

Le guide des marchés des Sem



Les éditions des Sem

“*Les marchés des Sem*”

Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005

Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005

Décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005





Préface

Ce guide traite des obligations de mise en concurrence s'imposant aux Sem en tant que pouvoirs adjudicateurs, depuis l'ordonnance du 6 juin 2005 et dans ses décrets d'application.

Si les Sem ne sont pas soumises par principe aux dispositions du code des marchés publics, elles sont amenées à les appliquer lorsqu'elles sont titulaires de conventions de mandat conclues avec une collectivité locale.

Elles peuvent toutefois s'y soumettre volontairement. Excepté ce cas de figure, les Sem sont soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005.

Cette ordonnance qui a fait l'objet de 2 décrets d'application : un concernant les entités adjudicatrices - décret du 20 octobre 2005 - et un autre concernant les pouvoirs adjudicateurs - décret du 30 décembre 2005. Elle a transposé les règles communautaires prises en la matière et a mis fin à l'insécurité juridique régnant jusqu'alors.

Les textes communautaires ont également été transposés dans le décret du 1^{er} août 2006 portant sur le Code des marchés publics.

Les textes de droit interne en matière de mise en concurrence sont désormais en conformité avec le droit communautaire.

Ce guide vous propose de vous aiguiller dans ce dédale de dispositions. Il a été réalisé par le Département juridique de la Fédération des Sem. Son analyse repose sur l'état du droit au 1^{er} janvier 2007.

Table des matières

Préface	3
TITRE I : L'ordonnance du 6 juin 2005 et ses décrets d'application	6
SECTION I : CHAMP D'APPLICATION DE L'ORDONNANCE DU 6 JUIN 2005 ET SES DÉCRETS D'APPLICATION	7
▶ I. Le champ d'application organique :	7
1) <i>La notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice en droit communautaire :</i>	7
2) <i>Les pouvoirs adjudicateurs entrant dans le champ d'application de l'ordonnance :</i>	8
3) <i>Les organismes agissant à la fois comme pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice (article 36 de l'ordonnance) :</i>	11
▶ II. Le champ d'application matériel :	11
1) <i>Les types de contrats soumis à l'ordonnance et à ses décrets d'application :</i>	11
A. Les marchés et accords-cadres :	11
B. Les marchés mixtes et cas particuliers :	12
2) <i>Les types de contrats exclus du champ d'application de l'ordonnance et de ses décrets d'application :</i>	13
A. Les exclusions communes aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices :	13
B. Exclusions spécifiques aux pouvoirs adjudicateurs :	13
C. Exclusions spécifiques aux entités adjudicatrices :	14
SECTION II : LES PRINCIPES FONDAMENTAUX	16
▶ I. L'obligation de mise en concurrence :	16
▶ II. L'obligation de publicité :	18
TITRE II : Les procédures de passation des marchés privés des Sem	24
SECTION I : LE CHOIX DE LA PROCÉDURE	27
▶ I. Les procédures classiques :	27
1) <i>L'appel d'offres :</i>	27
A. La procédure d'appel d'offres ouvert :	27
B. La procédure d'appel d'offres restreint :	32
2) <i>Les procédures négociées :</i>	37
A. La procédure négociée	37
B. Le déroulement de la procédure	41
3) <i>Le concours (article 41) :</i>	45
A. L'objet du concours	45
B. Les procédures de concours	45
C. L'intervention d'un jury	45
▶ II. Les nouvelles procédures	47
1) <i>Les nouvelles procédures passées par des moyens classiques :</i>	47
A. Le dialogue compétitif :	47
B. Les accords-cadres :	52
C. Les marchés à bons de commande :	55
D. Les centrales d'achat :	56
2) <i>Les nouvelles procédures entièrement dématérialisées :</i>	57
A. Le système d'acquisition dynamique :	57
B. Les enchères électroniques :	60

SECTION II : LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	62
▶ I. La dématérialisation des procédures	62
1) <i>Les modalités d'archivage des dossiers dématérialisés</i>	62
▶ II. La sélection des candidats	64
1) <i>Les motifs d'exclusion de la procédure de passation</i>	64
2) <i>Les exigences quant à l'aptitude des candidats à présenter une offre</i>	66
▶ III. La sélection des offres	66
1) <i>L'analyse de la conformité de l'offre</i>	66
2) <i>La détermination des critères d'attribution</i>	67
▶ IV. L'attribution du marché	68
1) <i>Les modalités d'attribution du marché</i>	68
A. Les pièces à fournir par le candidat retenu	68
B. Le rapport de présentation	69
C. L'avis d'attribution du marché	69
2) <i>L'obligation d'information des candidats évincés</i>	70
3) <i>Transparence des candidats vis-à-vis de l'adjudicateur :</i>	71
Pour en savoir plus	73
▶ <i>Une Sem est-elle un pouvoir adjudicateur ?</i>	73
▶ <i>Comment calculer les seuils ?</i>	75
▶ <i>Comment évaluer les offres ?</i>	78
▶ <i>Une nouveauté : les clauses environnementales et sociales</i>	81
Lexique	83



***TITRE I : L'ordonnance du 6 juin 2005 et ses décrets
d'application***

I. Le champ d'application organique :

1) La notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice en droit communautaire :

La notion de pouvoir adjudicateur correspond à celle de personne publique ou privée soumise à des obligations de mise en concurrence. La distinction entre les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice correspond à la division sectorielle du droit communautaire des marchés publics.

- Sont considérés comme **pouvoirs adjudicateurs**, l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public. La notion de pouvoir adjudicateur est visée par la directive 2004/18² concernant les secteurs classiques. Elle concerne l'ensemble des marchés de travaux, de fournitures et de services.
- A l'inverse, la notion d'**entité adjudicatrice** correspond à la définition des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, donnée par la directive 2004/17³ concernant les secteurs spéciaux anciennement appelés secteurs exclus.

Les entités adjudicatrices sont au final des pouvoirs adjudicateurs ou des organismes de droit public au sens communautaire intervenant dans les secteurs spéciaux limitativement énumérés par la directive 2004/17 et qui en raison du caractère peu concurrentiel de ces secteurs, se voient appliquer un corpus juridique particulier.

La notion de pouvoir adjudicateur permet de soumettre aux obligations de mise en concurrence les activités d'intérêt général exercées par les pouvoirs publics directement ou par le biais d'organismes de droit privé dont elles assurent le contrôle ou le financement.

Pour être qualifié d'organisme public et donc de pouvoir adjudicateur, au sens du droit communautaire⁴, trois critères cumulatifs doivent être remplis. Les organismes concernés :

- Doivent être dotés de **la personnalité juridique** ;
- Leur activité doit être soit **financée majoritairement** par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public : soit la gestion est soumise au **contrôle** de ces derniers ; soit plus de **la moitié des membres des organes d'administration** de surveillance ou de direction sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ;
- Doivent avoir été créées pour **satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial**.

Une Sem répond-elle à ces critères ? Il ne fait pas débat sur le fait que la Sem remplit les deux premiers critères. Il existe de par la loi des contrôles publics sur sa gestion, le conseil d'administration ou de surveillance a une composition majoritairement publique, et dans certains cas le financement de ses opérations est d'origine publique.

Le critère qui fera plus largement débat sera celui des motifs de sa création.

Si la création de la Sem pour des motifs d'intérêt général répond à la lettre à l'article L. 1521-1⁵ du Code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT), il convient de savoir s'il possède un caractère autre qu'industriel ou commercial.

1. Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF du 7 juin 2005.

2. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE du 30/04/2004, L 134/114.

3. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE du 30/04/2004, L 134/1.

4. Au sens de l'article 1.9 de la directive 2004/18.

5. Article L. 1521-1 du CGCT : "Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ...".

La définition de pouvoir adjudicateur dépend de l'activité de l'organisme concerné et de ses modalités d'exécution (obligations ou contraintes de service public...). La présence d'activités d'intérêt général, autres qu'industrielles ou commerciales, suffit à caractériser l'organisme de pouvoir adjudicateur. Peu importe que la satisfaction des besoins d'intérêt général autres qu'industriel ou commercial ne représente qu'une part des activités de l'organisme vues dans leur ensemble⁶.

S'il n'est pas possible d'affirmer que toutes les Sem sont des pouvoirs adjudicateurs et que seul un examen au cas par cas est nécessaire, la prudence et la sécurisation juridique des opérations recommandent le respect par les Sem de l'ordonnance.

2) Les pouvoirs adjudicateurs entrant dans le champ d'application de l'ordonnance :

- Selon l'article 3 de l'ordonnance sont des **pouvoirs adjudicateurs** et de ce fait, sont assujettis aux dispositions de l'ordonnance et du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux pouvoirs adjudicateurs (ci-après décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs)⁷ :

" 1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au Code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont :

- a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;
- b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;
- c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

2° La Banque de France ;

3° La Caisse des dépôts et consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

- a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics ;
- b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;
- c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance".

L'article 3-II de l'ordonnance précise qu'il est possible, pour les pouvoirs adjudicateurs qui le souhaitent, d'appliquer volontairement les règles prévues par le Code des marchés publics.

Parmi les organismes concernés par le décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs, et outre ceux qui sont expressément désignés, on trouve également les organismes privés d'habitations à loyer modéré, les sociétés anonymes d'HLM désormais dénommées Entreprises sociales pour l'Habitat, sociétés coopératives HLM, sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif HLM, sociétés anonymes de crédit immobilier, fondations d'HLM.

- Selon l'article 4 de l'ordonnance sont des **entités adjudicatrices** et de ce fait, sont assujettis aux dispositions de l'ordonnance et du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux entités adjudicatrices (ci-après décret relatif aux entités adjudicatrices)⁸ :

" 1° Les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 qui exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 26 ;

6. Cf. annexe : Une Sem est-elle un pouvoir adjudicateur ?

7. Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, JORF du 31 décembre 2005.

8. Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices, JORF du 22 octobre 2005.

2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérées à l'article 26.

Est une entreprise publique, au sens de la présente ordonnance, tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

3° Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités énumérées à l'article 26 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs pour l'application de ces dispositions les droits accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires."

Les activités d'opérateurs de réseaux visées par la dite ordonnance sont listées dans l'article 26 de l'ordonnance. Il s'agit des opérateurs intervenant principalement dans **les domaines de l'énergie** (article 26-1), **de l'eau** (article 26-2), **du transport** (article 26-5), **de l'exploitation de combustibles et des services postaux**.

L'article 26 dispose que sont des opérateurs de réseaux, les entités adjudicatrices exerçant :

1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir :

- Un service au public dans le domaine de **la production, du transport et de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur** ;
- Des achats destinés à **l'organisation ou à la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux** ;
- **L'alimentation de ces réseaux** en électricité, gaz ou chaleur.

2° L'exploitation de réseaux fixes à fournir :

- Un service au public dans le domaine de **la production, du transport et de la distribution d'eau potable** ;
- Des achats destinés à **l'organisation ou à la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux** ;
- **L'alimentation de ces réseaux** en eau potable.

Egalement les activités ayant trait :

- **A l'évacuation ou au traitement des eaux usées** ;
- **A des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage** pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable mentionné au 2° représente plus de 20% du volume total d'eau utilisé pour ces projets.

3° Les activités relatives à **l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides**.

4° Les achats destinés à **l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes ou des ports fluviaux**.

5° L'exploitation de réseaux destinés à fournir :

- Un service au public dans le domaine **du transport par chemin de fer, tramways, trolleybus, autobus, câble** ou tout système automatique ;
- Les achats destinés à **l'organisation ou à la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux**.

Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport **lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;**

6° Les activités visant à **fournir des services postaux ou les services autres que les services postaux mentionnés ci-dessous :**

- Les services postaux sont, selon l'article L. 1 du Code des postes et des communications électroniques, **les services postaux, la levée, le tri, l'acheminement et la distribution des envois postaux dans le cadre de tournées régulières.**
- Les services autres que les services postaux concernés sont, dès lors qu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs un service postal :
 - a) les services de gestion de services courrier ;
 - b) les services de courrier électroniques assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé ;
 - c) les services d'envoi non postaux tel que le publipostage sans adresses ;
 - d) les services bancaires et d'investissement et les services d'assurance ;
 - e) les services de philatélie ;
 - f) les services de logistiques, associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express.

A l'inverse, n'est pas considérée comme une activité d'opérateur de réseaux soumise à l'ordonnance (article 27) :

1° L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées à l'article 26 ;
- b) L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

2° L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article 26 ;
- b) La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

3° L'alimentation en eau potable des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article 26 ;
- b) La quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

3) Les organismes agissant à la fois comme pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice (article 36 de l'ordonnance) :

L'article 36 envisage l'hypothèse d'organismes à double casquette, c'est-à-dire agissant à la fois en tant que pouvoir adjudicateur et en tant qu'entité adjudicatrice pour satisfaire un besoin concernant une activité relevant des secteurs classiques et une activité relevant des secteurs spéciaux.

Dans une telle configuration, l'organisme pourra, au choix, passer un seul marché ou passer deux marchés distincts, **sachant que ce choix ne devra pas avoir pour but de soustraire ces marchés au champ d'application de l'ordonnance (saucissonnage par fonction).**

S'il choisit de ne passer qu'un seul marché :

- Si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité de pouvoir adjudicateur, les règles applicables seront les dispositions communes et les dispositions propres aux pouvoirs adjudicateurs⁹.
- Si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité d'entité adjudicatrice, les règles applicables seront les dispositions communes et les dispositions propres aux entités adjudicatrices¹⁰.
- S'il est impossible d'établir à qui le marché est principalement destiné ce sont les dispositions communes et les dispositions propres aux pouvoirs adjudicateurs qui trouveront à s'appliquer.

Il est cependant difficilement imaginable que les besoins ne visent à satisfaire un besoin en relation avec l'activité de réseau confiée à la Sem. Les entités adjudicatrices, sauf à exercer une activité distincte de pouvoir adjudicateur, respecteront les chapitres I et III, leurs marchés contribuant à leur activité de réseau.

Si un marché est relatif à une activité rentrant dans le champ d'application des dispositions propres aux entités adjudicatrices et à une activité n'entrant pas dans le champs d'application de l'ordonnance (articles 27 et 28) et que cette activité "hors ordonnance" n'est pas l'activité prépondérante du marché, ce sont les dispositions communes et les dispositions propres aux entités adjudicatrices qui trouveront à s'appliquer (chapitres I et III). A contrario, si c'est l'activité prépondérante du marché, on peut comprendre que l'ordonnance ne s'applique pas.

II. Le champ d'application matériel :

1) Les types de contrats soumis à l'ordonnance et à ses décrets d'application :

A. Les marchés et accords-cadres :

L'article 1^{er} de l'ordonnance dispose que sont soumis à ses dispositions **les marchés et accords-cadres**.

Par **marché**, l'ordonnance entend **tout contrat conclu à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fourniture ou de services**.

L'ordonnance vise tous les marchés sans distinguer dans quel cadre agit l'organisme : la qualification de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice emporte l'obligation de mise en œuvre des procédures de mise en concurrence et de publicité définies par l'ordonnance pour les marchés passés en qualité de donneur d'ordre mais aussi pour les marchés passés dans le cadre d'une sous-traitance¹¹.

L'ordonnance donne ensuite, à l'article 2, une définition des différents types de marchés concernés.

- Ainsi les **marchés de travaux** visés par les présents textes sont les "marchés conclus avec des entrepreneurs qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique".

9. Chapitres I et II de l'ordonnance et les modalités pratiques du décret n°2005-1742.

10. Chapitres I et III de l'ordonnance et les modalités pratiques du décret n°2005-1308 modifié.

11. CJCE 18 novembre 2004, Commission c/RFA, aff. C-126/03.

- Les **marchés de fourniture** sont “les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l’achat, la prise en crédit bail, la location ou la location-vente, de produits ou matériels”.
- Les **marchés de services** sont “les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services”.

Il convient de souligner, qu’à partir du moment où un organisme est qualifié de pouvoir adjudicateur, il le devient pour l’ensemble de ses achats, y compris ceux passés pour ses besoins propres : ainsi, une Sem d’aménagement ou une Sem d’exploitation devra respecter les principes de transparence édictés dans le décret, non seulement lorsqu’elle intervient dans le cadre d’une concession d’aménagement ou dans le cadre d’une délégation de service public, mais aussi lorsqu’elle intervient en “opération propre”.

Par **accord-cadre**, l’ordonnance entend **tout contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice et des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d’établir les termes régissant les marchés à passer au cours d’une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.**

Ces accords-cadres s’apparentent au principe des marchés à bons de commande existant dans le Code des marchés publics. Cependant, ils ne constituent pas en eux-mêmes un marché dans la mesure où les termes ne sont pas tous fixés. La passation des accords-cadres **permettra de sélectionner une ou plusieurs entreprises avec lesquelles, pendant la durée de l’accord** (qui doit être limitée à quatre ans, conformément aux dispositions des directives et du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs¹²), il sera possible de **conclure directement des marchés**, sans ou après mise en concurrence selon les cas. Le décret précise les cas d’application et les modalités de mise en œuvre.

B. Les marchés mixtes et cas particuliers :

L’article 2 intègre expressément le cas particulier des marchés portant à la fois sur des travaux et des services, des travaux et des fournitures ou des services et des fournitures :

Notons que :

- Lorsqu’un marché a pour objet à la fois des **services et des fournitures**, il est un **marché de service si la valeur des services dépasse la valeur des produits à fournir.**
- Lorsqu’un marché porte à la fois sur des **services et des travaux**, il est un **marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.**
- Lorsqu’un marché a pour **objet principal la fourniture de produits, et à titre accessoire, des travaux de pose et d’installation**, il est considéré comme un **marché de fourniture.**

Ainsi, la part prépondérante de l’un ou l’autre emportera qualification du marché.

En outre, selon l’article 35 de l’ordonnance, relatif aux marchés particuliers, sont soumis aux dispositions communes et aux dispositions propres aux pouvoirs adjudicateurs :

- **Les marchés subventionnés** directement à plus de 50% par un pouvoir adjudicateur soumis [...] à la présente ordonnance ; cependant, cette obligation ne vise que les marchés qui concernent **des activités de génie civil** ou qui ont pour objet de réaliser, de concevoir ou de réaliser ou de faire réaliser tous travaux de bâtiment relatifs à des **établissements de santé, des équipements sportifs, récréatifs ou de loisirs, des bâtiments scolaires ou universitaires ou des bâtiments à usage administratif** ou encore les **marchés de services liés à un des marchés de travaux** mentionnés.

Enfin, l’article 36 de l’ordonnance vise le cas particulier de marchés passés par un organisme agissant à la fois en tant que pouvoir adjudicateur et en tant qu’entité adjudicatrice. Le marché suivra la règle applicable à l’activité à laquelle il est principalement destiné sauf à ce qu’il soit impossible d’établir la distinction ; en ce cas, les dispositions relatives aux pouvoirs adjudicateurs s’appliqueront.

¹² Article 42-V du décret n°2005-1742 : “La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans”.

2) Les types de contrats exclus du champ d'application de l'ordonnance et de ses décrets d'application :

Un certain nombre de contrats sont exclus expressément du champ d'application de l'ordonnance. Certains sont communs aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, tandis que d'autres sont spécifiques à l'un ou l'autre.

A. Les exclusions communes aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices :

Selon l'article 7, sont exclus des dispositions de l'ordonnance certains marchés et accords-cadres présentant des caractéristiques particulières et, notamment :

- Les **marchés de services** conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance, **lorsque l'adjudicateur bénéficie**, sur le fondement d'une disposition légalement prise, **d'un droit exclusif**, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité CE. La liste des droits exclusifs tendant à se réduire, cette exclusion ne devrait pas trouver à s'appliquer fortement. La Commission européenne a commenté cette notion de droits exclusifs ou spéciaux dans la directive secteur ;
- Les **marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location**, quelles qu'en soient les modalités financières, **de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens à l'exception des contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit ;**
- Les **marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers**, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices sous réserve des dispositions précédemment vues Cette rédaction pose quelques difficultés d'interprétation quant à l'exclusion qu'elle impliquerait des contrats d'emprunt. Nous savons que ce point fait débat entre les auteurs de l'ordonnance et la Commission européenne. A ce jour, selon la position du Ministère de l'Economie et des Finances, on peut cependant considérer que le recours à l'emprunt se trouve exclu du champ de la mise en concurrence.
- Les **marchés de services de recherche et de développement entièrement financés par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs**, ou une ou plusieurs entités adjudicatrices, pour autant que ceux-ci n'acquiescent pas la propriété exclusive des résultats pour leur usage ;
- Les **marchés passés** selon des règles de passations particulières et **en vertu d'un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun** d'un projet ou d'un ouvrage ;
- Les **marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvre d'art, d'objets antiques et de collection** et marchés ayant pour objet l'achat **d'objets d'art** : cette exclusion est nouvelle, et sur ce point l'ordonnance va plus loin que les directives dans lequel cet achat peut justifier la mise en œuvre d'une procédure négociée sans publicité.
- Les marchés de services relatifs à l'**arbitrage** et à la **conciliation** ;
- Les marchés de services concernant les **contrats de travail** ;

B. Exclusions spécifiques aux pouvoirs adjudicateurs :

L'article 23-1 de l'ordonnance intègre l'exclusion des marchés "in house", notion issue de la jurisprudence communautaire¹³ et reprise dans le Code des marchés publics.

Selon l'ordonnance, ne sont pas soumis à l'obligation de publicité et de mise en concurrence "les marchés conclus avec un cocontractant sur lequel le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que le cocontractant applique, même s'il n'est pas un pouvoir adjudicateur, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par l'ordonnance ou par le Code des marchés publics".

13. CJCE 18 novembre 1999, Teckal Srl, aff. C-107/98.

Dans la mesure où le juge interprète la notion de "in house" relativement restrictivement¹⁴, il conviendra d'être prudent dans son application. **En effet, dans le cadre des marchés passés par les Sem, un des usages possibles, afin de s'abstenir de mettre en concurrence certaines prestations pourra être de recourir à une filiale.** Les exclusions du champ d'application de l'ordonnance devront être étudiées au cas par cas.

- Exclusion des marchés ayant pour objet l'achat, le **développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion** par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion ;
- Exclusion des marchés qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou **l'exploitation de réseaux publics de télécommunications** ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs **services de télécommunications** ;

C. Exclusions spécifiques aux entités adjudicatrices :

Sont exclus expressément du champ d'application de l'ordonnance et du décret relatif aux entités adjudicatrices :

L'article 28 de l'ordonnance prévoit les marchés passés par des entités adjudicatrices pour :

- 1° **L'achat de l'eau** dans le cadre d'un achat réalisé **par une entité adjudicatrice exerçant une activité d'opérateur économique d'exploitation de réseaux fixes** destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport et de la distribution d'eau potable ; des achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux ; l'alimentation de ces réseaux en électricité, gaz ou chaleur ;
- 2° **L'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie**, quand cet achat est **réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation de réseaux fixes** destinés à fournir : un service au public dans le domaine de la production, du transport et de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur ; des achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux ; l'alimentation de ces réseaux en électricité, gaz ou chaleur ; les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon, ou d'autres combustibles solides ;
- 3° **Pour la revente ou la location d'un des biens** mentionnés à l'article 26 en tant qu'activité de réseaux, **lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer ce bien** et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.
Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclus en vertu de l'alinéa précédent ;
- 4° **Lorsque ces entités fournissaient, avant le 30 avril 2004, un service de transport par autobus** et que d'autres entités fournissaient librement dans les mêmes conditions ce service ;
- 5° **Pour l'exercice d'activités d'opérateur de réseaux** mentionnées à l'article 26, **dans un Etat non membre de l'Union européenne**, dans des conditions n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de l'Union européenne.
Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les activités qu'elles considèrent comme exclues en vertu de l'alinéa précédent.

