

2022

The logo consists of the letters 'UGAP' in a bold, white, sans-serif font, centered on a red square background. This square is part of a larger graphic on the left side of the page, which is a grid of squares in various shades of red, dark red, and grey, arranged in a pattern that tapers towards the top right.

## Les fondamentaux sur les marchés publics

Document UGAP non contractuel



## Le code de la commande publique (2019)

- Code paru le 05/12/2018 – Entrée en vigueur le 01/04/2019
- Unification, simplification, accessibilité du droit
- Contrats relevant du code: les marchés publics (*stricto sensu*), les marchés de partenariat; les concessions (DSP)
- Contrats exclus du code: contrats de travail; conventions d'occupation du domaine public; les subventions
- Un code organisé selon la chronologie de la vie du contrat (préparation, passation, exécution)
  - Intégration des textes législatifs et réglementaires sur les délais de paiement
  - Intégration, au titre de l'exécution, d'un chapitre dédié aux modes alternatifs de règlement des différends (conciliation et médiation; transaction; arbitrage)



## Qu'est-ce qu'un marché public ?

- Un contrat de la commande publique (**art. L.2 CCP**)
- Un contrat conclu par **un acheteur** avec un ou plusieurs opérateurs économiques
- Un contrat conclu pour répondre aux besoins de l'acheteur public: travaux; services; fournitures
- Un contrat conclu à titre **onéreux**:
  - Un prix
  - **OU** un équivalent au prix (cf. abandon de recettes)
- Un contrat conclu pour une **durée limitée** (**art. L.5 CCP**)
- Un contrat **administratif**, si conclu par une personne morale de droit public (collectivité locale, établissement public local)



## L'acheteur – les pouvoirs adjudicateurs (art. L.1211-1 CCP)

- Les personnes morales de droit public
  
- Les personnes morales de droit privé
  - ✓ Créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
  
  - ✓ Dont :
    - Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur (PA)
    - Soit la gestion est soumise à un contrôle par un PA
    - Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un PA
  
- Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun



## L'acheteur – les entités adjudicatrices (art. L.1212-1 CCP)

- Les pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateur de réseaux
- Les entreprises publiques exerçant une activité d'opérateur de réseaux
  - ✓ Entreprise produisant ou commercialisant des biens ou services marchands, sur laquelle un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une **influence dominante** (propriété; majorité du capital; majorité des droits de vote; plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance)
  - ✓ Exemples: SAEML de transport urbain; SEM de production et distribution d'eau potable
- Les organismes de droit privé titulaires de droits spéciaux ou exclusifs leur réservant l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux



## Les opérateurs économiques

- Qui sont-ils? Toute personne physique ou morale, publique ou privée
- Que font-ils?
  - ✓ Ils offrent sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages;
  - ✓ Ils offrent sur le marché la fourniture de produits;
  - ✓ Ils offrent sur le marché la prestation de services.
- Une **personne publique** peut être un opérateur économique, par suite titulaire d'un marché public
  - ✓ Cela est admis par la jurisprudence: **CE, assemblée, 30 décembre 2014, Société Armor SNC**
  - ✓ Un conseil départemental peut être titulaire d'un marché de dragage d'un estuaire, passé par un autre conseil départemental
  - ✓ Un service départemental d'archéologie peut concurrencer, dans son ressort territorial, une société privée agréé en qualité d'opérateur d'archéologie préventive



## Les principes fondamentaux de la commande publique

- Ils sont repris à **l'article L.3 du code de la commande publique** (CCP)
- Trois principes :
  - Égalité de traitement des candidats
  - Liberté d'accès à la commande publique
  - Transparence des procédures
- Objet des trois principes : « assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » (**art. L.3 CCP**)
- Un principe jurisprudentiel : le principe d'impartialité (CE, 12 septembre 2018, *Sté Otus*)



## Le régime général des marchés publics conclus par les collectivités territoriales (art. L6 du CCP)

- L'acheteur public exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat
- Le contrat qui a pour objet l'exécution d'un service public respecte le principe de continuité du service public
- L'indemnisation du cocontractant qui poursuit l'exécution du contrat en cas d'événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat
- L'acheteur public peut modifier unilatéralement le marché
  - Indemnisation du titulaire, ***sous réserve des stipulations du contrat***
- L'acheteur public peut résilier unilatéralement le marché
  - Si résiliation pour motif d'intérêt général, indemnisation du titulaire, ***sous réserve des stipulations du contrat***





