à la concurrence pour les marchés dont le montant est compris entre 40 000 et 90 000 euros HT	137
CHAPITRE 10	Candidatures	139
10.1	Les interdictions de candidater	139
10.1.1	Les interdictions de candidater fixées par le Code de la commande publique	139
10.1.2	Les interdictions de candidater laissées à l'appréciation de l'acheteur	141
10.1.2.1	<i>La mauvaise exécution de marchés antérieurs</i>	142
10.1.2.2	<i>Le comportement du candidat</i>	142
10.1.2.3	<i>Les atteintes aux règles de la concurrence</i>	143
10.2	Preuve de la situation des candidats au regard des motifs d'exclusion	145
10.2.1	Déclaration sur l'honneur et attestations	145
10.2.2	Document unique de marché européen (DUME)	146
10.3	L'appréciation des capacités du candidat	147
10.3.1	Liberté de l'acheteur dans l'appréciation des capacités du candidat	147
10.3.2	Possibilité pour les candidats de se regrouper pour répondre aux exigences de l'acheteur	148
10.3.3	Variété des capacités susceptibles d'être exigées par l'acheteur	149
10.3.3.1	<i>L'aptitude à exercer l'activité professionnelle</i>	149
10.3.3.2	<i>Les capacités économiques et financières</i>	149
10.3.3.3	<i>Les capacités techniques et professionnelles</i>	150
10.4	La présentation des candidatures	152
10.4.1	Forme de la présentation	152
10.4.2	Délais de présentation	153
CHAPITRE 11	Critères d'attribution	155
11.1	Le choix des critères d'attribution	155
11.1.1	Le critère du prix ou du coût	156
11.1.1.1	<i>Le critère du prix</i>	156
11.1.1.2	<i>Le critère du coût</i>	156
11.1.2	Une pluralité de critères	157
11.1.2.1	<i>Les critères environnementaux et sociaux</i>	157
11.1.2.2	<i>Le critère de la qualification professionnelle</i>	158
11.1.3	La difficulté de proposer d'autres critères	159
11.2	Mise en œuvre des critères d'attribution	160
11.2.1	Des critères en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ..	161

11.2.2	Des critères non discriminatoires	162
11.2.2.1	<i>Cas des critères qualitatifs : le critère esthétique</i>	163
11.2.2.2	<i>Cas des critères quantitatifs</i>	163
11.2.2.3	<i>Cas des sous-critères</i>	164
CHAPITRE 12	Examen des offres	167
12.1	L'organe en charge de l'analyse des offres	167
12.1.1	Généralités.....	167
12.1.1.1	<i>Cas des marchés de l'État et de ses établissements publics</i>	167
12.1.1.2	<i>Cas des marchés des collectivités territoriales et de leurs groupements</i>	168
12.1.2	La commission d'appel d'offres.....	169
12.1.2.1	<i>Composition</i>	169
12.1.2.2	<i>Fonctionnement</i>	171
12.2	Traitement des offres inacceptables, irrégulières, inappropriées ou anormalement basses	172
12.2.1	L'offre irrégulière.....	172
12.2.1.1	<i>La méconnaissance des documents de consultation</i>	172
12.2.1.2	<i>La méconnaissance de la législation sociale et environnementale</i>	174
12.2.1.3	<i>La possible régularisation</i>	175
12.2.2	L'offre inacceptable.....	176
12.2.3	L'offre inappropriée	177
12.2.4	L'offre anormalement basse.....	177
12.2.4.1	<i>Identification de l'offre anormalement basse</i>	177
12.2.4.2	<i>Traitement de l'offre anormalement basse</i>	181
12.3	Classement des offres	181
12.3.1	Le choix dans la méthode de classement : pondération ou hiérarchisation ..	181
12.3.2	Les modalités de notation des offres	183
12.3.2.1	<i>Les principes généraux de la notation</i>	183
12.3.2.2	<i>La méthode de notation appliquée au critère du prix</i>	185
CHAPITRE 13	Négociation	187
13.1	La décision de négocier	187
13.1.1	Dans les MAPA	187
13.1.1.1	<i>Négociation et offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables</i>	188
13.1.1.2	<i>Décision de négocier et obligation d'information des candidats</i>	189
13.1.1.3	<i>Décision de négocier et portée de l'obligation de négocier</i>	190
13.1.2	Dans les marchés de faible montant passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.....	192