L'article 29 prévoit les marchés passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée dans les cas suivants :

- 1° Les **marchés de services** lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec les entreprises auxquelles elle est liée ;

14. CJCE 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03. Interprétation stricte confirmée récemment par un arrêt de la CJCE 6 avril 2006, ANAV, aff. C-410/04 : la CJCE a considéré que "la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut que l'on puisse considérer une Sem comme une structure de gestion interne" à laquelle on puisse attribuer une concession de services publics sans mise en concurrence.

2° Les **marchés de fournitures** lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec les entreprises auxquelles elle est liée ;

3° Les **marchés de travaux** lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec les entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises.

Ces marchés doivent avoir été conclus soit :

- Par un **organisme de droit privé constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser certaines activités en commun avec une entreprise liée** à l'une de ces entités adjudicatrices ;
- Par une **entité adjudicatrice avec une entreprise avec laquelle elle est liée.**

On entend par entreprise liée :

- Des entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux d'une entité adjudicatrice ;
- Des entreprises qui sont soumises directement ou indirectement à l'influence dominante d'une entité adjudicatrice ;
- Des entreprises qui peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante sur une entité adjudicatrice ;
- Des entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur une entité adjudicatrice.

L'article 30 : les applications de l'ordonnance ne s'appliquent pas dans les cas suivants :

1° Les marchés passés par un **organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer l'une des activités de réseaux** mentionnées à l'article 26 avec l'une de ces entités adjudicatrices ;

2° Les marchés passés par une entité adjudicatrice avec un organisme tel que mentionné ci-dessus lorsque cet organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans et que, aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant cette même période.

Notons que pour les exceptions visées aux articles 29 et 30 de l'ordonnance, les entités adjudicatrices doivent communiquer à la Commission européenne, lorsqu'elle le demande, les noms des entités, organismes et entreprises liées. Elles doivent aussi communiquer la nature et la valeur des marchés concernés et tout élément que la Commission européenne juge nécessaire pour prouver que les relations entre l'entité adjudicatrice et l'organisme et les entreprises liées répondent aux exigences prévues par les dispositions de l'ordonnance.

Selon l'article 31, les marchés passés dans un Etat membre de l'Union Européenne (pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux) **cessent d'être soumis à l'ordonnance** dès lors que la Commission européenne a décidé, **que dans cet Etat**, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité (cf. article 31).

Il apparaît que cette disposition vise le secteur des télécommunications qui bénéficie d'un environnement juridique spécifique.

SECTION II : LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

L'article 6 de l'ordonnance affirme que "les marchés et accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes **de liberté d'accès** à la commande publique, **d'égalité de traitement des candidats** et **de transparence de procédure**. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics".

Pour mémoire, ces trois principes fondamentaux gouvernant la commande publique ont été reconnus, sous l'impulsion de la jurisprudence communautaire¹⁵, comme ayant valeur de principes généraux¹⁶ et principes constitutionnels¹⁷.

Dans l'arrêt *Teleaustria*, le juge communautaire a considéré que le principe de non discrimination, inscrit dans le Traité de l'Union (conduisant aux principes énoncés ci-dessus), devait être mis en œuvre dans tous les contrats passés par les adjudicateurs, sans considération du montant. Le Code des marchés publics et les directives communautaires 2004/17 et 2004/18 ont dès lors imposé la mise en œuvre des procédures "formalisées". L'ordonnance prend donc en compte expressément cette évolution à l'égard des adjudicateurs autres que l'Etat, ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

La mise en application de ces principes se traduit par les obligations de **publicité** et de **mise en concurrence**.

Ainsi, l'article 10 de l'ordonnance¹⁸ dispose qu' "**après avoir défini ses besoins**, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice procède à **une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes**, dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'Etat".

Les modalités pratiques de mise en concurrence font l'objet de deux décrets :

- Le décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs¹⁹ ;
- Le décret relatif aux entités adjudicatrices²⁰, modifié par le décret n°2005-1741 du 30 décembre 2005²¹ (alignement des seuils sur le droit communautaire).

I. L'obligation de mise en concurrence :

L'**objectif de l'obligation** de mise en concurrence est avant tout **économique**.

Pour les marchés dépassant les seuils fixés par décrets, la mise en concurrence est assurée par le formalisme d'une des quatre procédures :

- L'**appel d'offres** est une procédure de base dans laquelle l'attributaire est choisi par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice **sans négociation**, en fonction de **critères objectifs prédéterminés** selon la nature et le montant du marché et après analyse du document de consultation.

L'appel d'offres peut être **de deux natures** :

- L'appel d'offres **ouvert** signifie que tout opérateur économique intéressé est admis à présenter une offre dès lors qu'il a justifié de son aptitude à soumissionner.
- L'appel d'offres **restreint** implique que seuls les candidats choisis sur la base de critères objectifs et non discriminatoires sont invités à participer à la procédure.

15. CJCE 12 juillet 2000, *Teleaustria*, aff. C-324/98.

16. CE (avis) 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisseur de Pantin*.

17. CC 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

18. L'article 10 introduit la section 6 de l'ordonnance, section relative aux procédures de passation.

19. Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, JORF du 31 décembre 2005.

20. Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices, JORF du 22 octobre 2005.

21. Décret n° 2005-1741 du 30 décembre 2005 modifiant les seuils des marchés passés en application du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, JORF du 31 décembre 2005.

L'appel d'offres n'est plus la procédure de droit commun par défaut. L'acheteur se trouve libre de choisir sa procédure, dans un objectif d'efficacité économique, l'appel d'offres ayant parfois démontré ses limites dans ce domaine.

- Les **procédures négociées** permettent aux adjudicateurs de choisir le titulaire du marché ou de l'accord-cadre **après négociation des conditions dudit marché.**
- Le **concours** est une procédure dans laquelle l'adjudicateur choisit l'attributaire après qu'un jury ait donné son avis sur des prestations réalisées par les candidats.
- Le **dialogue compétitif** est une procédure dans laquelle l'adjudicateur dialogue avec les candidats admis à participer en vue de développer un programme fonctionnel correspondant aux besoins à satisfaire ou aux performances à atteindre et sur la base duquel les candidats sont invités à remettre une offre.

La mise en concurrence est formalisée par divers formulaires communautaires (avis de marché, avis de pré information/indicatif périodique, avis de concours...) dont les modèles sont fixés par le règlement communautaire n°1564/2005 du 7 septembre 2005²².

Pour les marchés en deçà des seuils fixés par les décrets, ils feront l'objet d'une **procédure adaptée.**

S'il n'est pas prévu de formalités préalables dans le cadre d'une procédure adaptée, **les adjudicateurs devront néanmoins respecter les trois principes fondamentaux** que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Aussi, la **mise en concurrence devra être réelle et sérieuse pour tout achat.** Il faut conserver la preuve de cette mise en concurrence avec, par exemple, une note de déroulement de la procédure d'achat, des tarifs des fournisseurs, des échanges de courriers. Il faudra également informer les candidats par publicité en adaptant les modalités en fonction du secteur concurrentiel, de la nature de la prestation, de son montant ainsi que de son contexte (délais et formes).

A priori, rien ne s'oppose à ce que l'organisme ait recours volontairement aux procédures formalisées de l'ordonnance ou **tout du moins puisse s'en inspirer pour les prestations d'un montant important mais néanmoins inférieur aux seuils. Il faudra cependant veiller dans ce cas à ne pas faire référence aux articles de l'ordonnance et des décrets ni aux termes propres aux procédures formalisées (appel d'offres ouvert, concours, etc.).**

Le Code des marchés publics interdit des contraintes plus importantes en dessous des seuils que pour les marchés formalisés. Il semble opportun de respecter le même principe.

Le décret n'identifie pas qui est habilité à ouvrir les candidatures, à procéder à leur examen et à faire le choix des candidats. Il appartient donc à chaque Sem de définir qui sera habilitée à choisir le ou les candidats, dans les limites de règles définies. Il en ira de même pour l'étape de l'analyse des offres²³.

Ce principe supporte une seule exception concernant les organismes privés d'habitation à loyer modéré et les Sem exerçant une activité de construction ou de logements sociaux. En effet, l'article 50²⁴ du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs impose la constitution d'une CAO devant obligatoirement examiner les candidatures et les offres pour les marchés dépassant les seuils fixés²⁵.

Hormis le cas particulier des "Sem immobilières", **il convient de préciser que la composition d'une commission pour les marchés passés par les Sem ne présente aucun caractère obligatoire** et n'est d'ailleurs pas prévue par les textes. Cependant, en pratique, de nombreuses Sem mettent en place une telle commission.

22. Règlement CE n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE du 1^{er} octobre 2005.

23. Hormis le concours, procédure dans laquelle les décrets n°2005-1742 et n°2005-1308 modifié (articles 41) intègrent l'intervention obligatoire d'un jury pour l'examen des plans et projets.

24. L'article 50 du décret n°2005-1742 modifie l'article R 433-6 du Code de la construction et de l'habitation (ci-après CCH). Le nouvel alinéa 1 dispose notamment que : "Les organismes privés d'habitation à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux constituent une commission d'appel d'offres dont ils déterminent la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs. La commission examine les candidatures et les offres reçues lors de la passation des marchés dont le montant est supérieur aux seuils mentionnés à l'article 7 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics".

25. Le décret permet que le choix de l'attributaire ne soit pas opéré par la commission qui ne procède qu'à l'examen des offres.

II. L'obligation de publicité :

Afin de donner toute sa dimension à la mise en concurrence les offres doivent être publiées. L'obligation de publicité est centrale parce qu'elle permet de concrétiser en pratique les trois principes fondamentaux :

- Le principe **de libre accès à la commande publique** implique que tout candidat puisse présenter une offre. Pour cela, tout candidat potentiel doit pouvoir avoir connaissance de la mise en concurrence, ce qui n'est possible que par **voie de publicité**.
- Le principe de **transparence des procédures** ne peut être garanti que par l'édiction d'une **information complète concernant les modes opératoires conduisant à l'attribution du marché**.
- Enfin, l'obligation **d'égalité de traitement** des candidats suppose que chaque candidat doive être confronté aux mêmes droits et devoirs et, dès lors, doit disposer des mêmes informations avant, pendant et après la procédure.

Ces principes ont été clairement rappelés par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt Nord Pas de Calais le 7 octobre 2005²⁶. La Haute Juridiction administrative, statuant au contentieux, a considéré que, dans le cadre d'une procédure adaptée, en se bornant à envoyer à la publication dans un journal régional un avis d'appel public à la concurrence pour un marché de 35 000 € et à diffuser cet avis par la voie de son site Internet pendant quinze jours, la collectivité locale n'a pas assuré, compte tenu de l'objet du marché relatif à la programmation d'un ouvrage, une publicité suffisante²⁷. Plus récemment, une ordonnance du tribunal administratif de Montpellier²⁸, confirme cette approche, s'agissant un marché de travaux passé en procédure négociée, pour des opérations de construction classiques.

Là encore, les modalités de publicités sont formalisées uniquement pour les marchés dépassant un certain seuil (**Cf. tableaux publicité**). L'obligation de publicité n'implique pas une obligation systématique de publication. La publication ne sera d'ailleurs pas un gage de réalité de mise en concurrence en fonction du choix de l'organe de presse. L'intérêt de la publicité reste l'efficacité de la mise en concurrence et la performance économique.

Règles communes :

La publicité est une publicité de type communautaire (champ plus large qu'une publicité nationale puisque les offres seront consultables par tout opérateur économique résident dans un état membre de l'Union européenne).

Le principal support de la publicité est le Journal officiel de l'Union européenne (ci-après JOUE) et l'interlocuteur est l'Office des Publications officielles de l'Union européenne (ci-après OPOCE). La publication se fait en français.

Une publication nationale reste possible, mais elle ne sera que complémentaire et ne remplacera en aucun cas la publication communautaire. Il faudra alors respecter deux conditions : la publicité nationale devra être postérieure à l'envoi des avis à l'OPOCE et ne devra pas comporter de renseignements autres que ceux de l'avis de marché.

Enfin, il convient de préciser qu'en respect des trois principes fondamentaux gouvernant la commande publique, **les critères de sélection revêtent une importance toute particulière. En effet, ils sont subséquents à la phase de définition des besoins à satisfaire qui doit être complète et précise. En effet, la Sem adjudicatrice doit procéder à une estimation constante de tous ses besoins en fournitures, services et travaux ; les seuils de ses marchés sont calculés en fonction du niveau d'évaluation des besoins. Il convient donc de déterminer une politique d'évaluation des besoins et les montants des prestations de fournitures et de services, ces familles étant définies en fonction de différents critères.** On peut noter qu'en cas de difficulté de définition précise des besoins, la réglementation permet à la Sem de recourir à l'accord-cadre.

26. CE 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais.

27. Le Conseil d'Etat a notamment considéré que, "compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès des programmistes ayant vocation à y répondre de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande et d'égalité de traitement des candidats".

28. TA Montpellier 14 mars 2006, ordonnance n° 0601102.

Ainsi, les critères de sélection permettant d'attribuer le marché doivent figurer dans l'avis de marché pour les entités adjudicatrices et dans l'avis valant mise en concurrence pour les entités adjudicatrices.

En revanche, **il n'est nullement imposé de mentionner dans lesdits avis le montant du marché**. Le fait ou non de le mentionner reste à la discrétion de l'adjudicateur. Dans un arrêt du 1^{er} juin 2005, le Conseil d'Etat²⁹ a précisé le caractère facultatif de l'indication du montant prévisionnel du marché en deçà des seuils communautaires.

Toutefois, la révélation du prix ne revêt un intérêt que si :

- Le contrat est de type transactionnel ;
- Le coût de production est décroissant en fonction de la quantité ;
- Il y a un degré suffisant d'incertitude pour une réelle concurrence.

²⁹ CE 1^{er} juin 2005, Département de la Loire : "Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, la personne responsable du marché n'est pas tenue à une obligation de publicité en ce qui concerne le montant prévisionnel du marché qu'elle entend passer ; que, par suite, la société Demars n'est pas fondée à soutenir que l'absence d'une telle indication dans l'avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication par le Département de la Loire le 19 juillet 2004 était constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à ce dernier".

Fiche 1

Synthèse seuils Pouvoirs adjudicateurs

La mise en concurrence se fait au moyen d'un avis de marché

Seuils procédures :

- **Marchés de fournitures et de services** : pour les marchés + accords-cadres d'un montant = ou > à 210 000 € HT : **procédures formalisées** ;
- **Marchés de travaux** : pour les marchés + accords-cadres d'un montant = ou > à 5 270 000 € HT : **procédures formalisées** ;

Seuils publicités :

- **Marchés de fournitures et de services** : pour les marchés + accords cadres + systèmes d'acquisition dynamique + marchés passés en application d'un système d'acquisition dynamique d'un montant = ou > à 210 000 € HT : **obligation de publication d'un avis de marché au JOUE** ;
- **Marchés de travaux** : pour les marchés + accords cadres + systèmes d'acquisition dynamique + marchés passés en application d'un système d'acquisition dynamique d'un montant = ou > à 5 270 000 € HT : **obligation de publication d'un avis de marché au JOUE** ;
- Avis de marché simplifié pour marchés passés en application d'un système d'acquisition dynamique ;
- Envoi de l'avis de marché à l'OPOCE soit par voie électronique (publication au plus tard 5 jours après réception), soit par autres moyens (publication au plus tard 12 jours après réception) ;

En cas d'urgence, possibilité d'envoi par télécopie ou par moyens électroniques (publication au plus tard 5 jours après réception) ;

- **Contenu** : l'avis de marché n'a pas à mentionner obligatoirement une estimation du prix des prestations attendues. Il doit en revanche faire état des modalités essentielles de financement.
- Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de faire preuve de la date de l'envoi des avis.

Fiche 2

Synthèse seuils Entités adjudicatrices

La mise en concurrence peut se faire (article 15) :

- a) Soit par avis périodique indicatif
- b) Soit par avis sur l'existence d'un système de qualification (article 24)
- c) Soit au moyen d'un avis de marché

Seuils procédures :

- **Marchés de fournitures et de services** : pour les marchés + accords-cadres d'un montant > à 420 000 € HT : **procédures formalisées** ;
- **Marchés de travaux** : pour les marchés + accords-cadres d'un montant = ou > à 5 270 000 € HT : **procédures formalisées** ;

Seuils publicités :

- **Marchés de fournitures et de services** : pour les marchés + accords cadres + systèmes d'acquisition dynamique + marchés passés en application d'un système d'acquisition dynamique d'un montant = ou > à 420 000 € HT : **obligation de publication d'un avis de marché au JOUE** ;
- **Marchés de travaux** : pour les marchés + accords cadres + systèmes d'acquisition dynamique + marchés passés en application d'un système d'acquisition dynamique d'un montant = ou > à 5 270 000 € HT : **obligation de publication d'un avis de marché au JOUE** ;
- Avis de marché simplifié pour marchés passés en application d'un système d'acquisition dynamique ;
- Envoi de l'avis de marché à l'OPOCE soit par voie électronique (publication au plus tard 5 jours après réception), soit par autres moyens (publication au plus tard 12 jours après réception) ;

Dans cas exceptionnel et sur demande de l'entité adjudicatrice, publication dans délai de 5 jours uniquement en cas d'envoi par télécopie ;

- **Contenu** : l'avis de marché n'a pas à mentionner obligatoirement une estimation du prix des prestations attendues ;
- L'entité adjudicatrice doit être en mesure de faire preuve de la date de l'envoi des avis.

Fiche 3

Publicité des marchés de travaux

SEUILS	<div style="display: flex; align-items: center; justify-content: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px; margin-right: 10px;">0 € HT</div> → <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px; margin-right: 10px;">5 270 000 € HT</div> → </div>			
Modalités de publicité	Pouvoirs adjudicateurs	Publicité adaptée au montant et à l'objet du marché	JOUE (modèle fixé par règlement communautaire)	Avis de pré information (modèle fixé par règlement communautaire) Office des publications officielles de l'UE ou Profil d'acheteur*
SEUILS	<div style="display: flex; align-items: center; justify-content: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px; margin-right: 10px;">0 € HT</div> → <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px; margin-right: 10px;">5 270 000 € HT</div> → </div>			
Modalités de publicité	Entités adjudicatrices	Publicité adaptée au montant et à l'objet du marché	JOUE (modèle fixé par règlement communautaire)	Avis périodique indicatif (modèle fixé par règlement communautaire) Office des publications officielles de l'UE ou Profil d'acheteur*

Le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établit l'ensemble des formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil.

Fiche 4

Publicité des marchés de services et de fournitures

SEUILS	<div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px;">0 € HT</div> → <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px;">210 000 € HT</div> → <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px;">750 000 € HT</div> → </div>			
Modalités de publicité	Pouvoirs adjudicateurs	Publicité adaptée au montant et à l'objet du marché	JOUE (modèle fixé par règlement communautaire)	Avis de pré information (modèle fixé par règlement communautaire) Office des publications officielles de l'UE ou Profil d'acheteur*
SEUILS	<div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px;">0 € HT</div> → <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px;">420 000 € HT</div> → <div style="border: 1px solid black; padding: 2px 10px;">750 000 € HT</div> → </div>			
Modalités de publicité	Entités adjudicatrices	Publicité adaptée au montant et à l'objet du marché	JOUE (modèle fixé par règlement communautaire)	Avis périodique indicatif (modèle fixé par règlement communautaire) Office des publications officielles de l'UE ou Profil d'acheteur*

Le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établit l'ensemble des formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil.



***TITRE II : Les procédures de passation des marchés
privés des Sem***

Fiche 5

Procédures des marchés de travaux

SEUILS	5 270 000 € HT		
Procédure	Pouvoirs adjudicateurs Décret 2005-1742	Marchés passés selon une procédure adaptée	CHOIX ENTRE 6 MÉCANISMES : (art. 7 I et II) → Appel d'offres ouvert ou restreint → Procédure négociée (art. 33) → Dialogue compétitif (art. 38) → Concours (art. 41) → Accord cadre (art. 42) → Système d'acquisition dynamique (art. 44)
SEUILS	5 270 000 € HT		
Procédure	Entités adjudicatrices Décrets 2005-1741 et 1308	Marchés passés selon une procédure adaptée	CHOIX ENTRE 5 MECANISMES : (art. 7 I, II et III) → Appel d'offres ouvert ou restreint → Procédure négociée → Concours → Accord cadre (art. 42) → Système d'acquisition dynamique (art. 43)

Fiche 6

Procédures des marchés de fournitures et de services

SEUILS	210 000 € HT		
Procédure	Pouvoirs adjudicateurs Décret 2005-1742	Marchés passés selon une procédure adaptée	CHOIX ENTRE 6 MÉCANISMES : (art. 7 I et II) → Appel d'offres ouvert ou restreint → Procédure négociée (art. 33) → Dialogue compétitif (art. 38) → Concours (art. 41) → Accord cadre (art. 42) → Système d'acquisition dynamique (art. 44)
SEUILS	420 000 € HT		
Procédure	Entités adjudicatrices Décrets 2005-1741 et 1308	Marchés passés selon une procédure adaptée	CHOIX ENTRE 5 MECANISMES : (art. 7 I, II et III) → Appel d'offres ouvert ou restreint → Procédure négociée → Concours → Accord cadre (art. 42) → Système d'acquisition dynamique (art. 43)

I. Les procédures classiques

1) L'appel d'offres :

L'appel d'offres est la procédure applicable à tout marché devant être passé, en raison de son montant, selon une procédure formalisée.

Les articles 28 à 32 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs et les articles 36 à 40 du décret relatif aux entités adjudicatrices envisagent l'appel d'offres.

Il est défini comme étant la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être :

- ouvert, c'est-à-dire que tout opérateur économique peut remettre une offre ;
- restreint, c'est-à-dire que seuls peuvent remettre une offre les opérateurs économiques qui y auront été autorisés après sélection.

Le choix entre la procédure d'appel d'offres ouvert ou la procédure d'appel d'offres restreint est laissé à la discrétion de l'adjudicateur. Cependant, on ne peut pas passer d'un appel d'offres ouvert à un appel d'offres restreint en cours de procédure.

Pour les deux types d'appel d'offres, l'adjudicateur doit au préalable bien définir ses besoins.

A. La procédure d'appel d'offres ouvert :

L'appel d'offre ouvert se caractérise par une procédure en un seul "tour".

Les candidats remettent un dossier unique comprenant deux plis :

- Le premier pli contient les éléments nécessaires à l'établissement de la recevabilité de leur candidature (aptitude à soumissionner et capacité à réaliser le marché) ;
- Le second pli contient l'offre proprement dite.