## Comment acheter: L'achat centralisé ou groupé ?

- La centrale d'achat ([art. L2113-2 et s. CCP](#))
  - La centrale d'achat « grossiste » : l'achat pour revente
  - La centrale d'achat intermédiaire
  - Le recours à une centrale d'achat dispense l'acheteur de ses obligations de publicité et de mise en concurrence
  - L'UGAP est la seule centrale d'achat public « généraliste » en France
  
- Le groupement de commandes ([art. L2113-6 CCP](#))



## La définition du besoin

- **Principe:** la détermination précise de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire intervient avant le lancement de la consultation ([art. L2111-1 CCP](#))
  
- Une obligation juridique
  - Prise en compte par le pouvoir adjudicateur des exigences de développement durable: dimension économique, sociale, et environnementale
  
- La condition d'un achat public efficace et efficient
  - Permettre aux soumissionnaires de proposer une offre adaptée aux prestations attendues
  - Créer les conditions d'une bonne exécution du marché



## La définition du besoin – *Estimation et calcul*

- Estimation HT
- Correspond à l'hypothèse d'une exécution maximale des stipulations contractuelles
- Estimation en considération de la durée totale du marché (périodes de reconduction comprises)
- Pour les travaux:
  - Estimation: la valeur cumulée de l'ensemble des travaux permettant de réaliser une opération
- Pour les fournitures et les services:
  - Estimation: la valeur des fournitures ou services qualifiés d'homogènes
    - Appartenance des fournitures ou services à un même segment d'achat
    - Fournitures ou services concourant à la réalisation d'un même projet (notion d' « unité fonctionnelle »)



## La définition du besoin

Au sein d'une commune:

le maire peut-il procéder, seul à la définition du besoin ?

- La définition du besoin intervient au moment de la **préparation** du marché
- **Principe:** le maire peut déterminer seul « *la nature et [...] l'étendue des besoins à satisfaire* », s'il a reçu, régulièrement, délégation du conseil municipal pour préparer le marché (art. L.2122-22 4° du CGCT; également, réponse Min. QE n° 10017, Sénat, 06/05/2010, p. 1150)



## La consécration du **sourcing** (art. R2111-1 et art. 2111-2 CCP)

- Le *sourcing* est une aide à la définition du besoin
  - Consultations ou études de marché
  - Sollicitations d'avis auprès des opérateurs économiques
  
- Objectif: mieux connaître les offres disponibles sur le marché (solutions techniques existantes; innovations; nouveaux usages; ...)
  
- Encadrement : ne pas fausser la concurrence
  - Respect des principes fondamentaux de la commande publique
  - Stricte symétrie des informations transmises aux opérateurs économiques intéressés



## L'allotissement (art. L2113-10 CCP)

- Le principe de l'allotissement étendu à tous les acheteurs publics
- Possibilité pour l'acheteur de limiter le nombre de lots auxquels les candidats peuvent se soumissionner ou qui peuvent être attribués à un même opérateur économique
  - Déjà: **CE, 20 février 2013, Société Laboratoire Biomnis**
- Contrôle du juge administratif sur l'allotissement :
  - Contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation : cf. **CE, 25 mai 2018, Hauts-de-Seine Habitat**, req. 417428, s'agissant d'un allotissement géographique



## La passation d'un marché non alloti

- L'acheteur pourrait se fonder sur les motifs de l'article L2113-11 CCP
  - La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence
  - La dévolution en lots séparés risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations
  - L'acheteur n'est pas en mesure d'assurer, par lui-même, les missions d'organisation, de pilotage et de coordination
  
- Si pas d'allotissement: obligation de motivation
  - En procédure formalisée: dans les documents de la consultation
  - En procédure adaptée: dans les documents relatifs à la procédure
  
- Contrôle du juge administratif sur la motivation de l'acheteur



## Les seuils de procédure des marchés des collectivités territoriales

- Procédures formalisées, notamment appel d'offres (pouvoir adjudicateur)
  - Fournitures et services: à partir de 215 000 euros HT
  - Travaux : à partir de 5 382 000 euros HT
  
- Procédures formalisées, notamment appel d'offres (entité adjudicatrice)
  - Fournitures et services : à partir de 431 000 euros HT
  - Travaux : à partir de 5 382 000 euros HT
  
- Procédure adaptée
  - Valeur estimée du besoin inférieure aux seuils des procédures formalisées
  - En raison de l'objet du marché : marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques
    - quelle soit la valeur estimée du besoin





## Les seuils de procédure des marchés

### Marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Marchés inférieurs à 40 000 euros HT ([art. R.2122-8 CCP](#))