13.2	Les modalités de la négociation	192
13.2.1	L'organisation de la négociation.....	193
13.2.2	Le déroulement de la négociation	194
13.2.3	Champ de la négociation	195
13.2.4	Les délais de remise des offres finales après négociation	195
CHAPITRE 14	Information des candidats et soumissionnaires évincés	197
14.1	Le principe de l'obligation d'information du rejet de la candidature ou de l'offre	197
14.1.1	Une obligation expressément prévue par le Code de la commande publique pour les MAPA	197
14.1.2	Absence de délai de <i>standstill</i>	198
14.2	Obligation d'information des candidats et soumissionnaires évincés pour les marchés de faible montant	199
14.3	Portée de l'obligation d'information des candidats et soumissionnaires évincés en MAPA	199
14.3.1	Une obligation conditionnée par la demande du candidat ou soumissionnaire évincé.....	200
14.3.1.1	<i>La transmission des motifs de rejet sur demande du candidat ou soumissionnaire évincé</i>	200
14.3.1.2	<i>Communication des caractéristiques et avantages de l'offre retenue et du nom de l'attributaire</i>	200
14.3.2	Contenu de l'obligation d'information	201
14.3.2.1	<i>Une obligation d'information limitée par le secret des affaires</i>	201
14.3.2.2	<i>Les documents communicables au titre de l'article R. 2181-2 du Code de la commande publique</i>	203
CHAPITRE 15	Achèvement de la procédure	207
15.1	La signature du marché	207
15.1.1	L'autorité chargée de signer le marché	207
15.1.1.1	<i>Les marchés passés par les collectivités locales et leurs groupements</i>	208
15.1.1.2	<i>Les marchés passés par les établissements publics</i>	210
15.1.1.3	<i>Les marchés passés par l'État</i>	211
15.1.2	Le délai de signature du marché	211
15.1.2.1	<i>L'enjeu du délai de signature du marché</i>	211
15.1.2.2	<i>Délai de standstill</i>	212
15.1.3	Les modalités de signature du marché.....	213
15.1.3.1	<i>La signature « classique »</i>	213
15.1.3.2	<i>La signature électronique</i>	214

15.2	La notification du marché au titulaire	214
15.2.1	Caractère obligatoire de la notification	214
15.2.2	Conséquences de la notification	215
15.3	L'avis d'attribution	216
15.4	Conservation des informations	217
	Index	219



Le groupe Infopro Digital, certifié ISO 14001,
est engagé dans une démarche environnementale.
Cet ouvrage est imprimé en France sur un papier issu de forêts gérées durablement.

Achévé d'imprimer sur les presses SEPEC, sous le numéro
"les Bruyères", 01960 Péronnas France
Dépôt légal : juin 2021



Si, dans les marchés à procédure adaptée et marchés de faible montant, une certaine liberté est accordée aux acheteurs, ces derniers doivent toutefois faire preuve de rigueur, afin de ne pas s'exposer à des recours contentieux avant ou après la signature du marché.

À jour des dernières évolutions législatives, réglementaires et jurisprudentielles, ce guide opérationnel présente et analyse, toutes les étapes de la passation des marchés à procédure adaptée et de faible montant, en suivant la chronologie d'un achat. Il permet ainsi de :

- définir le besoin, en estimer le montant et le retranscrire dans un cahier des charges allégé ;
- maîtriser les règles liées à la dématérialisation de la procédure ainsi que les mesures de publicité ;
- déterminer les critères d'attribution de marché adéquats ;
- sélectionner les candidats et les offres pertinentes ;
- ou encore mettre en place une négociation avec les candidats.

À travers de nombreux exemples, cet ouvrage examine la particularité des règles applicables à ces marchés. Enfin, dans une perspective pratique, les acheteurs y trouveront des modèles d'actes tels que le règlement de la consultation, des commentaires et conseils afin de les accompagner dans la rédaction et la passation de leurs marchés.

Antoine Bourrel est maître de conférences en droit public à l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (IE2IA), université de Pau et des Pays de l'Adour.

Philippe Zavoli est maître de conférences en droit public à l'Institut fédératif de recherche sur les transitions juridiques, université de Pau et des Pays de l'Adour.

Ce guide est conçu pour assister toute personne intéressée à la passation des marchés publics : juristes exerçant au sein d'un service achat d'une personne publique, assistants de maîtres d'ouvrage, maîtres d'œuvre, ou encore leurs conseillers, avocats, etc.

ISSN 2267-0149

ISBN 978-2-281-13472-8



9 782281 134728

EDITIONS

LE MONITEUR