Ce dossier peut être transmis par tout moyen, notamment électronique, à condition que ce moyen permette d'établir précisément la date et l'heure de réception et de garantir sa confidentialité.

Délais de réception des offres :

Par principe, les délais de réceptions de l'offre ne peuvent être inférieurs à **52 jours** à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence pour les adjudicateurs³⁰.

Des réductions de délai sont toutefois permises sous certaines conditions. Ainsi, la publication préalable d'un avis de pré information permet-elle de réduire ce délai à 22 jours minimum.

De même, l'envoi par le pouvoir adjudicateur de l'avis de marché par voie électronique ainsi que la possibilité d'offrir aux candidats, par voie électronique, un accès libre et complet aux documents de la consultation influent sur ce délai minimal de réception des offres.

En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à réduire le délai de réception des offres en cas d'urgence.

³⁰. Articles 29-I du décret n°2005-1742 et 37-I du décret 2005-1308 modifié.

Assouplissement :

	Minimum 52 jours à compter de la publication de l'avis de marché (PA) ou de l'avis de mise en concurrence (EA)	Minimum 22 jours si publication d'un avis de pré-information (PA) ou d'un avis périodique indicatif (EA)
Envoi de l'avis par moyen électronique	52-7 jours	22-7 jours
Accès libre direct et complet aux documents de consultation et aux documents complémentaires par moyen électronique	52-5 jours	22-5 jours

- L'accès aux documents de consultation et aux documents complémentaires par moyen électronique doit être indiqué dans l'avis en mentionnant l'adresse Internet ;
- Les deux réductions envisageables sont cumulables
- Pour les appels d'offres ouverts des entités adjudicatrices :
 - Le délai de réception ne peut être inférieur au final à **15 jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de mise en concurrence.

En pratique, si on applique le délai de publication de 22 jours, on ne pourra pas cumuler les 2 réductions.

- Le délai de réception ne peut être inférieur à **20 jours** à partir de la date de transmission de l'avis, lorsque l'avis de mise en concurrence n'a pas été transmis par voie électronique.

Seuls sont ouverts les plis réceptionnés dans les délais. Les autres sont retournés à leurs expéditeurs en recommandé, sans avoir été ouverts.

Information préalable des candidats :

Lorsque les documents de consultation ne sont pas consultables par voie électronique, ils doivent être envoyés dans les 6 jours qui suivent la réception de la demande, dès lors que celle-ci a été faite en temps utile avant la date de réception des offres. Une demande faite moins de 6 jours avant la date de réception des offres ne pourra pas être honorée.

De même, les renseignements complémentaires éventuels sur les documents de consultation et documents complémentaires doivent être communiqués au minimum 6 jours avant l'échéance du délai de réception des offres, pour autant que la demande ait été réalisée en temps utiles.

Si ces documents complémentaires ou ces renseignements ne peuvent être fournis dans les délais prévus, malgré une demande effectuée en temps utiles, les délais de réception sont prolongés en conséquence et les candidats en sont informés.

De même, lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'après une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après la consultation sur place des documents complémentaires, les délais de réception des offres sont prolongés en conséquence et les candidats en sont informés.

Sélection des candidatures :

Ouverture du premier pli relatif à la candidature proprement dite.

L'adjudicateur établit une liste des candidats recevables par élimination des candidatures déclarées non recevables au regard des critères de sélection établis dans l'avis de marché. Les plis contenant les offres des candidats éliminés sont restitués sans avoir été ouverts.

Examen des offres :

Ouverture du second pli contenant l'offre des candidats sélectionnés.

Le contenu de chaque offre est enregistré. Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées.

Attribution du marché :

L'adjudicateur choisit ensuite l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du ou des critères d'attribution et de leur pondération ou, à défaut par la hiérarchisation, telle que fixée dans l'avis de marché ou dans l'avis de mise en concurrence.

L'adjudicateur demande la production des pièces, certificats et attestations prévus aux articles 18 des décrets. A défaut, de production de ces pièces, dans les délais impartis, l'offre est rejetée et le candidat est éliminé. Le candidat suivant sur la liste sera sollicité pour produire lesdites pièces.

L'adjudicateur doit informer, dès qu'il a fait son choix, les candidats dont l'offre est rejetée.

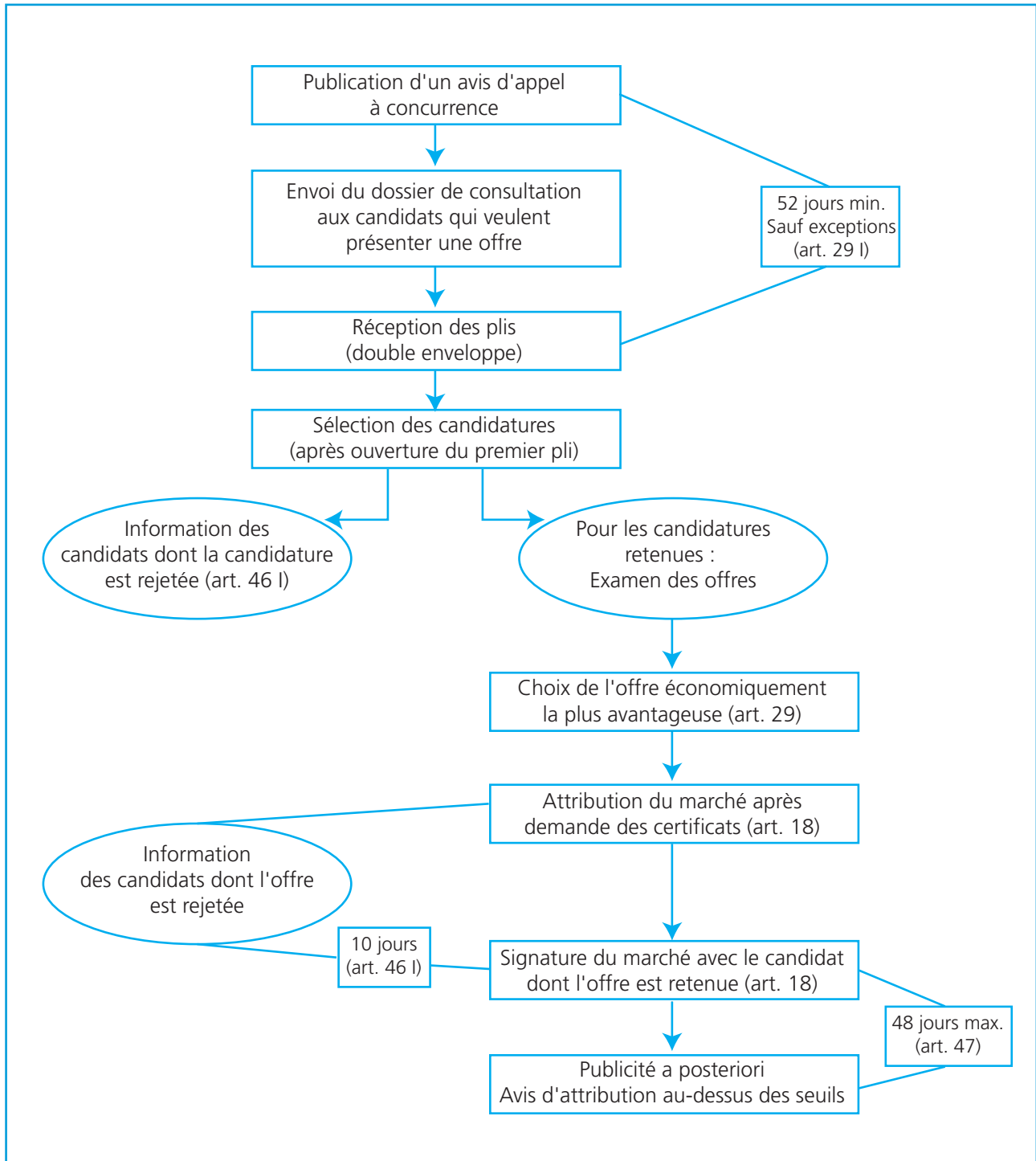
Un délai d'au moins 10 jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision finale est notifiée aux candidats dont l'offre est rejetée et la date de signature du marché.

L'adjudicateur envoie pour publication au JOUE un avis d'attribution :

- Pour les pouvoirs adjudicateurs, dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification ou de la signature du marché (article 47) ;
- Pour les entités adjudicatrices, dans un délai de 2 mois à compter de la notification ou de la signature du marché (article 45).

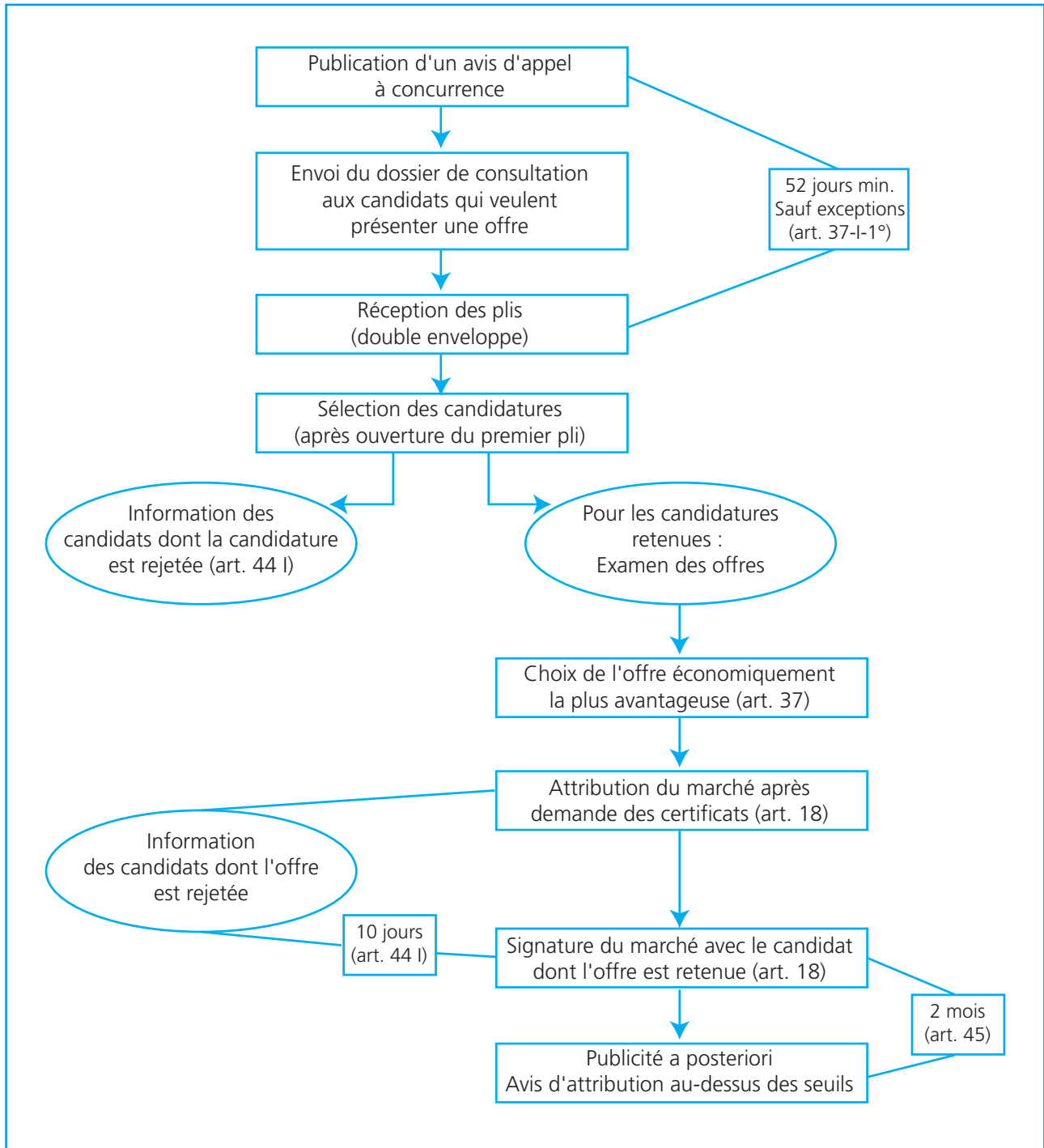
Fiche 7

Procédure d'appel d'offres ouvert pour les pouvoirs adjudicateurs



Fiche 8

Procédure d'appel d'offres ouvert pour les entités adjudicatrices



B. La procédure d'appel d'offres restreint :

L'appel d'offres restreint est une procédure à deux "tours".

Les candidats remettent selon deux étapes distinctes leur candidature et leur offre.

Seuls les candidats ayant passé le premier tour sont admis à déposer leur offre.

Les dossiers de candidatures et ceux contenant les offres peuvent être transmis par tout moyen, notamment par voie électronique, cela permet d'établir précisément la date et l'heure de réception et de garantir la confidentialité.

Possibilité de fixer un nombre minimum et maximum de candidats :

- En vertu de l'article 23-III, le pouvoir adjudicateur peut fixer dans l'avis d'appel à concurrence le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter, et, le cas échéant, le nombre maximum. Dans les procédures restreintes, **le nombre minimum ne peut être inférieur à 5.**
- Pour les marchés des entités adjudicatrices passés selon une procédure restreinte, l'article 28-III prévoit que l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre à un niveau justifié par le souci de proportionner les moyens mis en œuvre aux exigences de la procédure choisie. Le nombre des candidats retenus tient compte de la nécessité d'assurer une concurrence suffisante. Il n'est pas fait mention ici d'un minimum. Pour autant, un nombre inférieur à 3 ne nous semble pas pertinent. Afin d'éviter de s'exposer à la censure du juge qui interviendra certainement sur ce point, il conviendra de s'aligner sur les dispositions du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs sur ce point et de retenir comme minimum 5 candidats.

Délais de réception des candidatures :

- Pouvoirs adjudicateurs :
 - Délai de droit commun : **37 jours minimum**, à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (article 30) ;
 - Réduction :
 - 30 jours en cas d'envoi de l'avis de marché par voie électronique ou télécopie ;
 - 15 jours, en cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur ;
 - 10 jours, en cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur et si l'avis d'appel à concurrence a été envoyé par voie électronique ou télécopie.
- Entités adjudicatrices : (article 38)
 - Délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel à concurrence ou en réponse à une invitation, est de 22 jours, à compter de la date d'envoi de l'avis ou de l'invitation ;
 - Réduction possible à 15 jours en cas d'envoi de l'avis d'appel à concurrence par voie électronique ;

Sélection des candidatures :

- L'adjudicateur procède à l'élimination des candidatures non recevables au regard des critères de sélection fixés dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de consultation (articles 24 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs et 28 du décret relatif aux entités adjudicatrices).
- Si le nombre de candidats satisfaisants aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, l'adjudicateur peut continuer la procédure avec les candidats ayant les capacités requises. En revanche, l'adjudicateur ne peut pas inviter à participer à la procédure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas participé à la sélection des candidatures ou des candidats n'ayant pas les capacités requises (article 23-III alinéa 3 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs).

Envoi d'une lettre de consultation :

- Le dossier relatif au marché est envoyé aux seuls candidats retenus après la sélection des candidatures. Ce dossier prend la forme d'une lettre de consultation qui est envoyée simultanément à tous les candidats retenus pour les inviter à présenter une offre.

Cette lettre de consultation comporte au moins :

- **Pour les entités et pouvoirs adjudicateurs :**

- ⇒ Soit un **exemplaire des documents de la consultation** et de tout document complémentaire, soit l'indication de l'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe des candidats par moyen électronique ;
- ⇒ **La date et l'heure limites de réception des offres**, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;
- ⇒ S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande. Les documents sont transmis sans délai après réception de cette demande ;
- ⇒ **La liste des documents à fournir avec l'offre ;**
- ⇒ **Les critères d'attribution du marché**, lorsqu'ils ne figurent pas dans l'avis sur l'existence d'un système de qualification utilisé comme moyen de mise en concurrence;
- ⇒ **La pondération relative des critères d'attribution du marché** ou, le cas échéant, **l'ordre d'importance de ces critères**, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de marché, dans l'avis sur l'existence d'un système de qualification ou dans les documents de la consultation.

- **Pour les pouvoirs adjudicateurs uniquement (article 31-3 e) :**

Les références de l'avis d'appel à concurrence publié

- **Pour les entités adjudicatrices uniquement (article 39-3 e) :**

Les références du ou des avis de marché publiés

Délais de réception des offres :

- Pouvoir adjudicateur : (article 32)

Les délais de réception de l'offre ne peuvent être inférieurs à **40 jours** à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

Ce délai peut être ramené à 22 jours en cas d'avis de pré information.

Il peut également être raccourci de 5 jours si le pouvoir adjudicateur offre par voie électronique l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation.

Enfin, l'urgence, et à la condition qu'elle ne résulte pas du pouvoir adjudicateur, justifie de ramener le délai de réception des offres à dix jours minimum.

	Minimum 40 jours à compter de la publication de l'avis de marché (PA)	Minimum 22 jours si publication d'un avis de pré-information (PA)
Urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur	10 jours minimum	10 jours minimum
Accès libre direct et complet aux documents de consultation et aux documents complémentaires par moyen électronique	40-5 jours	22-5 jours

- Entités adjudicatrices : (article. 35-II)

Les délais de réception des offres sont fixés d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés, ce délai devant être appliqué à l'ensemble des candidats sélectionnés.

S'il est impossible de parvenir à un accord, l'entité adjudicatrice fixe unilatéralement le délai qui est au moins de 10 jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

Assouplissement :

	<i>Délai fixé d'un commun accord</i>	<i>Délai fixé unilatéralement par l'entité adjudicatrice (minimum 10 jours)</i>
Accès libre direct et complet aux documents de consultation et aux documents complémentaires par moyen électronique	Délai fixé-5 jours	10 - 5 jours

Demande de renseignements complémentaires :

Les renseignements complémentaires doivent être transmis aux candidats 4 jours au plus tard avant la date limite de réception des offres (sauf pour les entités adjudicatrices qui disposent d'un délai de 6 jours).

Si pour quelque raison que ce soit, ces délais ne pouvaient être tenus, le délai de réception des offres pourrait être prorogé par le pouvoir adjudicateur qui en informe alors tous les candidats.

Il en est de même lorsque certains documents doivent être consultés sur place ou lorsque la remise des offres nécessite un déplacement sur les lieux d'exécution.

Examen des offres :

Le contenu de chaque offre est enregistré. Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées.

Attribution du marché :

L'adjudicateur choisit ensuite l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du ou des critères d'attribution et de leur pondération ou, à défaut par hiérarchisation, telle que fixée dans l'avis de marché ou l'avis de mise en concurrence.

L'adjudicateur demande la production des pièces, certificats et attestations prévus aux articles 18 des décrets. A défaut, de production de ces pièces, dans les délais impartis, l'offre est rejetée et le candidat est éliminé. Le candidat suivant sur la liste sera sollicité pour produire les dites pièces.

Il doit informer, dès qu'il a fait son choix, les candidats dont l'offre est rejetée.

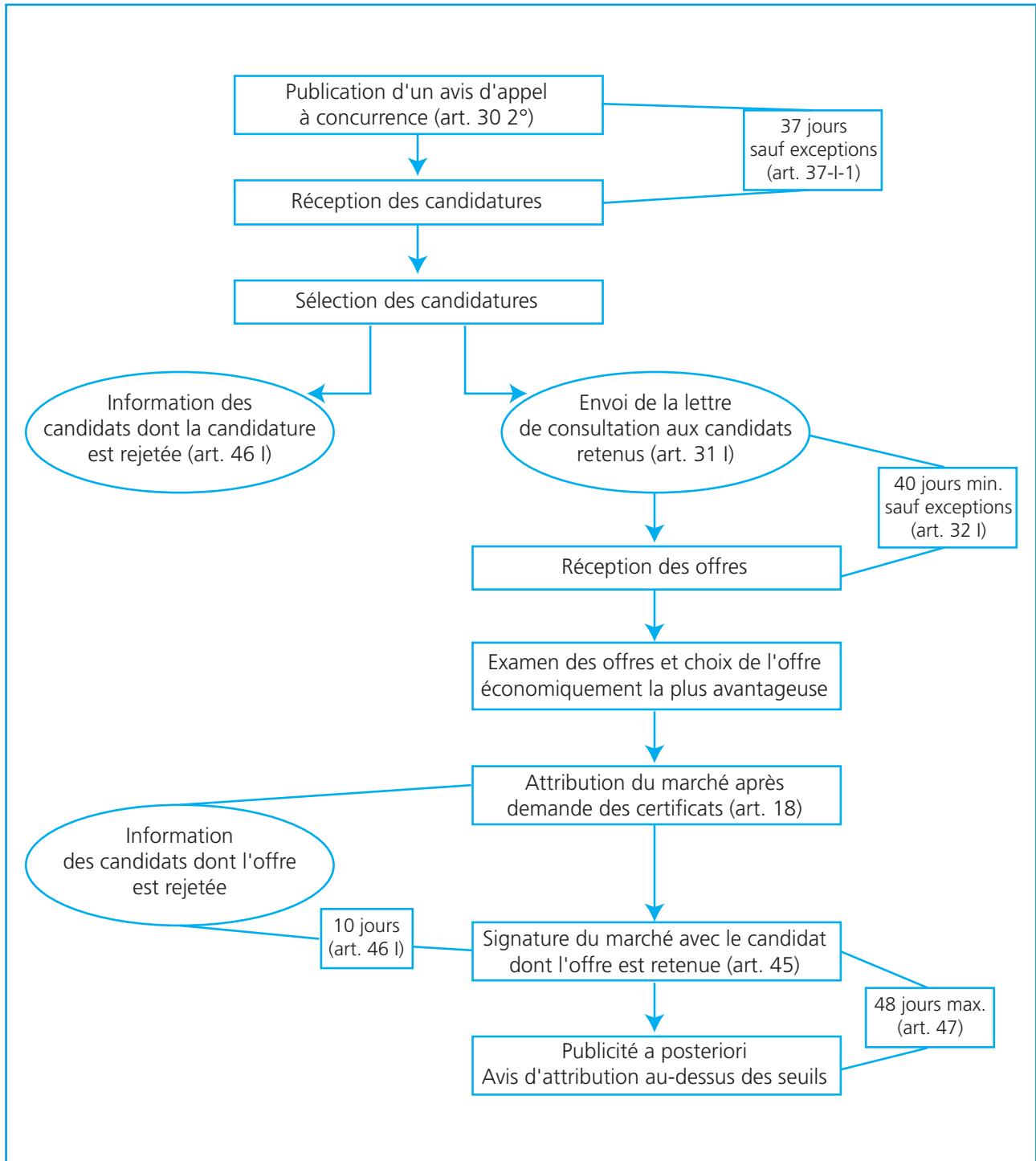
Un délai d'au moins 10 jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision finale est notifiée aux candidats dont l'offre est rejetée et la date de signature du marché.

Le pouvoir adjudicateur envoie pour publication au JOUE un avis d'attribution :

- Pour les pouvoirs adjudicateurs, dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification ou de la signature du marché ;
- Pour les entités adjudicatrices, dans un délai de 2 mois à compter de la notification ou de la signature du marché.