- La valeur estimée est celle du besoin, non pas celle du marché
  
- Appréciation du seuil par procédure, et non par marché
  - Interdiction de conclure, sans consultation, plusieurs marchés de 39 999 euros HT pour un même besoin
  - Sanction: délit d'octroi d'avantage injustifié ([art. 432-14 du code pénal](#))
  
- Limite: interdiction de contracter systématiquement avec le même fournisseur



# La dématérialisation des procédures

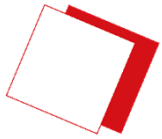
## Une règle générale de passation

- Communication et échanges d'information par voie électronique
  - Concerne toutes les procédures de passation
  
- Aménagements à la règle
  - Pour les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables
  - Pour les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques
  - Lorsque la transmission électronique n'a pas de sens : présentation de maquettes, modèles réduits, prototypes, ou échantillons
  
- Mise à disposition gratuite des documents de la consultation (art. R2132-1 CCP; art. R2132-2 CCP)
  - Sur le profil acheteur: obligatoire dès 40 000 euros HT
  - À compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence



## Le marché à procédure adaptée (MAPA)

- La procédure adaptée: pour quels marchés ?
  - Les marchés dont la valeur estimée HT du besoin est inférieure aux seuils européens
  - Les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques
  - Les marchés publics de services juridiques de représentation ([abrogé par décret n° 2021-357 du 30 mars 2021](#))
  
- Des modalités de la procédure librement déterminées par l'acheteur...
  
- ... en fonction :
  - De la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire
  - Du nombre et de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre
  - Des circonstances de l'achat



## La sélection des candidatures (en MAPA)

- Le PA doit assurer une information appropriée sur les critères de sélection des candidatures, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché
  - Information dans l'AAPC ou dans le cahier des charges
  
- En quoi consiste cette information appropriée ?
  - Indication des documents ou renseignements au vu desquels le PA entend opérer la sélection des candidatures
  - Indication des niveaux minima de capacité attendus
  - En revanche: pas d'obligation d'indiquer les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures ([CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des papes](#))



## Le choix de l'offre (en MAPA)

- **Critères de choix:** le PA doit indiquer dans les documents de la consultation
  - Les critères d'attribution du marché
  - Les conditions de mise en œuvre de ces critères « selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné » ([CE, Sect., 30 janvier 2009, ANPE](#))
  - En revanche: pas d'obligation de porter à la connaissance des candidats la méthode de notation permettant d'apprécier les critères de sélection des offres
  
- **Pondération ou hiérarchisation ?**
  - Pondération pas obligatoire en MAPA
  - En l'absence de pondération, la hiérarchisation s'applique: ordre décroissant d'importance



## Le choix de l'offre : problématique de l'achat local

- **Principe:** le droit de la commande publique ne permet pas de retenir des critères de choix liés à l'implantation géographique des candidats à un marché

⇒ **Un critère de préférence locale est discriminatoire**

La méconnaissance de cette règle expose son auteur à une condamnation pour délit de favoritisme (Cour de cassation, 22 janvier 2014, n° 13-80759)

- **Tempérament:** une obligation d'implantation géographique peut constituer une condition à l'obtention du marché
  - Si elle est justifiée par l'objet du marché
  - Si elle est justifiée par ses conditions d'exécution



## La recours à la négociation en « MAPA »

- La négociation est une caractéristique du MAPA ([art. R.2123-5 CMP](#))
  
- La négociation est **une faculté**, pas une obligation
  - Lorsque l'acheteur a prévu la négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales, sans négociation
  - Condition: avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire – Exigence de transparence de la procédure.
  
- **Recommandation:** introduire dans les documents de la consultation une disposition mentionnant expressément que « *Le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité d'attribuer le marché sans négociation.* »



## La conduite de la négociation en « MAPA »

- Avec qui négocier ?
  - Avec tous les candidats ayant remis une offre, ou
  - Avec un nombre limité de candidats : dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères de sélection des opérateurs économiques admis à la négociation et indiquer leur nombre (pratique de la « *short list* »)
  - Possibilité de réduire progressivement le nombre des candidats admis aux discussions
  
- Objet de la négociation:
  - Tous les éléments de l'offre: le prix et ses éléments constitutifs; la qualité; la quantité; les délais d'exécution; les garanties de bonne exécution; ...
  - La négociation ne peut avoir pour objet, ou pour effet, de modifier les caractéristiques essentielles du marché
  - La négociation ne signifie pas renonciation aux critères de choix des offres





# NOUS SUIVRE



ugap.fr



ugap.achatpublic



@ugap



ugap



**MERCI**  
de votre attention

Le choix de l'achat juste

**UGAP**

Document UGAP non contractuel