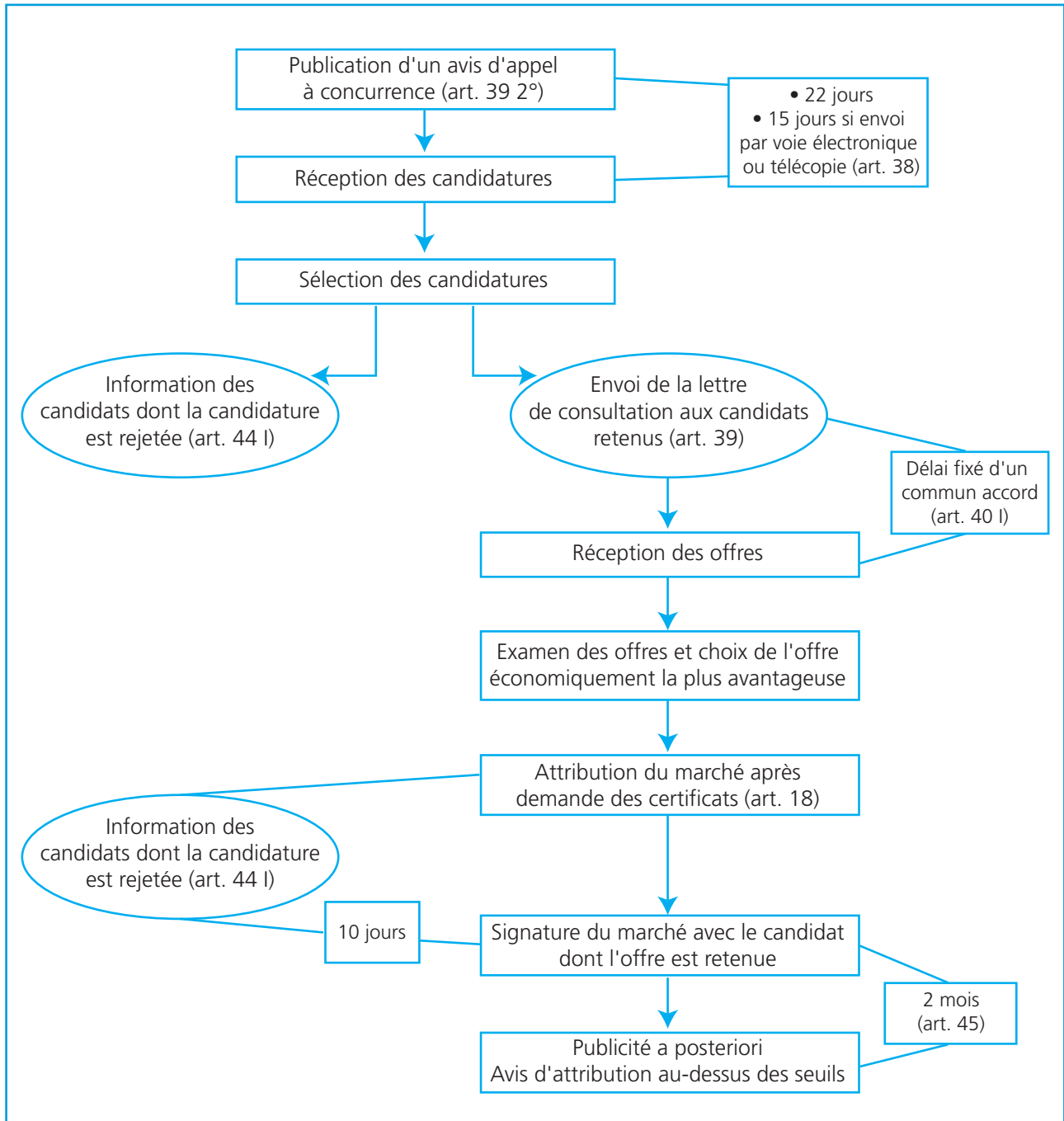
Fiche 9

Schéma procédure d'appel d'offres restreint pour les pouvoirs adjudicateurs



Fiche 10

Procédure d'appel d'offres restreint pour les entités adjudicatrices (art. 39 et 40)



2) Les procédures négociées :

A. La procédure négociée

La procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur consulte les opérateurs économiques de son choix et négocie les conditions techniques, administratives et financières du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Ces négociations peuvent concerner :

- le prix
- la quantité
- la qualité
- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation,..)

Cette procédure ne doit pas être assimilée à une attribution de gré à gré.

En effet, le recours à une telle procédure ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter les grands principes de la commande et notamment l'égalité de traitement des candidats.

Du fait du caractère souple d'une telle procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure négociée que dans les cas limitativement énumérés à l'article 33 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs.

Ces différents cas sont présentés en deux séries selon que la négociation doit être précédée ou non d'une publicité et d'une mise en concurrence préalable.

1. Les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence

a) Les marchés passés après appel d'offres ou dialogue compétitif infructueux³¹

Il est possible à un pouvoir adjudicateur de recourir à une procédure négociée lorsque toutes les offres présentées dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre ou de dialogue compétitif se sont avérées soit irrégulières soit inacceptables.

Une offre est irrégulière si elle ne comporte pas de prix, si elle n'est pas signée, si elle ne correspond pas aux cahiers des charges de consultation.

Une offre est inacceptable lorsque les offres sont régulières mais qu'aucune de celles-ci ne paraît acceptable au vu des critères d'attribution du marché définis par le pouvoir adjudicateur.

De plus, le recours à une telle procédure n'est possible qu'à la condition que les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées.

Sont ainsi considérées comme substantielles, les modifications concernant, par exemple, le financement, les délais d'exécution ou de réalisation des prestations, la réception des travaux ou des prestations, la technique de construction.

Par principe, la négociation doit être précédée d'une publicité préalable.

Cependant une exception existe.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur est dispensé de mesures de publicité préalable, s'il ne négocie qu'avec le ou les candidats qui avaient lors de la procédure antérieure remis une offre conforme aux exigences formelles de la procédure de passation.

b) Les marchés de service qui ne peuvent être précisément définis³²

Le pouvoir adjudicateur est autorisé à recourir à la procédure négociée dès lors que les spécifications d'un marché de service ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à la procédure de l'appel d'offres.

³¹. Article 33-I-1 du décret n°2005-1742.

³². Article 33-I-2 du décret n°2005-1742.

L'article 33-I-2 évoque expressément deux types de marchés de services :

- Les marchés de services financiers ;
- Les marchés de prestations intellectuelles tels que la conception d'ouvrage.

c) Les marchés de travaux conclus à des fins d'essai, de recherche³³

La procédure négociée avec publication d'un avis de marché sera utilisée pour des travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

d) L'impossibilité d'une fixation globale des prix³⁴

Utilisation de la procédure négociée dans certains cas exceptionnels, lorsque la prestation sollicitée de par sa nature ou les aléas entourant sa réalisation ne permet pas une fixation préalable et globale des prix.

Dans cette hypothèse, les candidats ne pourraient pas présenter un prix fixe global pour les services, mais devraient intégrer des éléments non prévisibles qui rendraient impossible toute comparaison directe des prix.

Cela peut, par exemple, être le cas pour des services de réparation, où l'étendue des réparations nécessaires ne peut apparaître tant que des travaux n'ont pas commencé.

En ce qui concerne les entités adjudicatrices, il est précisé à l'article 7-I-1° du décret relatif aux entités adjudicatrices "qu'au dessus du seuil de 420 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services et du seuil de 5 270 000 € HT pour les marchés de travaux, les marchés et les accords-cadres peuvent être passés selon l'une des procédures formalisées suivantes, librement choisie par l'entité adjudicatrice" parmi lesquelles on compte la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

A l'inverse de l'article 33-I du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs, l'article 7-I du décret relatif aux entités ne prévoit aucune condition particulière pour recourir à la procédure négociée.

2. Les marchés négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence³⁵

Les justifications du recours aux marchés négociés sont diverses et se trouvent tant dans le décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs que dans celui relatif aux entités bien que la numérotation et le nombre de ces hypothèses diffèrent selon le décret appliqué.

a) L'urgence impérieuse³⁶

La procédure négociée peut être utilisée sans publication préalable d'un avis de marché dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis.

Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs.

On entend par événements imprévisibles des événements n'appartenant pas au champ d'activité normal dans le domaine économique et social, tels que les inondations ou les tremblements de terre, qui exigent des services d'urgence pour l'aide aux victimes.

b) Les marchés de fournitures conclus à des fins de recherche, essai³⁷

La procédure négociée sans publication d'un avis de marché et sans mise en concurrence peut être utilisée pour des marchés de fournitures qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

³³. Article 33-I-3 du décret n°2005-1742.

³⁴. Article 33-I-4 du décret n°2005-1742.

³⁵. Articles 33-II du décret n°2005-1742 et 7-II du décret n°2005-1308 modifié.

³⁶. Articles 33-II-1 du décret n°2005-1742 et 7-II-4 du décret n°2005-1308 modifié.

³⁷. Articles 33-II-2 du décret n°2005-1742 et 7-II-2 du décret n°2005-1308 modifié.

c) L'absence d'offres³⁸

La procédure négociée peut également être utilisée sans publication d'un avis de marché lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte.

Il y a en effet lieu de considérer, dans ce cas, soit que personne n'a été intéressée par la procédure ouverte ou restreinte, soit que toutes les offres reçues, en plus d'être inacceptables ou irrégulières n'avaient aucun rapport avec les conditions fixées par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges et peuvent, par suite, être assimilées à une absence d'offres.

Dans cette hypothèse, le recours à la procédure négociée peut être effectué sans publicité ni mise en concurrence pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Il est enfin prévu la possibilité dans ce cas, pour la Commission européenne de solliciter du pouvoir adjudicateur un rapport.

d) Les marchés complémentaires de fournitures³⁹

Il est possible de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence pour des livraisons complémentaires à effectuer par le fournisseur initial, à condition que ces livraisons complémentaires soient destinées :

- Soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant ;
- Soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes.

Qui plus est, le recours à de tels marchés complémentaires n'est possible que lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant :

- Une incompatibilité avec les fournitures ou les installations ayant fait l'objet du marché initial ;
- Ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée de ces marchés complémentaires ne pourra pas dépasser trois ans.

Le décret précise également que le montant total du marché, livraisons complémentaires incluses, ne pourra pas dépasser le seuil de 210 000 € HT sauf si le marché initial a été passé suivant une procédure d'appel d'offres et a fait l'objet d'un avis de marché publié au JOUE.

e) Les marchés complémentaires de services et de travaux⁴⁰

La procédure négociée peut être utilisée sans publication d'un avis de marché pour les services ou les travaux complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ou dans le premier contrat conclu, mais qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont devenues nécessaires à l'exécution du service ou à l'exécution de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, et sous réserve que les quatre conditions suivantes soient remplies :

- Le marché initial a été passé après mise en concurrence ;
- Le marché relatif au nouveau service ou aux nouveaux travaux doit être attribué au prestataire qui a fourni les services ou exécuté les travaux faisant l'objet du contrat initial ;
- Les services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur.

f) Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent⁴¹

Le texte définit les conditions à remplir pour pouvoir passer un tel marché :

- Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires ;
- La mise en concurrence doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouvelles prestations ;

38. Articles 33-II-3 du décret n°2005-1742 et 7-II-1 du décret n°2005-1308 modifié.

39. Articles 33-II-4 du décret n°2005-1742 et 7-II-5 du décret n°2005-1308 modifié.

40. Articles 33-II-5 du décret n°2005-1742 et 7-II-6 du décret n°2005-1308 modifié.

41. Articles 33-II-6 du décret n°2005-1742 et 7-II-7 du décret n°2005-1308 modifié.

- Possibilité de passer ces nouveaux marchés pendant une période de trois ans à compter de la notification du marché initial.

g) Les marchés de services attribués au lauréat d'un concours⁴²

En cas de pluralité de lauréats, ils sont tous invités à négocier.

h) Les marchés ne pouvant être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité⁴³

Il s'agit là d'une exception très limitée qui ne peut prétendre à s'appliquer que dans certains cas particuliers.

En effet, cette exception ne peut couvrir que des cas dans lesquels il y a lieu de considérer qu'il serait abusif d'inviter des entreprises à soumissionner du fait qu'il n'existe qu'un seul prestataire en mesure d'exécuter la prestation sollicitée.

Ainsi, s'agissant notamment de la protection des droits d'exclusivité, il ne suffit pas que l'opérateur économique détienne un brevet, pour que le pouvoir adjudicateur puisse s'exonérer des formalités de publicité et de mise en concurrence.

En effet, il importe, dans ce cas, tout d'abord que l'opérateur économique soit le seul à disposer du droit sur le procédé ou l'œuvre. Tel ne sera pas le cas lorsque le droit d'exclusivité est accordé sous licence à des tiers ou peut être raisonnablement obtenu sous licence.

De plus, il conviendra pour le pouvoir adjudicateur de démontrer qu'il n'existait aucun autre moyen permettant de satisfaire les besoins, objet du marché, notamment par l'utilisation de techniques ou de procédés différents.

Les marchés ayant pour objet l'achat de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières peuvent également être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Il en ira enfin également des marchés ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses :

- Soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales ;
- Soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

i) Les marchés ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées à une bourse⁴⁴.

j) Les marchés de fournitures à des conditions avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation d'activité définitive, soit auprès des liquidateurs d'une faillite⁴⁵.

Les deux derniers cas de marchés négociés sont tout à fait nouveaux. Ils résultent de la transposition de la directive 2004/18. Ils répondront à des situations très particulières.

Dans le cadre des **entités adjudicatrices** et plus précisément de l'article 7-II du décret n° 2005-1741, deux hypothèses supplémentaires sont posées par rapport à l'article 33-II du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs :

Le 9° vise "les marchés passés en application d'un accord-cadre".

Le 10° vise quant à lui : "les marchés ayant pour objet de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et qui permet de payer un prix considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché".

⁴². Articles 33-II-7 du décret n°2005-1742 et 7-II-12 du décret n°2005-1308 modifié.

⁴³. Article 33-II-8 du décret n°2005-1742.

⁴⁴. Articles 33-II-9 du décret n°2005-1742 et 7-II-8 du décret n°2005-1308 modifié.

⁴⁵. Articles 33-II-10 du décret n°2005-1742 et 7-II-11 du décret n°2005-1308 modifié.

B. Le déroulement de la procédure

1. Le délai de réception des candidatures⁴⁶

Par principe, pour les **pouvoirs adjudicateurs** le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à 37 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis à la publication.

Ce délai peut être raccourci de 7 jours lorsque l'avis de marché est envoyé par moyen électronique.

Toutefois, en cas d'urgence ne résultant pas du pouvoir adjudicateur, ce délai peut être ramené à 15 jours minimum, voire à 10 jours si l'avis est envoyé par voie électronique.

Dans le cas des **entités adjudicatrices**, le délai minimum de réception des candidatures est de 22 jours à compter de la date d'envoi de l'avis ou de 15 jours si l'avis a été envoyé par voie électronique ou télécopie.

2. Le contenu de la lettre de consultation⁴⁷

La lettre de consultation doit être adressée simultanément aux différents candidats admis à présenter une offre.

Le contenu de cette "lettre de consultation" devra respecter les conditions minimales énumérées aux articles 35-I des deux décrets et notamment contenir :

- Un dossier de consultation ;
- La date et l'heure limite de réception des offres ;
- Les critères d'attribution du marché.

3. Les renseignements complémentaires⁴⁸

Les renseignements complémentaires doivent être transmis aux candidats 6 jours au plus tard avant la date limite de réception des offres, voire 4 jours en cas d'urgence dans le cas des pouvoirs adjudicateurs.

4. Le délai de réception des offres⁴⁹

Dans le cas des **pouvoirs adjudicateurs**, le délai de réception des offres est librement fixé par le pouvoir adjudicateur, il peut être prolongé dans les hypothèses suivantes :

- Lorsque les délais prévus au II de l'article 35 ne peuvent être respectés ;
- 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.

Les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

Dans le cas des **entités adjudicatrices**, la date de réception des offres peut être fixée d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés.

A défaut d'accord sur la date limite de réception des offres, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui est alors au moins de 10 jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

Le délai minimal ainsi fixé peut être prolongé dans les hypothèses suivantes :

- Lorsque le délai prévu ne peut être respecté ;
- 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.

Comme dans le décret n° 2005-1742, les candidats sont informés du nouveau délai ainsi fixé.

⁴⁶. Articles 34 des décrets n°2005-1742 et n°2005-1308.

⁴⁷. Articles 35-I des décrets n°2005-1742 et n°2005-1308.

⁴⁸. Articles 35-II du décret n°2005-1742 et 35-III du décret n°2005-1308 modifié.

⁴⁹. Articles 36 du décret n°2005-1742 et 35-II-IV du décret n°2005-1308 modifié.

5. *Le déroulement des négociations*⁵⁰

Le décret se contente de rappeler que :

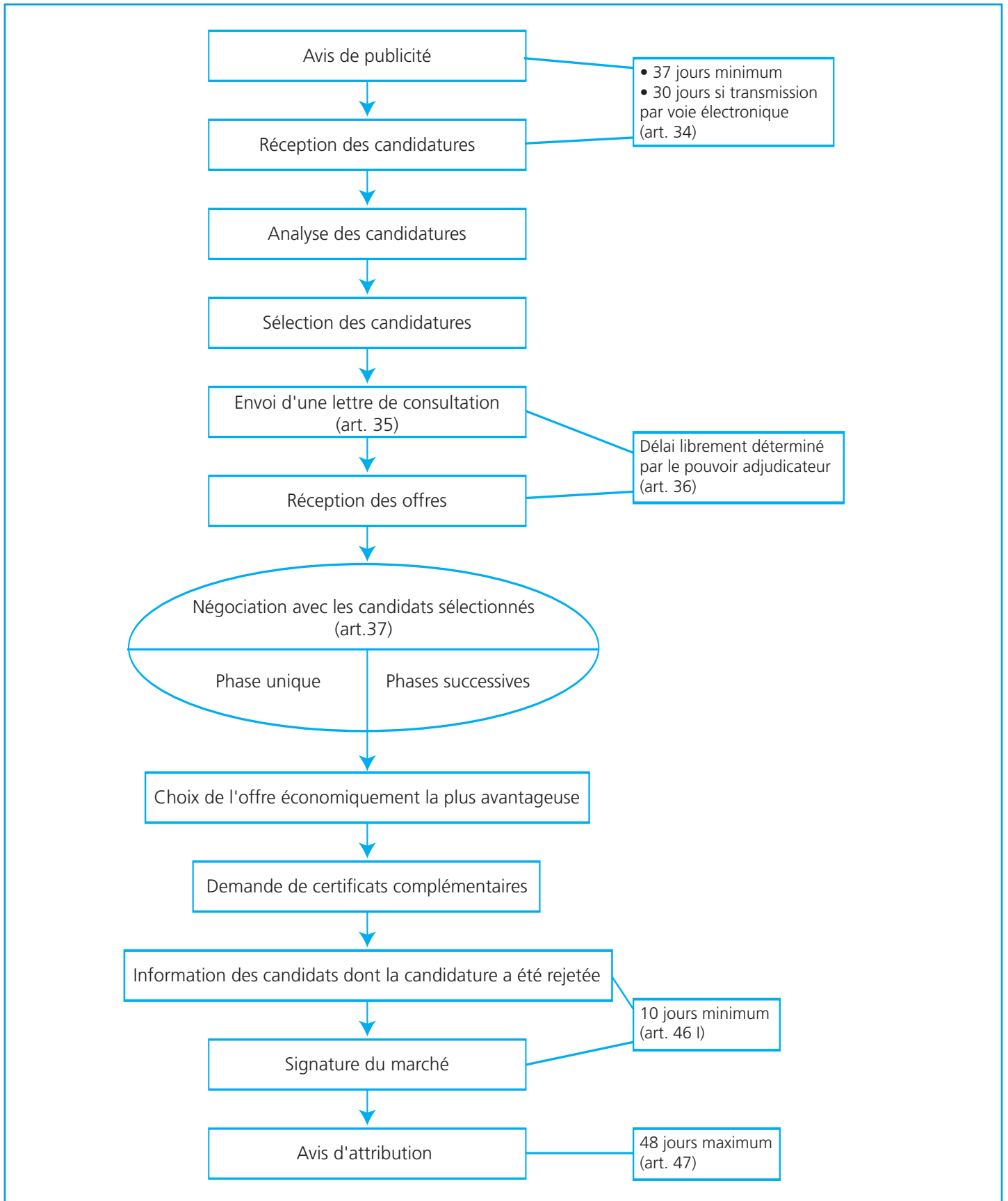
- Le principe d'égalité de traitement entre les candidats devra être respecté ;
- Et que la négociation ne devra pas avoir pour effet de modifier substantiellement les caractéristiques ou les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.
- Il est également offert la possibilité au pouvoir adjudicateur de mener les négociations en différentes phases successives de manière à réduire le nombre des offres à négocier.

Si le pouvoir adjudicateur souhaite user de cette faculté, il doit en faire mention dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation.

⁵⁰. Article 37 du décret n°2005-1742.

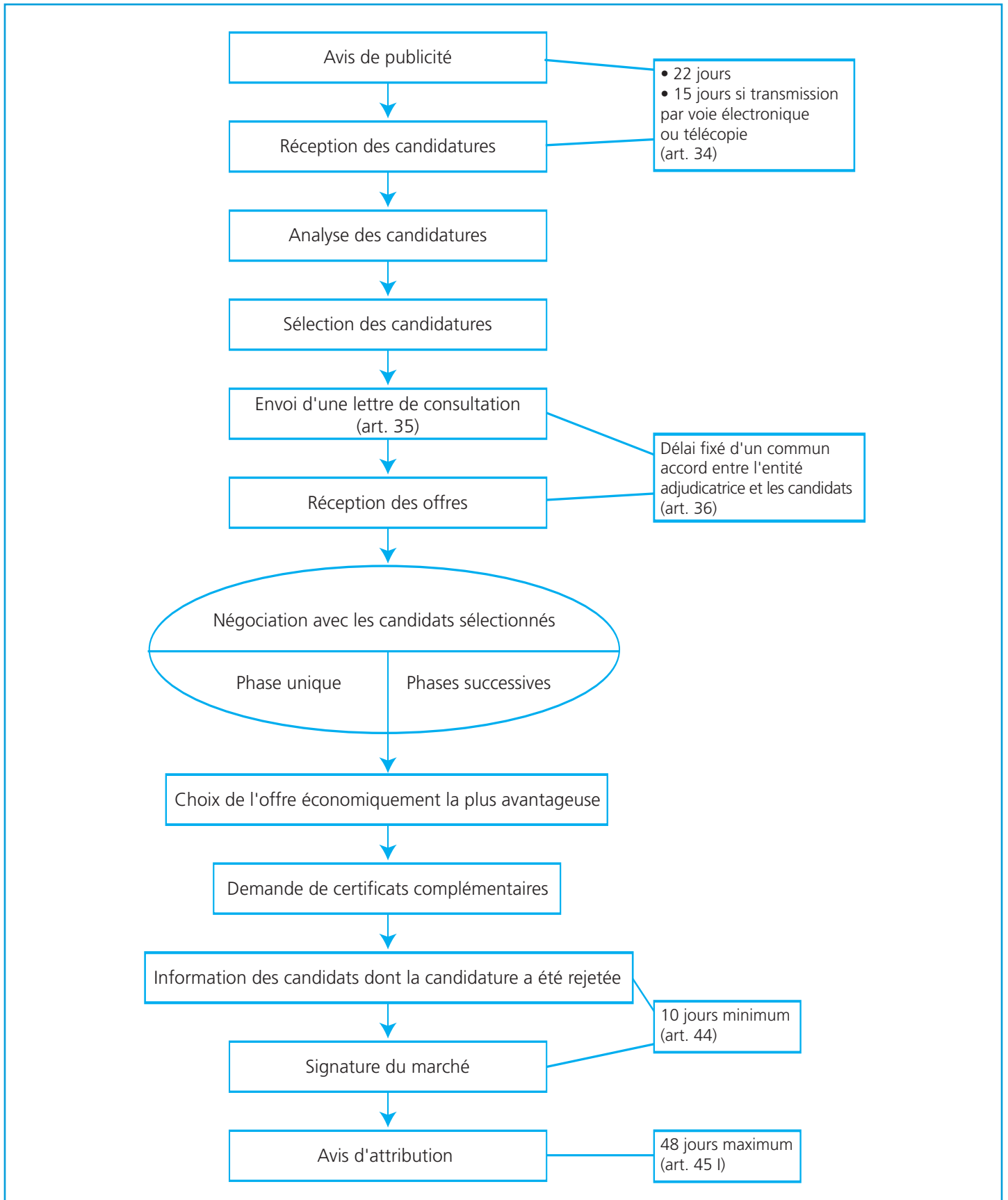
Fiche 11

Procédure de passation d'un marché négocié Pouvoirs adjudicateurs



Fiche 12

Procédure de passation d'un marché négocié Entités adjudicatrices



3) Le concours (article 41)

La procédure de concours est relativement peu développée dans le décret, on remarque l'absence de précision sur les délais.

Dans le silence du décret, il faudra se reporter aux dispositions de la directive 2004/18 qui sont applicables en cas d'absence ou de mauvaise transposition dans le droit national ⁵¹.

A. L'objet du concours

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur va choisir un plan ou un projet notamment dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données.

Il est toutefois à noter que cette liste n'est pas donnée de manière exhaustive.

Le concours a donc en premier lieu pour objet des prestations de conception.

Le concours vise à aboutir à la passation d'un marché avec l'un des lauréats.

Les prestations de réalisation du plan ou du projet choisi par le pouvoir adjudicateur ont ainsi vocation à donner lieu à un marché.

L'article 33-II-7 du décret prévoit, à cet effet, que pourra être passés sous la forme d'un marché négocié sans publicité préalable ni mise en concurrence, les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours.

B. Les procédures de concours

Le concours est obligatoirement passé après mise en concurrence.

Deux procédures sont possibles :

- Le concours ouvert, c'est-à-dire la procédure de concours dans laquelle tous les candidats recevables peuvent présenter une offre ;
- Le concours restreint, c'est-à-dire la procédure de concours dans laquelle la personne publique sélectionne les candidats qui seront admis à présenter une offre.

La distinction entre concours ouvert et concours restreint est donc comparable entre celle existant entre appel d'offres ouvert et appel d'offres restreint.

C. L'intervention d'un jury

Le concours est la seule procédure où l'intervention d'un organe collégial est prévue : le jury.

Le décret régit la présence de membres particuliers, sans définir toutefois la composition du jury :

- Le jury ne peut être composé que de personnes indépendantes des participants au concours (leur nombre est libre) ;
- Lorsqu'une qualification professionnelle est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doivent posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

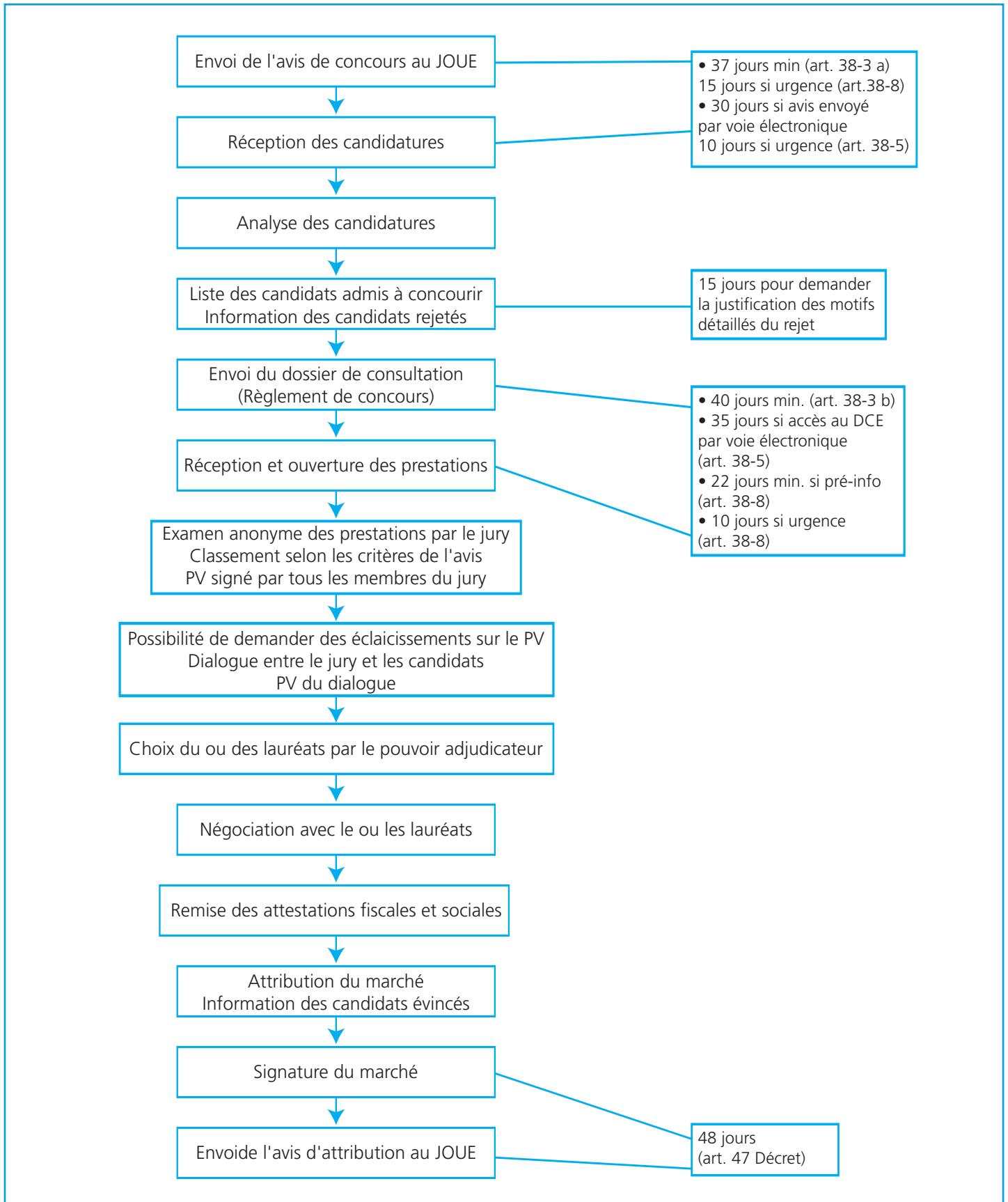
Le jury est appelé à examiner les plans et projets et à donner un avis, le cas échéant, après audition des candidats.

En revanche, le lauréat sera systématiquement choisi par le pouvoir adjudicateur.

⁵¹. Article 38 de la directive 2004/18 "délai de réception des demandes de participation et de réception des offres".

Fiche 13

Schéma procédure de passation de concours (art. 41 Décret n° 2005-1742 et Directive 2004/18)



II. Les nouvelles procédures

1) Les nouvelles procédures passées par des moyens classiques :

A. Le dialogue compétitif :

1. *Définition :*

Selon l'article 38 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs, "la procédure de dialogue compétitif est une 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 seront invités à remettre une offre".

Ce décret a transposé la directive communautaire 2004/18 qui a voulu mettre en place une procédure plus souple que les appels d'offres.

Cette procédure est réservée aux pouvoirs adjudicateurs intervenant dans les secteurs classiques. Il n'en est nullement fait mention dans le décret relatif aux entités adjudicatrices, puisque cette procédure n'existe pas dans la directive communautaire 2004/17.

En effet, les techniques classiques de passation des marchés ne permettent pas toujours de satisfaire tous les besoins, notamment dans le cadre d'opérations particulièrement complexes. Ainsi, les acheteurs connaissent parfois leurs besoins par avance, mais ne savent pas forcément identifier la meilleure solution technique pour les satisfaire notamment au regard de considérations techniques, administratives ou financières.

C'est pourquoi, la Commission européenne a développé la procédure de dialogue compétitif qui succède, en droit des marchés publics internes, à la procédure d'appel d'offres sur performances. Elle offre aux pouvoirs adjudicateurs l'opportunité de discuter avec les candidats du marché afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions, tout en respectant les principes de concurrence et de transparence.

2. *Conditions d'application :*

Selon le décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs⁵², le recours à la procédure de dialogue compétitif se justifie dans le cadre d'opérations complexes, notamment :

- "Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet".

Cette situation peut se présenter dans le cadre de marchés relatifs à des équipements ou des projets complexes, et notamment lors de la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou encore de projets comportant un financement complexe et structuré.

La procédure de dialogue compétitif peut porter à la fois sur la **définition et l'exécution** du projet sauf pour la réalisation des ouvrages soumis aux dispositions de la loi MOP⁵³ du 12 juillet 1985.

3. *Déroulement de la procédure :*

Publication d'un avis d'appel à la concurrence :

"Les besoins et exigences du pouvoir adjudicateur sont définis dans l'avis d'appel à concurrence, et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini ⁵⁴".

⁵². Article 38 alinéa 2 du décret n°2005-1742.

⁵³. Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JORF du 13 juillet 1985.

⁵⁴. Article 39-I du décret n° 2005-1742.

Contenu de l'avis :

- Type de procédure suivie ;
- La description des besoins à satisfaire ;
- Les conditions que les candidats doivent remplir pour être admis à candidater ;
- Les délais de réception des candidatures : minimum 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence, ce délai pouvant être raccourci de 7 jours si cet avis est envoyé par voie électronique ou télécopie ;
- S'il le souhaite, le nombre minimum et maximum de candidats que le pouvoir adjudicateur prévoit d'inviter, sachant que le nombre minimum ne peut pas être inférieur à trois⁵⁵ ;
- Les variantes, qui permettent aux candidats de présenter des solutions techniques ou administratives différentes de celles énoncées par le pouvoir adjudicateur, ne présentent aucun intérêt réel dans la procédure de dialogue compétitif puisque le document de consultation est établi avec les candidats.
- Le recours à une procédure en plusieurs phases doit figurer également dans l'avis de marché. Il est également conseillé de faire, autant que possible, apparaître les thèmes de ces phases.
- Les critères d'appréciation des offres et leur pondération devront être communiqués aux candidats admis au dialogue. Ils devront donc figurer dans l'avis d'appel à la concurrence⁵⁶ ou les documents de consultation et le cas échéant, dans le programme prévisionnel, alors même que les solutions qui seront mises en œuvre pour satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur ne sont pas connues.

Sélection des candidats admis au dialogue :

Les candidats sont sélectionnés selon les modalités classiques de sélection à soumissionner (aptitude à soumissionner à un marché et capacités professionnelles, techniques, et financières). Les candidats ne présentant pas les qualités et capacités requises sont éliminés.

Dialogue :

Le dialogue a pour objet l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins.

Le dialogue compétitif permet au pouvoir adjudicateur d'élaborer les pièces contractuelles avec les entreprises avant de les mettre en compétition.

Etape I : Invitation simultanée des candidats sélectionnés, par écrit, à participer au dialogue

L'invitation comporte au moins⁵⁷ :

- Soit un exemplaire des documents de consultation accompagné du programme fonctionnel, et le cas échéant un projet partiellement défini, et de tout document complémentaire, soit l'indication de l'accès à ces documents lorsqu'ils sont mis à disposition directe par moyen électronique ;
- Une référence à l'avis d'appel à la concurrence publié ;
- La date et le lieu de déroulement du dialogue, ainsi que l'obligation d'utiliser la langue française ;
- S'il y a lieu, la date limite pour demander des renseignements complémentaires ;
- La liste des documents à fournir ;
- La pondération des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation.

⁵⁵. Article 23-III du décret n°2005-1742.

⁵⁶. Article 24-III du décret n°2005-1742.

⁵⁷. Article 40-I du décret n°2005-1742.

Etape 2 : Dialogue avec les candidats invités ⁵⁸

Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats lors du dialogue. Si certains éléments sont intangibles pour le pouvoir adjudicateur, il est conseillé de les énoncer dans le projet de contrat.

Le dialogue peut se dérouler en phases successives, si cela a été précisé dans l'avis d'appel à la concurrence, afin de réduire le nombre des solutions à discuter au fur et à mesure de la discussion. Cette réduction se fait au regard de critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans l'avis d'appel à la concurrence.

Deux obligations incombent au pouvoir adjudicateur, durant ce dialogue :

- Le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe d'égalité de traitement des candidats et en particulier, ne doit pas donner d'informations susceptibles d'avantager certains candidats par rapport aux autres ;
- Il lui faudra veiller au respect et à la protection des droits de la propriété intellectuelle, en raison du caractère potentiellement innovant de certaines solutions proposées par les candidats. Les droits de propriété industrielle et commerciale seront également en jeu. Aussi, le pouvoir adjudicateur devra veiller, tout au long de la procédure, et plus particulièrement lors du dialogue, à ne pas révéler aux autres candidats sans l'accord du principal concerné les solutions proposées ou autres informations confidentielles.

Etape 3 : Clôture du dialogue :

Le dialogue est clos et tous les candidats du dialogue en sont informés.

Il est conseillé d'établir une sorte de cahier des charges appelé programme partiellement défini sur la base des éléments déterminés lors de la discussion. Le pouvoir adjudicateur y détermine la ou les solutions retenues dans ce document.

Il doit être communiqué aux candidats.

Les candidats peuvent demander des renseignements complémentaires sur le programme fonctionnel ou le programme partiellement défini ou des documents complémentaires. Ils devront être communiqués 6 jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres finales, pour autant qu'ils aient été demandés en temps utile.

Remises des offres :

Tous les candidats ayant participé au dialogue sont invités à remettre une offre finale sur la base du programme partiellement défini retenu par le pouvoir adjudicateur, à l'issue du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours.

Cette invitation doit comporter au moins :

- La date et l'heure limite de réception des candidatures ;
- L'adresse à laquelle elles doivent être adressées ;
- L'indication de l'obligation de les rédiger en langue française.

L'offre finale doit comporter tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du marché.

A ce stade, il n'y a plus de négociation possible. La procédure d'attribution est une procédure d'appel d'offre classique.

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats concernant leur offre finale. Ces compléments ne pourront pas avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre finale, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

Attribution du marché :

Les offres sont examinées et classées.

- En fonction de ce classement, le pouvoir adjudicateur retient l'offre économiquement la plus avantageuse.

⁵⁸. Article 40-II du décret n°2005-1742.

- Le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat retenu de clarifier des aspects de son offre ou de confirmer les engagements figurant dans celle-ci, sans que cela ait pour effet de modifier substantiellement ces offres.
- Le pouvoir adjudicateur informe de sa décision tous les candidats dont l'offre a été rejetée.
- Le pouvoir adjudicateur doit communiquer dans un délai de 15 jours à compter de la réception de la demande écrite du candidat évincé, les motifs de rejet de son offre (sauf s'il s'agit d'une offre anormalement basse).
- Le marché est signé 10 jours au moins après la notification de la décision aux candidats dont l'offre a été rejetée, sauf cas d'urgence.
- Le pouvoir adjudicateur envoie pour publication au JOUE, dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification ou de la signature du marché, un avis d'attribution conforme au modèle fixé par règlement communautaire.

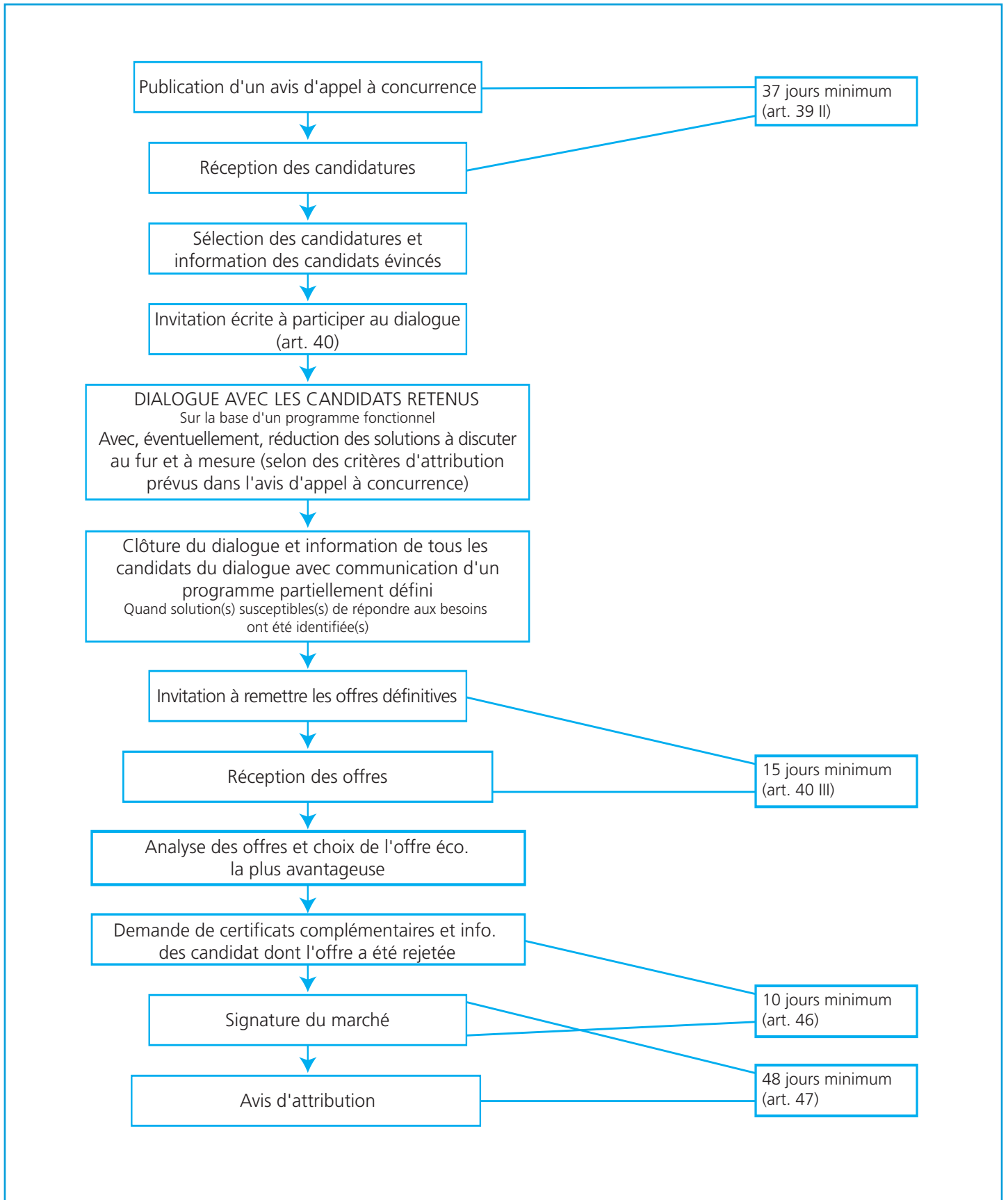
Notons que l'élaboration d'une proposition pouvant représenter un coût important pour le candidat, il est prévu la possibilité d'allouer une prime à trois niveaux :

- **A tous les participants au dialogue ;**
- **A ceux dont les propositions ont fait l'objet de la discussion ;**
- **A ceux dont les offres ont été les mieux classées.**

Cette prime a pour objet la rétribution du temps investi par les candidats lors de la phase de définition des besoins.

Si elles sont prévues, ces primes devront être précisées dans l'avis de d'appel à concurrence ou dans les documents de consultation. La rémunération de l'attributaire du marché tiendra compte de la prime qui lui a déjà été éventuellement versée.

Fiche 14
Schéma du dialogue compétitif
(art. 38,39,40)



B. Les accords-cadres :

1. Définition :

Aux termes de l'article 1^{er} alinéa 3 de l'ordonnance "les accords-cadres sont des contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice et des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix, et le cas échéant, les quantités envisagées".

Les accords-cadres sont ouverts tant aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux entités adjudicatrices⁵⁹ et sont visés aux articles 42 des décrets. Cependant, tout comme les directives, le décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs développe davantage les modalités de passation des accords-cadres, alors que les dispositions sont beaucoup plus laconiques pour ceux passés par les entités adjudicatrices.

Il importe de souligner que l'accord-cadre ne constitue pas une procédure de passation des marchés, telle que celles définies aux articles 7 des décrets, mais une forme particulière d'achat de prestations. A ce titre, il ne s'agit pas non plus d'un marché mais d'un cadre préparant la passation de futurs marchés.

L'accord-cadre permet de séparer la phase de sélection de la phase d'achat proprement dit, et s'apparente donc à un référencement des fournisseurs, avant la passation de marchés. L'intérêt pratique ici est de permettre aux adjudicateurs de réagir plus vite.

Cependant, l'accord-cadre ne doit pas être utilisé de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Déroulement de la procédure :

- **La conclusion de l'accord-cadre :**

La procédure de passation :

L'adjudicateur suit une des procédures d'attribution du marché visées aux articles 7 des décrets. Les accords-cadres peuvent donc être conclus par appel d'offres, procédure négociée ou dialogue compétitif (dans ce dernier cas, seulement pour les pouvoirs adjudicateurs).

Les accords-cadres peuvent contenir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou peuvent être conclus sans minimum ni maximum.

Le pouvoir adjudicateur ne choisit cependant pas nécessairement une seule offre. En effet, il peut conclure l'accord-cadre avec plusieurs opérateurs économiques qui s'engagent à respecter, pendant la durée de l'accord-cadre, les termes définis par celui-ci. Le nombre minimum est alors de 3 cocontractants afin qu'il y ait un nombre suffisant d'opérateurs économiques pour satisfaire aux critères de sélection ou d'offres recevables répondant aux critères d'attribution. Il faut noter qu'en cas d'allotissement de l'accord-cadre, ce nombre minimal de 3 attributaires s'applique à chaque lot.

Le contrat peut être divisé en lots qui ne portent pas sur les mêmes prestations, seuls sont consultés les titulaires des lots correspondant à l'objet du marché fondé sur l'accord-cadre.

Le contenu de l'accord cadre :

L'accord-cadre fixe notamment les règles de publicité, de délais et les conditions de remise des offres pour les marchés passés sur son fondement. Le pouvoir adjudicateur peut conclure des marchés pendant toute la durée de l'accord-cadre.

L'accord-cadre est limité à 4 ans maximum, sauf cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre ou par le fait que son exécution nécessite des investissements dont la période d'amortissement serait supérieure à 4 ans ⁶⁰.

⁵⁹. Articles 42 des décrets n°2005-1742 et 2005-1308 modifié.

⁶⁰. Article 42-V du décret n°2005-1742.

Cependant, l'exécution des marchés conclus valablement sur la base de l'accord-cadre peut excéder la date limite d'exécution de l'accord-cadre, à trois conditions :

- Le marché basé sur l'accord-cadre doit avoir été passé durant la période de validité de l'accord-cadre ;
- La durée d'exécution du marché est conforme à la durée habituelle d'exécution des prestations ;
- Cette durée ne porte pas atteinte à la nécessité d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

La passation de marché sur la base de l'accord-cadre : ⁶¹

Lorsque le besoin se manifeste, le pouvoir adjudicateur consulte le ou les opérateurs économiques retenus lors de la première étape.

Le marché passé sur la base de l'accord cadre est un document écrit et précise les spécifications techniques, la consistance et le prix des prestations dont l'exécution est demandée et qui n'ont pas été fixés par l'accord-cadre.

Marché basé sur un accord-cadre conclu avec un seul opérateur :

Le marché fondé sur l'accord-cadre est attribué dans les limites des termes fixés dans l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur, peut au préalable demander à l'opérateur économique de compléter par écrit son offre, sachant que les compléments apportés par ce biais aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne doivent pas avoir pour effet de les modifier substantiellement.

Marché basé sur un accord-cadre conclu avec au moins 3 opérateurs :

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de remettre en concurrence les opérateurs économiques.

Après un large débat et des positions divergentes au sein de la doctrine, il semble qu'une publicité comparable à celle des décrets est requise lorsque le marché dépasse les seuils de l'article 7. Sinon, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser l'objet du marché selon une procédure adaptée qu'il aura envisagée dans l'accord. Lorsque l'accord-cadre a été divisé en lots ne portant pas sur les mêmes prestations, seuls seront consultés les titulaires des lots concernés par l'objet du marché passé sur la base de l'accord-cadre.

La remise en concurrence peut intervenir :

- Soit préalablement à la conclusion de chaque marché passé sur la base de l'accord-cadre ;
- Soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

Les candidats peuvent alors soit maintenir leur offre de base, soit l'améliorer.

Procédure d'attribution du marché :

En dehors d'une procédure formalisée, un délai suffisant doit être octroyé par le pouvoir adjudicateur aux titulaires de l'accord-cadre pour présenter leur offre en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission de l'offre ;

Ces offres doivent respecter les caractéristiques déjà fixées par les documents de consultation et celles qui restent à préciser dans le marché passé sur la base de l'accord-cadre. Elles doivent être transmises par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de réception ;

D'autre part, le contenu des offres doit rester confidentiel jusqu'à expiration du délai prévu pour le dépôt ;

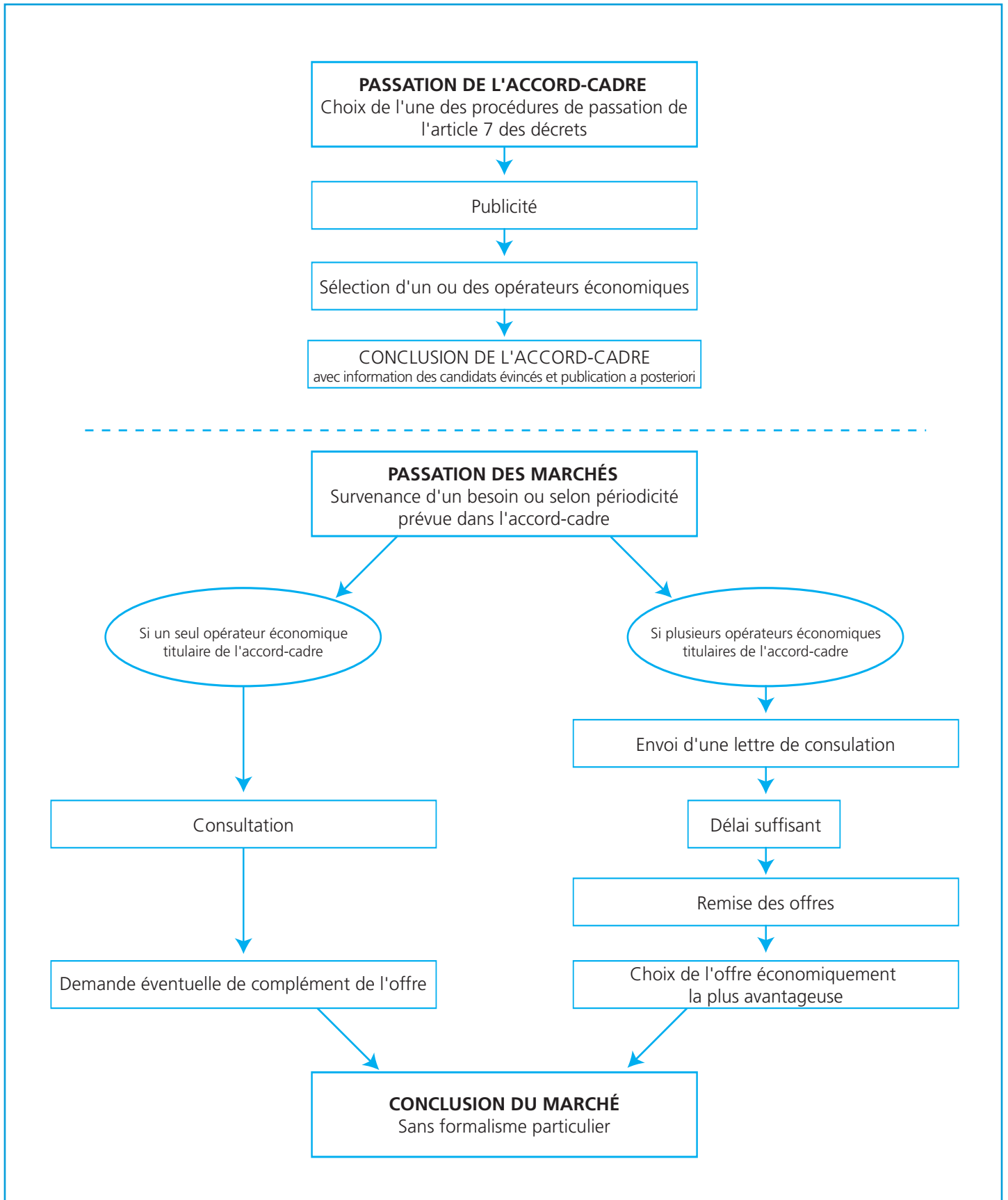
Le pouvoir adjudicateur attribue le marché à celui ou à ceux ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères objectifs et non discriminatoires fixés par l'accord-cadre.

Enfin, les marchés, hors procédure formalisée, conclus au sein d'un accord-cadre semblent exonérés de tout formalisme particulier, en l'absence de précisions du décret allant dans ce sens. Ainsi, l'adjudicateur peut se passer des certificats en principe demandés au candidat dont l'offre a été retenue ; l'information des candidats dont l'offre a été rejetée n'est pas nécessaire, et il n'est donc pas obligatoire de laisser courir un délai de dix jours avant la signature du marché. Enfin, il semble également que la publicité a posteriori du marché n'ait pas lieu d'être ⁶².

61. Article 42-II du décret n°2005-1742.

62. Pour un commentaire de la Commission européenne sur la définition communautaire des accords-cadres, voir la fiche explicative CC/2005/03_rev1 FR du 14/07/2005, disponible sur <http://www.localjuris.com.fr/Sources/legis/Directiv/Com/Guide/GuideAccordCadreTFS.htm>

Fiche 15
Schéma de la procédure de l'accord-cadre



C. Les marchés à bons de commande :

1. *Définition :*

Les marchés à bons de commande sont visés par l'article 43 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs qui prévoit qu'il s'agit d'un "marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande".

Ces marchés à bons de commande entrent par ailleurs dans la catégorie communautaire des accords-cadres⁶³.

En revanche, de tels marchés n'existent pas pour les entités adjudicatrices.

Il faut noter, qu'à la différence de l'accord-cadre des décrets, le marché à bons de commande est un marché en lui-même, dont l'exécution est déclenchée par l'émission de bons de commande, alors que pour l'accord-cadre, les marchés proprement dits, sont les marchés passés sur la base de l'accord-cadre.

2. *Conditions d'application*

Ces marchés à bons de commande peuvent être utilisés lorsque les besoins du pouvoir adjudicateur sont connus, mais que les quantités souhaitées ne peuvent être évaluées lors de la conclusion du marché. Ainsi, le marché à bons de commande comprend plus de précisions que l'accord-cadre, d'où le fait que l'attribution de bon de commande ne nécessite pas de nouvelle mise en concurrence.

Il faut par ailleurs noter que ces marchés ne peuvent être conclus pour une durée supérieure à 4 ans, sauf cas exceptionnels dûment justifiés (comme par exemple, une durée d'amortissement des investissements supérieure à 4 ans).

3. *Déroulement de la procédure*

Le marché à bons de commande est passé selon les procédures de l'article 7 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs. Il appartient donc à ces derniers de choisir entre les procédures d'appel d'offres, négociées, de dialogue compétitif ou de concours, et d'en suivre le déroulement prévu par le décret.

Pour ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de fixer un minimum et un maximum, en valeur ou en quantité, mais il ne s'agit pas d'une obligation.

Cependant, il faut noter que si aucun maximum n'est prévu dans le marché, le décret dispose que "la valeur estimée [du marché] est réputée excéder les seuils mentionnés au I de l'article 7⁶⁴".

Dès lors, si le marché à bons de commande ne contient pas de maximum, il est obligatoirement soumis au décret et doit être passé selon une des procédures formalisées.

Le marché peut être conclu avec un seul opérateur, ou avec plusieurs.

L'intérêt de ce type de marché est qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une négociation ou à une mise en concurrence pour commander les prestations visées au marché. En effet, le pouvoir adjudicateur émet un bon de commande, dans des conditions prévues dans le marché, lorsqu'il a évalué les quantités de produit qui lui sont nécessaires.

La seule indication du décret relative à ces bons de commande est qu'ils doivent préciser les prestations du marché qui sont demandées et les quantités.

Enfin, l'émission de bons de commande peut intervenir jusqu'à l'expiration de la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution peut se voir prolongée au-delà de la date d'expiration du marché. Cependant, dans ce dernier cas d'une exécution postérieure à la durée de validité du marché, il faudra prendre garde à ce que ces bons de commande ne soient pas considérés comme une prolongation abusive du marché permettant d'éviter une remise en concurrence périodique des opérateurs.

⁶³. Ils correspondent, au sein de cette catégorie, aux accords-cadres ne fixant pas tous les termes.

⁶⁴. Article 11-V du décret n° 2005-1742.

D. Les centrales d'achat :

Selon l'article 15 de l'ordonnance : "les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui recourent à une centrale d'achats pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence pour autant que la centrale d'achat est soumise, pour la totalité de ses achats, aux dispositions de la présente ordonnance ou à celles du Code des marchés publics."

Dès lors, les Sem peuvent choisir de recourir à une centrale d'achats, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une publicité ou mise en concurrence.

En effet, la centrale d'achats, telle que définie à l'article 5 de cette même ordonnance constitue elle-même : "un pouvoir adjudicateur soumis à la présente ordonnance ou au code des marchés publics qui : 1° acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices ou, 2° passe des marchés publics ou conclut des accords cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices."

C'est donc à elle qu'il incombera d'appliquer les prescriptions de l'ordonnance et, plus particulièrement, du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs.

Il s'agit là de la transposition des dispositions des directives 2004/17 et 2004/18, transposition déjà effectuée par ailleurs dans le Code des marchés publics.

D'autre part, on peut imaginer également qu'une Sem assume elle-même l'activité de centrale d'achats. En effet, au regard de la définition de la centrale d'achats posée à l'article 9 du Code des marchés publics de 2004, il n'existe pas d'obstacles à ce qu'une Sem soit centrale d'achats. Dès lors, les collectivités locales pourront avoir recours à ces Sem centrale d'achats, sans mise en concurrence, pour effectuer leurs achats. C'est la Sem qui devra elle-même mettre en concurrence l'ensemble des marchés qu'elle passe, en application du Code des marchés publics.

Enfin, une Sem centrale d'achats pourrait également intervenir au profit d'autres Sem. De la même façon, la Sem centrale d'achats serait choisie sans mise en concurrence par les Sem pour effectuer leurs achats, en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de ses décrets d'application⁶⁵.

⁶⁵. Pour plus d'informations sur ce sujet, voir "Une Sem peut-elle devenir une centrale d'achat" de C. Sabattier et J.M. Peyricol, *Contrats Publics* n° 47, septembre 2005, p.61.

2) Les nouvelles procédures entièrement dématérialisées :

A. Le système d'acquisition dynamique :

1. Définition :

Face au mouvement de dématérialisation des procédures de passation des marchés, les décrets ont prévu un système d'acquisition dynamique⁶⁶.

Selon les termes de ces décrets : "un système d'acquisition dynamique est une procédure entièrement électronique de passation de marché, pour des matériels courants, par lequel le pouvoir adjudicateur (l'entité adjudicatrice) attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative."

2. Conditions d'application

Comme précisé dans la définition, cette procédure est réservée exclusivement pour l'acquisition des matériels courants qui se renouvellent régulièrement, tels que les fournitures ou le matériel informatique.

Ce système s'appuie sur un référencement des fournisseurs remplissant les critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges. Tout soumissionnaire intéressé peut se faire intégrer au sein de la liste à n'importe quel moment.

Quand le besoin est né, l'adjudicateur met les offres de fournisseurs en concurrence pour conclure un marché appelé "marché spécifique".

Il faut noter que ce système ne peut être créé que pour une durée maximale de 4 ans, sauf cas exceptionnels dûment justifiés.

Enfin, ce système ne peut pas être mis en œuvre de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence.

3. Déroulement de la procédure

La principale caractéristique de cette procédure réside dans le fait qu'elle est entièrement électronique.

Elle se déroule en deux étapes majeures :

La mise en place du système d'acquisition dynamique suivie de la passation de marchés spécifiques.

• Mise en place du système d'acquisition dynamique

Les décrets prévoient, pour cette mise en place, de suivre les phases de l'appel d'offres ouvert.

Etape 1 : Publicité

L'adjudicateur publie un avis d'appel public à la concurrence précisant qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique et indiquant les critères qui seront appliqués pour la sélection des titulaires des marchés spécifiques.

Cet avis doit également indiquer l'adresse internet à laquelle les documents de la consultation pourront être consultés. L'accès à ces documents doit être libre, direct et complet.

Ces documents précisent la nature des achats envisagés, ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition, l'équipement électronique utilisé et les modalités techniques de connexion.

Etape 2 : Réception et évaluations des candidatures et offres indicatives

Les candidats peuvent remettre leurs candidatures et offres indicatives pendant toute la durée du système et les offres peuvent être améliorées à tout moment.

L'adjudicateur évalue les candidatures et les offres indicatives dans les 15 jours maximum à compter de leur présentation. Ce délai peut être prolongé tant qu'une procédure de passation de marché spécifique n'est pas

⁶⁶. Article 44 du décret n°2005-1742 et article 43 du décret n° 2005-1308 modifié.

engagée. Il informe sans délai les candidats du rejet ou de leur admission dans le système d'acquisition dynamique, au regard des critères énoncés dans l'avis d'appel à la concurrence.

La liste pouvant être complétée à tout moment par un candidat, il s'agit donc d'une liste ouverte et donc évolutive.

- **Passation de marchés spécifiques**

Etape 1 : mise en concurrence

L'adjudicateur publie un avis de marché simplifié invitant les opérateurs économiques n'ayant pas déjà présenté une offre indicative dans le cadre de la mise en place du système d'acquisition dynamique à présenter une offre indicative. La mise en concurrence effective ne pourra avoir lieu qu'après évaluation de ces offres.

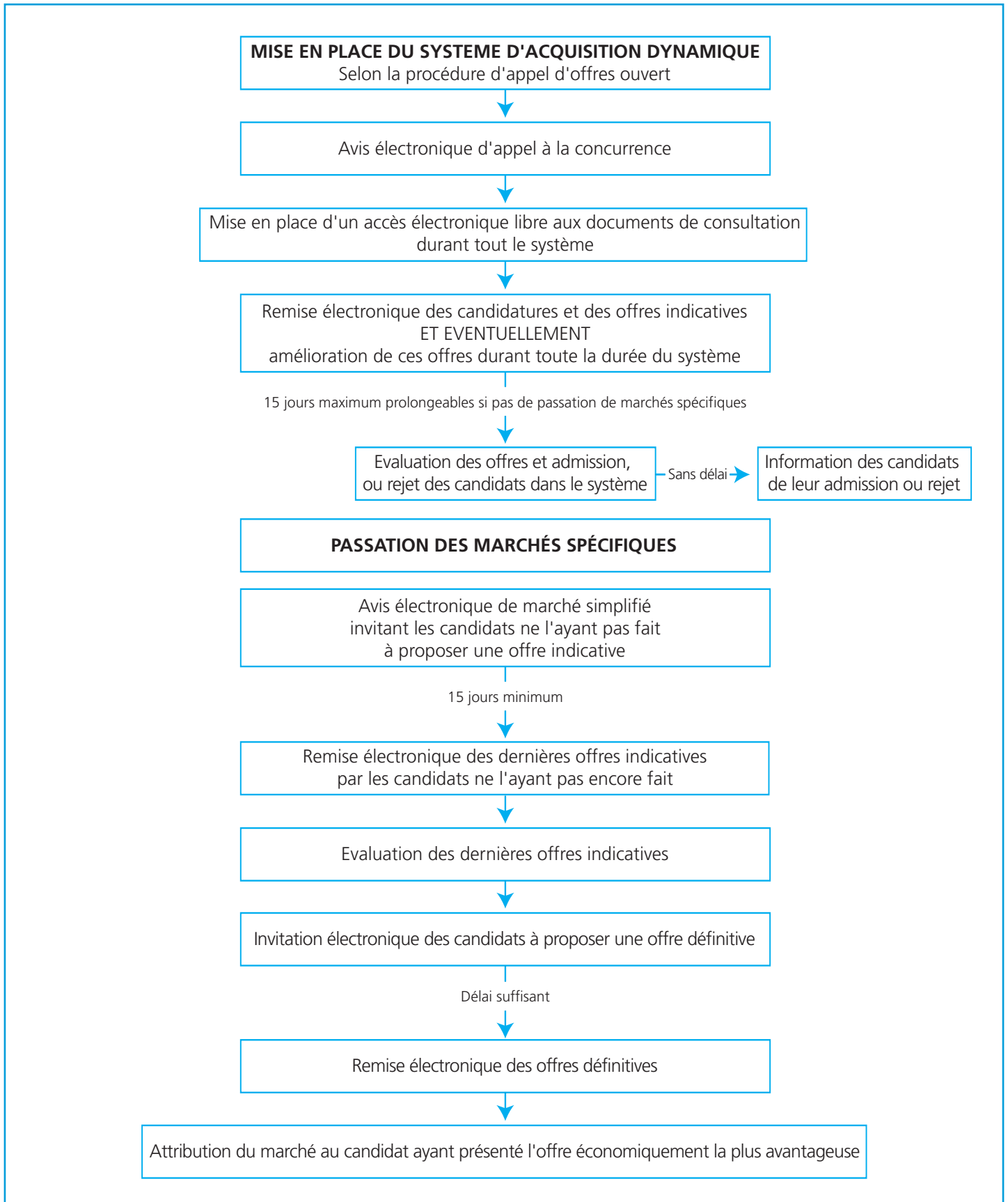
Ensuite, l'adjudicateur invite tous les candidats admis dans le système à proposer une offre définitive et ce, dans un délai suffisant.

Etape 2 : attribution du marché

Le marché spécifique est conclu avec le candidat ayant proposé l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères d'attribution énoncés dans l'avis d'appel à la concurrence publié lors de la mise en place du système.

Fiche 16

Schéma de la passation d'un système d'acquisition dynamique



B) Les enchères électroniques :

1. Définition :

Les décrets ont mis en place un système de sélection des offres au moyen d'enchères électroniques, développé aux articles 25 du décret sur les pouvoirs adjudicateurs et 30 de celui relatif aux entités adjudicatrices.

Selon ces articles : "Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres, réalisée par voie électronique, et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre".

Il importe de souligner qu'il ne s'agit pas d'une procédure spécifique, mais d'un simple procédé de sélection des offres. Les autres phases d'attribution du marché restent donc régies par les règles applicables à la procédure choisie.

2. Conditions d'application

Cette procédure de sélection des offres n'est ouverte que pour :

- Les marchés de fournitures ;
- D'un montant supérieur à 210 000€ HT.

L'enchère électronique peut porter sur le prix, sur d'autres critères quantifiables (délais de livraison...) ou à la fois sur le prix et d'autres critères quantifiables.

Le recours à ce système ne peut évidemment pas avoir pour finalité d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

3. Déroulement de la procédure

Publicité

Tout d'abord, l'avis d'appel à la concurrence rédigé sur la base du modèle de l'avis de marché "classique" devra mentionner le recours à l'enchère électronique. Les documents de consultation doivent contenir :

- Les éléments quantifiés des offres sur lesquels porte l'enchère électronique ;
- Le cas échéant, la variation maximale de ces éléments quantifiés ;
- La nature des informations qui seront communiquées aux candidats au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront ;
- Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique, notamment les conditions dans lesquelles les candidats pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés ;
- Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion ;
- La durée de l'enchère.

Après ouverture des offres, l'adjudicateur procède à l'analyse de leur conformité au regard des exigences posées par les documents de consultation et écarte les candidats dont l'offre est non-conforme.

Enchères

L'adjudicateur invite simultanément et par voie électronique les candidats retenus à participer à l'enchère en présentant de nouveaux prix ou valeurs. Cette invitation comprend :

- Les résultats de l'évaluation de l'offre du candidat lorsque les offres auront été évaluées au regard de critères ne faisant pas l'objet d'enchères ;
- La formule mathématique (intégrant la pondération des critères, pour l'offre de base, et pour chacune des variantes, qui détermine lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs présentées.

L'enchère peut ensuite commencer, au minimum 2 jours après l'envoi des invitations et peut se dérouler en plusieurs phases, dans des conditions précisées dans les documents de consultation.

Les candidats sont informés "en temps réel" de leur classement ou des montants correspondants à la meilleure offre. En revanche, ils ne doivent, en aucun cas connaître les noms des autres concurrents.

L'enchère se termine dans trois cas :

- Aux dates et heures fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;
- Lorsque l'adjudicateur ne reçoit plus de nouvelles enchères dans les conditions prévues par l'invitation ;
- Lorsque toutes les phases de l'enchère prévues dans l'invitation ont eu lieu.

Le marché est enfin attribué au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, sous réserve de la production, par le candidat retenu des documents visés aux articles R. 324-4 et 7 du Code du travail et de ses attestations fiscales et sociales.

SECTION II : LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

I. La dématérialisation des procédures

Le premier intérêt, et le plus évident, de la dématérialisation des procédures de passation des marchés est le gain de temps qu'il génère ainsi que la facilité d'accès offerte aux candidats.

Ainsi, comme nous l'avons vu, la transmission électronique des documents du marché permet aux pouvoirs ou entités adjudicateurs de diminuer les délais de la procédure⁶⁷.

Il faut souligner que le recours à un support physique électronique, ou à un échange électronique n'est en aucun cas obligatoire. Il ne s'agit que d'une possibilité offerte aux adjudicateurs.

Cependant, lorsque l'adjudicateur choisit d'y recourir, il lui faut se soumettre aux dispositions de l'article 14 des décrets, en complément de l'article 13, applicable, quant à lui, à toutes les modalités de transmission.

Tout d'abord, l'article 14 rappelle que les moyens électroniques de transmission des documents et informations doivent avoir un caractère non discriminatoire. Pour cela, les caractéristiques techniques devront notamment être compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

D'autre part, si un site Internet était créé pour l'organisation des consultations, cette création devrait faire l'objet d'une publication dans un journal local ou par tout autre moyen.

Ensuite, l'article 14 impose que les modalités de présentation électronique des candidatures ou des offres par les opérateurs économiques (comme le cryptage) doivent faire l'objet d'une information mise à leur disposition.

Ces candidatures et offres doivent être présentées de façon à pouvoir authentifier la signature du candidat. Une date certaine de réception doit exister pour ces offres ou candidatures.

Enfin, les adjudicateurs doivent prendre toutes les mesures techniques nécessaires, afin de garantir que personne n'a pu avoir accès aux données avant la date prévue.

Enfin, le Code des marchés publics 2006, prévoit qu'à compter du 1^{er} janvier 2010, la transmission des offres par voie électronique pourra être exigée par l'acheteur. "Mais d'ici là, l'exigence de réponses uniquement par voie électronique est jugée contraire au principe de liberté d'accès à la commande publique⁶⁸".

D'autre part, afin de rassurer ces derniers et de les inciter à recourir aux moyens électroniques, le Code prévoit également la possibilité de doubler l'envoi électronique d'une copie de sauvegarde sur papier ou sur support physique électronique, à savoir CD-ROM ou clé USB.

Cette copie ne pourra être ouverte par la personne publique qu'en cas de défaillance du dispositif ou de détection de virus. Il s'agit d'une disposition qui pourrait engendrer un recours plus fréquent aux échanges par voie électronique, bridés auparavant par la peur d'une défaillance quant aux documents transmis, en raison de l'impossibilité d'en fournir une copie de rechange. L'incorporation d'une telle mesure dans le nouveau Code pourrait laisser présager sa prochaine intégration dans la réglementation applicable aux Sem.

1) Les modalités d'archivage des dossiers dématérialisés

Définition et principes de l'archivage de documents électroniques :

Un document électronique est "une donnée numérique indissociable des équipements logiciels et matériels capables de l'interpréter et de la rendre intelligible".

Préserver un document sur un support électronique consiste à préserver la capacité de rendre ce document intelligible.

Il faut des règles permettant d'évaluer l'authenticité de ces documents électroniques ainsi que de leurs copies.

⁶⁷. Cf. supra le détail des procédures.

⁶⁸. TA Lyon 2 mars 2006, Association lyonnaise de promotion et d'éducation sociale et autres.

Pour cela il faut dès la production du document :

- Choisir des formats de données dont les spécifications sont publiques et maîtrisées ;
- Déterminer de façon précise les attributs du document lors de sa production, de sa réception et de son transfert sur un serveur d'archivage ;
- Sécuriser les transmissions et identifier les acteurs ;
- Assurer un contrôle et documenter ces contrôles et tests concernant le support choisi et anticiper les migrations nécessaires sur d'autres supports ;
- Assurer une veille technologique ;
- Documenter tous les événements de gestion et techniques qui peuvent affecter le document durant toute sa durée de conservation (transfert sur une autre plateforme, changement d'archiveur, contrôles et tests réalisés, migrations éventuelles) ;
- Pondérer les exigences en matière d'intégrité et de lisibilité (outils de signature et scellement mis en œuvre lors de la réception et de la production du document et durant les transmissions). Après 5 ans les signatures seront supprimées par les migrations de format, donc de nouvelles conventions de preuves seront à prévoir fondées surtout sur les procédures organisationnelles.

Il faut tenir compte, concernant l'archivage de dossiers dématérialisés, de certaines dispositions du décret du 30 avril 2002.

Tout d'abord, il faut préciser que les documents électroniques sont concernés par les dispositions du Code du patrimoine relatives aux archives car les dispositions du Code s'appliquent quelque soit la nature du support matériel des documents. La décision d'archiver et le choix des documents restent de la compétence de l'autorité publique en charge de la passation et/ou de l'exécution des marchés publics.

Pour un marché sous la forme d'un dossier électronique, c'est la signature électronique du marché par la personne publique qui lui donne le caractère de seul exemplaire de référence.

Les autres pièces du marché qui devront être archivées seront considérées comme fiables si elles disposent de la signature électronique préalable de la personne publique.

Les délais d'archivage peuvent être relativement courts (entre 5 et 10 ans) car il faut prendre en compte la sécurité de la conservation des documents, et l'obsolescence rapide des moyens électroniques utilisés.

La valeur probante de ces documents s'apprécie au regard des règles juridiques en vigueur au moment de leur formation.

Les documents à archiver sont :

- Les candidatures et offres retenues
- Les candidatures retenues et les offres ouvertes non retenues en cas de contentieux et de contrôles administratifs ;
- Les candidatures non retenues : en appel d'offre ouvert, les offres sont éliminées sans avoir été lues lorsque la candidature n'a pas été admise et le candidat en est informé (article.6 du décret 30 avril 2003). La personne publique doit néanmoins conserver les documents relatifs à la candidature et la preuve de l'élimination de l'offre.
- Les documents électroniques à l'intérieur desquels un virus a été détecté : il s'agit d'un archivage de sécurité sans lecture du document. Le document est réputé n'avoir jamais été reçu et le candidat est informé (article 10 du décret 30 avril 2003). Un archivage spécifique est possible pour garder la preuve du virus informatique.

Qui doit archiver ?

Pour les marchés de l'Etat et des services de l'Etat, ce sont les services qui sont chargés de l'archivage électronique des dossiers de marchés durant la durée d'utilité administrative (DUA), sous le contrôle des services publics d'archives. À l'issue de la DUA, ce sont les services publics d'archives qui s'occupent de l'archivage. Durant la période de DUA il est possible de recourir à des sociétés privées d'archivage sous le contrôle et avec l'autorisation des services publics d'archives (circulaire conjointe des ministres de l'Intérieur et de la Culture AD 97-1 du 16 janvier 1997).

Pour les collectivités locales les modalités sont les mêmes excepté que le recours à l'externalisation durant la DUA n'est pas permis. Les collectivités territoriales, par application de l'article R 1421-2 du CGCT, doivent conserver durant la DUA les documents dans des bâtiments publics.

Durée d'archivage :

Candidatures et offres retenues :

La durée de conservation dépend de l'objet du marché. Pour les marchés de fournitures et de services elle est de 10 ans à compter de l'admission des prestations ou de la réception des prestations, et de 30 ans pour les marchés de travaux dès la réception. Ces durées peuvent être plus longues en cas de garantie ou de propriété intellectuelle.

Candidatures retenues et offres ouvertes non retenues :

La durée est de 5 ans minimum (circulaire du 30 décembre 1998).

Candidatures non retenues :

Pour les documents relatifs à la candidature et à la preuve de l'élimination de l'offre, elle est de 5 ans.

Document électronique à l'intérieur duquel un virus a été détecté :

La durée est de 5 ans pour la preuve du virus informatique.

II. La sélection des candidats

Avant de procéder à l'examen proprement dit des candidatures, l'acheteur doit vérifier que les candidats potentiels remplissent bien un certains nombres de critères :

- d'une part, leur situation personnelle ne doit pas correspondre à un des motifs d'exclusion de la procédure de passation ;
- d'autre part, ils doivent fournir la preuve de leur aptitude technique, financière et économique à soumissionner.

Ils doivent en ce sens produire certaines pièces.

A défaut de remplir l'une ou l'autre de ces conditions, le candidat ne sera pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

1) Les motifs d'exclusion de la procédure de passation

La liste des cas dans lesquels la situation d'un candidat ou d'une personne appartenant à un groupement de candidat peut entraîner son exclusion d'une procédure de passation d'un marché est fixée limitativement par l'ordonnance. Cette liste exhaustive est d'interprétation stricte.

Selon l'article 8 de l'ordonnance, ne peuvent soumissionner à un marché passé par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice :

1° Les personnes ayant fait l'objet, depuis moins de 5 ans, d'une condamnation définitive pour une des infractions suivantes :

- Trafic et tentative de trafic de stupéfiant (articles 222-38 et 222-40 du Code pénal)
- Escroquerie et tentative d'escroquerie (articles 313-1 à 313-3 du Code pénal)
- Abus de confiance (articles 314-1 à 314-3 du Code pénal)
- Blanchiment (article 324-1 du Code pénal)
- Acte de terrorisme (articles 421-2-1 et 421-5 al.2 du Code pénal)
- Corruption active et trafic d'influence commis par des particuliers (article 433-1 du Code pénal)

- Entraves à l'exercice de la justice par corruption (article 434-9 al.2 du Code pénal)
- Corruption active des fonctionnaires CE et UE et des membres des institutions communautaires (article 435-2 du Code pénal)
- Faux, obtention/ création ou tentative d'obtention/création d'un faux par corruption (article 441-1 à 7 ; 441-8 al.1 ; 441-9 du Code pénal)
- Participation à une association de malfaiteurs (article 450-1 du Code pénal)
- Corruption (article 445-1 à 445-4 du Code pénal, abrogeant l'article L152-6 al.2 du Code du travail, conformément à l'article 3 de la loi n°2005-750 du 4 juillet 2005)
- Soustraction ou tentative de soustraction frauduleuse au paiement de l'impôt (article 1741 du Code Général des Impôts)

2° Les personnes ayant fait l'objet, depuis moins de 5 ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions suivantes :

- Travail dissimulé (article L. 324-9 et L. 324-10 du Code du travail)
- Emploi de travailleurs étrangers (article L. 341-6 du Code du travail)
- Marchandage pour la fourniture de main d'œuvre (article L. 125-1 du Code du travail)
- Prêt de main d'œuvre (article L. 125-3 du Code du travail)

3° Les personnes en état de liquidation judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du Code de commerce

Les personnes physiques dont la faillite personnelle, au sens de l'article L. 625-2 du même code, a été prononcée.

Les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger.

Les personnes admises au redressement judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

4° Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date.

Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement.

Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux alinéas précédents ne peuvent être personnellement candidates à un marché.

La liste des impôts et cotisations en cause est fixée dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Pour justifier de sa capacité à soumissionner le candidat doit fournir à l'appui de sa candidature⁶⁹ :

- 1° - Si le candidat fait l'objet d'un redressement judiciaire, la copie du ou des jugements prononcés à cet effet ;
- 2° - Une déclaration sur l'honneur, dûment datée et signée par le candidat pour justifier :
 - Qu'il satisfait aux obligations fiscales et sociales ;
 - Qu'il ne fait pas l'objet d'une interdiction de concourir ;
 - Qu'il n'a pas fait l'objet au cours des 5 dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées précédemment.

69. Articles 17-II des décrets n° 2005-1742 et n° 2005-1308 modifiés.

2) Les exigences quant à l'aptitude des candidats à présenter une offre

La vérification de l'aptitude du candidat à présenter une offre se fonde sur la base de critères basés sur la capacité économique, financière et technique des candidats.

Les articles 17 des décrets disposent que :

“Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité et, si l'objet ou les conditions d'exécution du marché le justifient, à son habilitation préalable, ou sa demande d'habilitation préalable, en application du décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 susvisé [...]”

“Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un 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 doit justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et du fait qu'il en disposera pour l'exécution du marché.”

Pour les pouvoirs adjudicateurs, il peut être exigé des candidats des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché, ces renseignements devant être précisés dans l'avis de marché⁷⁰.

Pour mémoire, la directive 2004/18 (secteurs classiques) comporte une liste exhaustive des références ou des moyens de preuve que les candidats peuvent être obligés de fournir afin d'apporter la preuve de leur aptitude, d'un point de vue technique, en fonction de la nature de l'ampleur et de l'objectif du marché en question. Aussi chaque exigence particulière relative à la capacité technique du candidat, qui est déterminé par le pouvoir adjudicateur, doit être issue d'une des références énumérées dans la directive.

Notons que la directive 2004/17 (secteurs spéciaux) ne fixe pas de critères de sélection mais encadre simplement les modalités de leur détermination. Pour autant, les entités adjudicatrices étant au sens de la directive 2004/18 des pouvoirs adjudicateurs, elles doivent respecter la liste fixée par la directive 2004/18⁷¹.

Il faut enfin souligner que, en adéquation avec les dispositions de la directive 2004/18, peuvent figurer au titre des capacités techniques des renseignements sur le savoir faire des candidats en matière de protection de l'environnement et ce uniquement pour les marchés de travaux et de services⁷². Ceci n'est qu'une possibilité et non une obligation même si, contrairement à la directive, le décret ne limite pas textuellement cette possibilité aux seuls cas appropriés.

III. La sélection des offres

1) L'analyse de la conformité de l'offre

Les décrets⁷³ prévoient que l'adjudicateur peut demander aux candidats, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation, de préciser la part de marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers.

Cependant, il ne pourra être tenu compte de cette information, pour l'attribution du marché que si cette portion de marché sous-traitée constitue un critère d'attribution, expressément qualifié comme tel dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation. Sinon, l'information est donnée à titre indicatif.

L'adjudicateur, avant de rechercher l'offre économiquement la plus avantageuse, doit vérifier la conformité des offres reçues aux exigences qu'il a définies dans l'avis d'appel à la concurrence et les documents de consultation⁷⁴.

⁷⁰. Article 17-I alinéa 2 du décret n° 2005-1742.

⁷¹. Article 54§4 de la directive 2004/17 renvoyant à la liste d'exclusion fixée à l'article 45 de la directive 2004/18.

⁷². Article 48 §2 f de la directive 2004/18 qui prévoit la possibilité d'exiger des candidats “pour les marchés de travaux et de services et uniquement dans les cas appropriés l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de la réalisation du marché”.

⁷³. Articles 20 du décret n° 2005-1742 et 21 du décret n° 2005-1308 modifié.

⁷⁴. Articles 24-I du décret n° 2005-1742 et 29-I du décret n° 2005-1308 modifié.

Il doit donc tout d'abord éliminer les offres non-conformes, qui, malgré une jurisprudence peu abondante, peuvent s'analyser comme des offres en violation d'une disposition impérative et précise des documents de consultation, ne respectant pas des exigences essentielles des documents de consultation, ou affectées de certaines omissions.

A ce stade, l'adjudicateur ne se soucie que de la conformité de l'offre, sans se soucier de son caractère approprié, ou acceptable. En effet, cette qualification se fait au regard des critères établis dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation.

Par ailleurs, si les décrets prévoient que l'adjudicateur peut demander à tous les candidats de compléter leur candidature, en cas de pièces manquantes ou incomplètes, une telle faculté n'est pas ouverte pour l'examen des offres. Dès lors, l'offre ne peut être complétée après sa réception par l'adjudicateur.

2) La détermination des critères d'attribution

Les critères d'attribution du marché sont élaborés afin de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse permettant d'identifier le candidat auquel le marché sera attribué⁷⁵.

Ces critères, ainsi que leur pondération ou hiérarchisation, doivent impérativement être mentionnés dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation⁷⁶. En effet, ils permettent aux candidats de se faire une idée sur les points jugés essentiels par l'adjudicateur. Cette obligation souligne donc l'importance de la phase de définition des besoins.

Les décrets prévoient que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse peut être fondé :

- Uniquement sur le critère du prix ;
- Sur une pluralité de critères⁷⁷ (approche anglo-saxonne).

Si l'adjudicateur décide d'évaluer les offres reçues au regard d'un seul critère, celui-ci est obligatoirement le prix. Le marché sera donc par définition attribué au candidat ayant présenté le prix le plus bas. Cette solution paraît particulièrement adaptée pour des prestations standardisées, pour lesquelles les produits sont pratiquement identiques (exemple : contrats de fournitures courantes). Seul le prix est alors critère de comparaison judicieux.

Si, cependant, l'adjudicateur ne souhaite pas nécessairement retenir l'offre proposant le prix le plus bas, mais prendre en considération d'autres critères, ceci est tout à fait possible. Cette solution est d'ailleurs recommandée pour des prestations pouvant bénéficier de diverses solutions techniques (construction ou prestations intellectuelles).

Les décrets indiquent même à titre indicatif les critères, aussi bien qualitatifs que quantitatifs, pouvant être utilisés. Il s'agit des :

- délai de livraison ou d'exécution,
- coût global d'utilisation,
- rentabilité ;
- qualité,
- caractère esthétique et fonctionnel ;
- caractéristiques environnementales ;
- valeur technique ;
- caractère innovant ;
- service après-vente et l'assistance technique ;
- prix ;
- date de livraison ;
- performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

⁷⁵. Article 14 de l'ordonnance n°2005-649.

⁷⁶. Articles 24-III du décret n° 2005-1742 et 29-III du décret n° 2005-1308 modifié.

⁷⁷. Articles 24-II du décret n° 2005-1742 et 29-II du décret n° 2005-1308 modifié.

Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, et d'autres critères peuvent donc être pris en compte. Cependant, il faudra que ces critères soient justifiés au regard de l'objet du marché. Il faudra également qu'ils soient objectifs, non discriminatoires et compréhensibles.

Il faut noter par ailleurs que les juges ont considéré que lorsque l'adjudicateur a choisi plusieurs critères, il n'est pas obligatoire que le prix en fasse partie⁷⁸. De cette façon, les trois critères d'attribution du marché pouvaient très bien être les qualités esthétiques, la qualité de l'entretien (maintenance et nettoyage) ainsi les qualités techniques du mobilier urbain à acquérir, sans que le prix soit mentionné.

Une fois les critères choisis par l'adjudicateur, il lui faut les pondérer.

En fonction des exigences de l'adjudicateur, chaque critère sera affecté d'un coefficient chiffré.

Cette pondération devra figurer dans l'avis constituant mise en concurrence, dans les documents de consultation, ou dans le programme fonctionnel pour le dialogue compétitif.

Si cette pondération n'est pas possible, il devra être au moins fait mention d'un ordre décroissant d'importance des critères. Cependant, le recours à la hiérarchisation devra pouvoir être justifié par l'impossibilité de recourir à la pondération. Le principe est donc la pondération, et la hiérarchisation l'exception.

Enfin lorsque l'adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des **variantes**⁷⁹. Cette possibilité devra figurer dans l'avis d'appel à la concurrence. A défaut d'indications, pour les pouvoirs adjudicateurs, les variantes sont considérées comme interdites. Cependant, pour les entités adjudicatrices, une telle disposition n'existant pas, il faut considérer qu'en l'absence de mentions contraires, les variantes sont autorisées.

Les documents de consultation mentionneront les exigences minimales que les variantes devront respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales seront prises en considération.

IV. L'attribution du marché

1) Les modalités d'attribution du marché

A. Les pièces à fournir par le candidat retenu

Le candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse est donc retenu. Cependant, avant la signature du marché, il lui faut produire un certain nombre de pièces visées par les décrets⁸⁰. Il s'agit :

- Des pièces prévues aux articles R. 324-4 et R. 324-7 (si le candidat est établi ou domicilié à l'étranger) relatives au travail dissimulé. Il faut noter que ces pièces devront également être communiquées tous les six mois par le candidat durant l'exécution du marché ;
- Des attestations et certificats administratifs prouvant que le candidat a bien satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Si le candidat est établi dans un pays étranger, il fournit les attestations équivalentes. Si ces attestations n'existent pas dans son pays originaire, le candidat les remplace par une déclaration sous serment ou solennelle (devant l'autorité judiciaire ou administrative compétent, un notaire, ou un organisme professionnel qualifié). Ces documents doivent être rédigés en français.

Si le candidat ne fournit pas dans le délai imparti les documents ci-dessus, son offre est rejetée, et il est éliminé. C'est le candidat suivant (selon la classification des offres) auquel il est envisagé d'attribuer le marché, s'il produit lui-même les pièces nécessaires. Le processus se poursuit tant qu'il reste des offres appropriées.

S'il ne reste que des offres inacceptables, c'est-à-dire qui, bien que conformes aux exigences de l'avis d'appel à la concurrence, ne satisfont pas le pouvoir adjudicateur (pour différentes raisons telles que les variantes

⁷⁸. CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse.

⁷⁹. Articles 21 des décrets n°2005-1742 et n°2005-1308 modifié.

⁸⁰. Articles 18 du décret n° 2005-1742 et 19 du décret n° 2005-1308 modifié.

proposées, ou les obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement...), la procédure peut être déclarée sans suite ou infructueuse⁸¹.

B. Le rapport de présentation

L'élaboration d'un rapport de présentation de la procédure effectuée est obligatoire pour les pouvoirs adjudicateurs, alors que les entités adjudicatrices peuvent s'en passer.

Ce rapport doit présenter le déroulement des différentes phases de la procédure et notamment :

- 1° - Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché, de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique ;
- 2° - Le nom des candidats retenus et les motifs de ce choix ;
- 3° - Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
- 4° - Les motifs du rejet des offres jugées anormalement basses ;
- 5° - Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si elle est connue, la part du marché ou de l'accord-cadre que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers ;
- 6° - En ce qui concerne les procédures négociées, la justification du recours à ces procédures ;
- 7° - En ce qui concerne le dialogue compétitif, la justification du recours à cette procédure ;
- 8° - Le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique ;
- 9° - Le cas échéant, l'indication que des fournitures proviennent d'un pays membre de l'Union européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

En cas de procédure dématérialisée, le pouvoir adjudicateur fournit, en outre, toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique.⁸²

Ce rapport devra être communiqué, en même temps que le marché, aux organismes publics. Cependant, cette disposition ne concerne pas les Sem dont les actes ne sont pas soumis au contrôle de légalité. Néanmoins, ce document devra être communiqué à la Commission européenne si celle-ci en fait la demande.

C. L'avis d'attribution du marché

Cet avis est obligatoire pour les marchés passés selon une des procédures formalisées prévues par les décrets, qu'il s'agisse donc des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices. Il est également requis pour les marchés de services "allégés" de l'article 9 des décrets, de plus de 210 000 € pour les pouvoirs adjudicateurs, et de plus de 420 000 € pour les entités adjudicatrices⁸³.

Cette obligation ne concerne pas les marchés fondés sur un accord-cadre. D'autre part, pour les marchés passés au moyen d'un système d'acquisition dynamique, l'adjudicateur peut décider d'émettre un avis d'attribution après la passation de chaque marché, ou bien un seul avis global d'attribution, chaque trimestre.

Cet avis d'attribution du marché se fonde sur le modèle communautaire et doit être adressé pour publication au Journal officiel de l'Union européenne. Cet envoi doit se faire dans un délai de quarante-huit jours pour les pouvoirs adjudicateurs et de deux mois pour les entités adjudicatrices après la notification du marché ou de l'accord-cadre (ou après la fin de chaque trimestre, pour le système de l'acquisition dynamique, si cette solution a été retenue).

⁸¹. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ne semble pas pouvoir recourir à la procédure négociée, selon les termes de l'article 33 du décret n° 2005-1742. Cependant, l'article 30 de la directive 2004/18 permet, elle, l'ouverture d'une procédure négociée avec publicité "en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 4, 24, 25, 27 et celles du chapitre VII". Aussi, l'impossibilité du décret apparaît comme une erreur de transposition, à rectifier lors de la publication, d'un décret "balai", venant compléter les décrets déjà existants.

⁸². Article 45 du décret n° 2005-1742.

⁸³. Articles 47 du décret n° 2005-1742 du et 45 du décret n° 2005-1308 modifié.

Pour les marchés passés selon les articles 9 des décrets, l'avis d'attribution est envoyé à Office des publications officielles de l'Union européenne et l'adjudicateur précise s'il autorise ou pas sa publication.

D'autre part, certaines informations relatives au marché peuvent ne pas être publiées dans l'avis d'attribution, au regard du caractère commercial sensible du marché, ou, pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsque "leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des candidats ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci."

Enfin, concernant les entités adjudicatrices qui ont choisi la procédure négociée sans mise en concurrence pour des marchés de services de recherche et de développement, elles peuvent limiter les informations fournies sur la nature et la quantité des services fournis, dans la mention "services de recherche et de développement".

Toutefois, si ces mêmes marchés de service de recherche et de développement ne peuvent pas être passés selon une procédure négociée sans mise en concurrence, les informations relatives à la nature et à la quantité de ces services ne peuvent être limitées que "lorsque des préoccupations de secret commercial rendent cette précaution nécessaire".

Dans ce cas, l'entité adjudicatrice doit au moins mentionner les informations qui figurent dans l'avis d'appel à la concurrence.

2) L'obligation d'information des candidats évincés

Les décrets⁸⁴ encadrent l'obligation d'information des candidats évincés. En effet, l'adjudicateur "avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant succinctement les motifs de ce rejet".

La signature du marché ne peut ensuite intervenir qu'au terme d'un délai de dix jours à compter de cette notification.

Par ailleurs, et seulement sur demande d'un candidat évincé, l'adjudicateur est tenu de communiquer les motifs détaillés du rejet de la candidature ou de l'offre du candidat en question. Si le candidat a proposé une offre conforme aux exigences prévues par les documents de la consultation, il pourra également demander pour information les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché.

Toutefois, si ces informations sont intégrées dans l'avis d'attribution, le candidat se dispense alors de les demander.

Ces communications sur demande doivent intervenir dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande écrite⁸⁵.

Il faut noter que, même en dessous des seuils, certains principes généraux de la commande publique restent applicables, comme le requiert l'article 6⁸⁶ de l'ordonnance 6 juin 2005. Il s'agit des principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Cette dernière obligation de transparence des procédures peut notamment conduire la Sem à devoir informer succinctement tout candidat évincé des raisons pour lesquelles son offre a été écartée.

Ainsi, bien que cette obligation ne soit pas clairement énoncée de la même façon que pour les procédures formalisées, on peut considérer qu'un candidat évincé dispose du droit de connaître les raisons, même de façon succincte, du rejet de son offre.

D'autre part, les documents des Sem constituent des documents administratifs, dès lors qu'ils sont liés, par leur nature, leur objet, ou leur utilisation, à la gestion du service public dont elles ont la charge. Cette

⁸⁴. Articles 46-I du décret n° 2005-1742 et 44-I du décret n° 2005-1308 modifié.

⁸⁵. Articles 46-III du décret n° 2005-1742 et 44-III du décret n° 2005-1308 modifié.

⁸⁶. Article 6 de l'ordonnance n° 2005-649 : "les marchés et accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics".

⁸⁷. Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF du 18 juillet 1978. Loi modifiée par l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 art. 2, art. 3, art. 4, JORF 7 juin 2005.

qualification de document administratif emporte application de la loi du 17 juillet 1978⁸⁷ qui les soumet au droit d'accès. Au contraire, les documents qui se rattachent à l'activité privée de la société ne sont pas considérés comme des documents administratifs et n'entrent pas dans le champ d'application de la loi.

Ainsi, un marché conclu par une Sem dans le cadre de sa mission de service public devra donc être communiqué lorsque la demande en est faite. Mais il peut en aller de même pour les documents annexes de ce marché, liés eux aussi à la gestion du service public.

En effet, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) a considéré le 18 décembre 2003 que la communication, à un candidat évincé, des motifs ayant conduit la commission d'appel d'offres à ne pas lui attribuer le marché ne suffisait pas.

En effet, si le candidat le demande, de nouvelles pièces doivent lui être fournies telles que l'ensemble des procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres (notamment les procès-verbaux de la séance d'ouverture des plis et de la réunion à l'issue de laquelle il a été procédé au choix de l'attributaire), l'acte d'engagement, le bordereau des prix ou le devis descriptif et estimatif. Il s'agissait en l'espèce d'un marché public, mais par analogie, cette décision peut être étendue aux marchés des Sem, lorsqu'ils sont liés à l'exécution de leur mission de service public.

En conclusion, il faut noter que dans tous les cas, le droit de communication est à concilier avec le secret en matière industrielle et commerciale visé à l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, et repris aux articles 46-IV du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs et 44-IV du décret relatif aux entités adjudicatrices.

Pour exemple, le détail des offres des entreprises non retenues et l'appréciation portée sont couverts par ce secret⁸⁸. Concernant le rapport et les avis, la CADA estime que les informations relatives aux analyses techniques et au prix des offres autres que celles de l'attributaire du marché et de l'entreprise qui a fait la demande de communication doivent être occultées.

Enfin, les décrets prévoient également que cette information doit être refusée lorsqu'elle serait contraire à l'ordre public ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

3) Transparence des candidats vis-à-vis de l'adjudicateur :

Un décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005⁸⁹ est venu renforcer la transparence entre le cocontractant et l'adjudicateur en multipliant les documents à produire au stade de l'exécution du marché.

En effet, l'article R. 324-4 du Code du travail, tel que modifié par le décret susvisé introduit des obligations nouvelles qu'il appartiendra aux Sem de faire respecter ("se fait remettre") et qui les conduit à exiger de leur cocontractant, **tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché**, les documents suivants :

- Une attestation de fourniture de déclarations sociales datant de moins de six mois (article R. 324-4-1°- a). Durant l'exécution du marché, l'acheteur public est donc fondé à demander à son cocontractant une attestation spécifique de l'URSSAF à chaque fois qu'une période supplémentaire de six mois s'est écoulée, et ce, jusqu'à la fin de l'exécution du marché ;
- Une attestation sur l'honneur de la réalisation du travail par des salariés employés régulièrement lorsque le cocontractant emploie des salariés (article R. 324-4-3°).

Concernant l'attestation sur l'honneur du dépôt auprès de l'administration fiscale, à la date de l'attestation, de l'ensemble des déclarations fiscales obligatoires (article R. 324-4-1°-b), l'attestation sur l'honneur doit être produite tous les six mois, sauf si, compte tenu du caractère annuel des déclarations fiscales, cela conduit à représenter une attestation déjà fournie par le titulaire du marché.

Quant au risque encouru par une Sem s'abstenant de vérifier la situation de son cocontractant, celui-ci est de deux types : l'un civil, l'autre pénal.

⁸⁸. Conseil, séance du 18 décembre 2003.

⁸⁹. Décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005 relatif au travail dissimulé et modifiant le Code du travail, JORF du 29 octobre 2005.

Si le cocontractant fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé, la Sem défaillante au regard des vérifications de l'article R. 324-4 du Code du travail serait tenue solidairement avec son cocontractant du paiement des dettes sociales et fiscales de ce dernier et du paiement des rémunérations des salariés⁹⁰.

La Sem peut également être personnellement poursuivie pour délit de travail dissimulé⁹¹.

Les Sem devront donc veiller à vérifier régulièrement la situation de leurs cocontractants, afin de ne pas s'exposer à de tels risques.

⁹⁰. Article L. 324-14 du Code du travail.

⁹¹. Article L. 324-13-1 du Code du travail.

Une Sem est-elle un pouvoir adjudicateur ?

Selon l'article premier de la **directive 2004/18 du 31 mars 2004** relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, fournitures et services, *"sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de des collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public"*.

La directive définit **un organisme de droit public** comme étant un organisme *"créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; doté de la personnalité juridique ; et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public"*.

L'objectif de la directive est *"d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques"* (CJCE, 12/12/2002, Universale-Bau AG, C-470-99) et ainsi soumettre à l'application des directives les organismes échappant aux contraintes du marché.

La définition d'organisme de droit public est assez imprécise, ses termes ont été précisés par le juge communautaire. Dans l'arrêt de la CJCE du 27 février 2003 (CJCE, 27 fév.2003, Adolf Truley GmbH, C-373/00) il est rappelé par le juge communautaire que la **notion d'organisme doit être interprétée dans un sens large**, car cette notion conditionne l'applicabilité des dispositions relatives à l'ouverture à la concurrence des marchés publics. Pour être qualifié de pouvoir adjudicateur il faut donc une dépendance étroite par le mode de financement, de gestion ou de contrôle de l'Etat, collectivités territoriales ou d'autres pouvoirs adjudicateurs et la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. La CJCE considère ces **critères** comme **cumulatifs** (CJCE, 10 nov.1998, BFI holding, C-360/96).

Pour la CJCE, **l'influence dominante** était constituée, de manière plus diffuse, lorsque le pouvoir adjudicateur détient un pouvoir de surveillance sur la manière dont est dirigée l'organisme concerné, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une réelle immixtion dans la direction (concl.CJCE, 01/02/2001, Commission c/ France, C-237/99).

Pour déterminer si un organisme satisfait un **besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial** il faut d'abord voir si les activités en cause au principal répondent à un besoin d'intérêt général, puis si les besoins revêtent ou non un caractère industriel ou commercial.

La qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance de la satisfaction de besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné. Le fait que l'organisme soit également chargé d'activités industrielles et commerciales importe peu même si ces dernières sont majoritaires tant qu'il a été créé pour satisfaire des besoins d'IG ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (CJCE, 15/01/1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG, C-44/96).

Concernant le caractère d'intérêt général, la **notion de besoin d'intérêt général** est considérée comme **autonome**, et indépendante des différentes qualifications des Etats membres. Cette notion n'est présente ni dans le traité ni dans le droit dérivé. Il est revenu à la Cour de la fixer et de la préciser. La cour a procédé par énumération de besoins divers qu'elle a considéré comme relevant de l'intérêt général comme l'enlèvement des ordures ménagères (BFI holding) ; la production de documents administratifs (Mannesmann) ; les activités de pompes funèbres (CJCE, 27/02/2003, Adolf Truley).

La CJCE a considéré que c'est l'objectif ultime de création de l'entité en cause qui est souvent décisif pour la qualification (CJCE, 22 mai 2003, C-18/01). Dans cet arrêt, une question préjudicielle a été posée par le

conseil de la concurrence finlandais sur la qualification d'organisme de droit public pour une société, sous la forme d'une SA, dont le capital est détenu à 100% par une collectivité, ainsi que les droits de vote. Le critère d'une influence dominante n'a pas posé de problème ici, mais c'est celui de l'activité de l'organisme qui a soulevé des questions.

La société avait été créée pour acheter, vendre et louer des biens immobiliers et fournir des services de gestion immobilière et d'autres prestations connexes nécessaires pour l'administration des biens. Il s'agissait ici pour la société de faire construire des immeubles devant être loués à des entreprises et non de servir directement l'intérêt général. Mais la cour a considéré que cela relevait de l'intérêt général car l'activité entraînait dans le projet de la collectivité de créer un pôle de développement économique. L'intérêt général était ici économique. Cette décision montre la conception large donnée à la notion d'organisme de droit public.

Dans l'arrêt Agorà du 10 mai 2001 (C-233/99), la cour a considéré que l'activité d'organisation de foires et d'expositions relevait de l'intérêt général car cela favorisait les échanges économiques.

Pour déterminer l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général il faut tenir compte d'éléments juridiques et factuels comme les circonstances de la création de l'organisme et les conditions d'exercice de son activité (arrêt Adolf Truley). Pour les SEML on regardera également leurs statuts et leur objet social.

En plus de ce caractère d'intérêt général, il faut que la mission de l'organisme concerné ait **un caractère autre qu'industriel et commercial**, car seuls les organismes créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général autres qu'industriel ou commercial sont des pouvoirs adjudicateurs.

Selon la jurisprudence communautaire constante sur ce point, les besoins d'intérêt général autres qu'industriel ou commercial, sont les *"besoins qui sont satisfaits d'une manière ou d'une autre par l'offre de biens ou de services sur le marché, et que pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence dominante"* (BFI holding).

La définition des besoins d'IG d'un caractère autre qu'industriel ou commercial dépend donc de la manière dont un Etat va organiser l'activité en cause.

Les juges nationaux auront recours à la technique du faisceau d'indices pour déterminer la nature des besoins satisfaits par l'organisme en cause et regarder les circonstances de sa création, l'absence ou la poursuite d'un but lucratif à titre principal, le caractère concurrentiel ou non de l'environnement de l'activité concernée, mais aussi l'extension possible du champ d'activité de l'organisme par un pouvoir adjudicateur.

Selon l'arrêt précité BFI holding, *"l'existence d'une concurrence développée ne permet pas à elle seule de conclure à l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial"*. La concurrence ne suffit pas il faut également regarder dans quelles conditions l'organisme exerce ses activités. Et l'absence de concurrence n'est pas une condition nécessaire pour la définition d'un organisme de droit public (Agorà).

Il faut également vérifier que l'organisme *"opère dans des conditions normales de marché"* c'est à dire qu'il doit poursuivre *"un but lucratif et supporter les pertes liées à l'exercice de son activité"* (CJCE, 22 mai 2003, C-18/01). Dans ce même arrêt, même si la recherche du profit est considérée comme un indice important pour déterminer si un organisme opère dans les conditions normales du marché et ainsi pouvoir le qualifier de pouvoir adjudicateur, c'est **le critère du risque économique** qui est primordial et utilisé pour qualifier la nature des besoins satisfaits.

En effet, il est précisé dans cet arrêt du 22 mai 2003 que *"les collectivités locales auxquelles l'organisme concerné appartient permettront rarement qu'un tel événement faillite se produise et procéderont, le cas échéant, à une recapitalisation de la société afin qu'elle puisse continuer à assumer les tâches pour lesquelles elle a été créée, à savoir, essentiellement, l'amélioration des conditions d'exercice de l'activité économique dans la collectivité territoriale concernée"*.

Si tel est le cas, l'activité exercée par l'organisme en cause n'est pas exercée dans des conditions normales du marché et cet organisme est qualifié de pouvoir adjudicateur.

L'absence de prise en charge des risques liés à l'activité poursuivie ainsi que le financement public éventuel de l'activité sont des critères opérants pour déterminer que le besoin satisfait est autre qu'industriel ou commercial. Le critère du risque d'exploitation devient un critère d'identification du pouvoir adjudicateur.

Comment calculer les seuils ?

Ces seuils sont énoncés à l'article 7 du décret n° 2005-1742 :

- 210 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services
- 5 270 000 € HT pour les marchés de travaux

Ces seuils sont les mêmes qu'il s'agisse de la mise en concurrence ou de la publicité.

Afin de pouvoir mettre en application ces seuils, l'Ordonnance du 6 juin 2005, en son article 9, renvoie au décret n° 2005-1742 pour la définition de la méthode de calcul de la valeur estimée d'un marché (article 11).

Les principes retenus pour l'appréciation de ces seuils renvoient aux directives 200/18 et 2004/17 ainsi qu'au Code des marchés publics de 2004.

Il est important de préciser préalablement que cette notion d'appréciation de la valeur estimée des marchés est une notion importante qui a pour objet de définir les seuils qui vont déterminer la procédure de passation des marchés de travaux et de fournitures ou services homogènes nécessaires à la satisfaction du besoin du maître d'ouvrage.

En cas d'erreur les conséquences sont graves puisque les procédures antérieures lancées sous l'empire d'un seuil inadapté sont irrégulières et contestables.

De plus, il est à préciser que la règle de passation des marchés qui résulte de ce seuil sera applicable à tous les marchés de travaux, fournitures ou services homogènes nécessaires à la satisfaction du besoin, quelque soit le nombre de marchés conclus, leur montant et le nombre d'opérateurs économiques.

Il convient, dès lors d'étudier plus en détail les méthodes de calcul retenues pour chacun des types de marchés.

1. Les marchés de travaux

L'article 11 stipule que "sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ainsi que la valeur des fournitures et services nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à disposition de l'opérateur".

a) La signification de la notion "d'opération de travaux"

Comme le précise l'article 11 I° 2^{ème} alinéa : "Il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur 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".

Cette définition est relativement complexe et entraîne de multiples interrogations comme par exemple :

- Comment calculer une période de temps ?
- En quoi consiste un périmètre limité ?
- Qu'entend-t-on par l'emploi des termes unité fonctionnelle, technique ou économique ?

Ces questions demeurent alors même que la jurisprudence est très incertaine sur la notion d'opération de travaux.

En effet, il a été jugé par le Conseil d'Etat que la passation de quatre marchés pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune constituait une même opération de travaux⁹².

Quelques années plus tard, le Conseil d'Etat a jugé de la même façon que des travaux d'étanchéité et de peintures sur deux châteaux d'eau effectués par un syndicat relevaient d'une même opération puisqu'ils portaient sur des ouvrages avec un objet identique⁹³.

Toutefois, a contrario, le même Conseil d'Etat a jugé que des travaux de grosses réparations portant sur plusieurs collèges passés par le même maître d'ouvrage et exécutés pendant la même période ne relevaient pas de la même opération de travaux aux motifs que ces travaux se réalisaient selon des combinaisons différentes, des

92. CE 26 septembre 1994, Préfet de l'Eure et Loire.

93. CE 8 février 1999, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine.

corps de métiers variés en faisant appel à des techniques différentes et dépendaient de la nature, de la date de construction et de la configuration des bâtiments concernées⁹⁴.

La CJCE s'est elle aussi prononcée sur le sujet en jugeant que pour déterminer si des travaux d'entretien et d'extension sur des réseaux existants devaient être regardés comme portant sur un ouvrage unique, ou des ouvrages distincts, il convenait d'apprécier la fonction économique et technique que remplissaient ces réseaux. Ainsi, s'il n'existait qu'un seul réseau de distribution électrique, il existait autant de réseaux d'éclairage public, dès lors que ces réseaux ne sont pas, d'un point de vue technique, nécessairement interdépendant.

La dissociabilité technique des ouvrages pour leur fonctionnement a servi de critères pour l'appréciation de la notion d'ouvrage⁹⁵.

Ces divers arrêts démontrent que de plus en plus la notion d'opération de travaux s'appuie sur des appréciations concrètes, techniques et de faits. L'incursion de ces différents éléments associés aux autres critères de temps, de lieu devrait permettre de fixer les limites raisonnables à définir au cas par cas pour caractériser l'opération de travaux.

b) La prise en compte des fournitures et services mis à disposition de l'entreprise

Désormais, dans le montant des travaux il faudra prendre en compte, pour l'appréciation du seuil fixant la règle de passation du ou des contrats, "les fournitures et services qui seront nécessaires à la réalisation de l'ouvrage et que le pouvoir adjudicateur mettra à la disposition de l'entreprise".

Par conséquent, si le maître d'ouvrage dispose de matériel type matériel d'éclairage ou matériel devant être inclus dans l'opération de travaux mis à disposition de l'entreprise titulaire du marché, la valeur de ce matériel devra être pris en compte pour apprécier le seuil qui déterminera la règle de passation du marché d'éclairage.

Par conséquent, on peut dire que le décret impose aux pouvoirs adjudicateurs de raisonner par opération, en globalisant tous les travaux se rapportant à une même opération et en additionnant à cela la valeur des fournitures et services nécessaires à leur réalisation.

Si le montant cumulé est supérieur à 5 270 000 € HT, chacun des marchés de travaux devra être passé selon les dispositions contenues par le présent décret.

2. Les marchés de fournitures ou de services

L'article 11 I 2° stipule que "en ce qui concerne les fournitures et les services, pour évaluer le montant des besoins à comparer aux seuils, il est procédé à **une estimation de 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.**

La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret. Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, présentant un caractère de régularité et répondant à un ou plusieurs besoins, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année".

Le pouvoir adjudicateur peut ainsi, pour apprécier le caractère homogène d'une prestation de service ou d'une fourniture, retenir soit les caractéristiques propres, soit l'unité fonctionnelle.

La règle étant posée, la difficulté consiste à définir les contours de ces notions qui peuvent conduire à différentes interprétations. En effet, si l'ordonnance précise dans son article 10 que le pouvoir adjudicateur doit avoir défini ses besoins, le décret n'apporte aucune précision complémentaire et il n'existe pas, comme dans l'article 5-II du Code des marchés publics relatif à la détermination des besoins à satisfaire, de mention expresse de la possibilité pour "l'autorité compétente" de déterminer "le niveau auquel les besoins sont évalués".

Comme dans les marchés de travaux, une mauvaise appréciation du caractère homogène des prestations ou un fractionnement de celle-ci place les contrats conclus dans l'insécurité juridique.

94. CE 16 mai 2003, *Ministre de l'Intérieur c/ Département des Hautes Pyrénées*.

95. CJCE 5 octobre 2000.

Compte tenu de l'imprécision des textes, il convient de s'intéresser à la jurisprudence, qui n'est, pas pour le moment, très importante sur le sujet.

Tout d'abord, la Cour administrative d'appel de Paris a jugé que le contrat de location avec option d'achat est une opération unique de fournitures non dissociable et distinctes des autres besoins de la personne publique⁹⁶.

Dans un autre arrêt la même Cour administrative d'appel de Paris a estimé que le seuil définissant la règle de passation du marché de services devait prendre en compte des marchés conclus l'année précédente entre les mêmes parties et portant sur le même objet⁹⁷.

Toutefois, dans le cadre d'une campagne de communication, la Cour administrative d'appel de Marseille a estimé que la collectivité ayant commandé plusieurs types de produits et services dont le montant cumulé dépassait le seuil de l'obligation d'appel d'offres, il n'y avait pas lieu de cumuler l'ensemble des prestations eu égard à la diversité de nature des produits et services et que cela ne constituait pas une opération unique⁹⁸.

Il est important de relever que, pour l'heure, le Conseil d'Etat n'a toujours pas été saisi sur ce point, par conséquent aucune interprétation de principe ne peut être tirée de ces diverses solutions jurisprudentielles.

Au regard de ces éléments, on ne peut que conseiller aux pouvoirs adjudicateurs de se pourvoir d'une règle interne sur la méthodologie d'appréciation des seuils des divers marchés à conclure selon les caractéristiques des projets à réaliser. Ces règles fixées au démarrage des projets devront être écrites et conservées, pour garantir la traçabilité et la transparence de la méthode utilisée et pour permettre au pouvoir adjudicateur de se justifier en cas de contrôle ou de contentieux.

3. *Le cas des marchés à lots séparés et des petits lots*

Après avoir défini les méthodes de computation des seuils des marchés de travaux, de fournitures et de services, l'article 11 II du décret précise la méthode de calcul de la valeur estimée des marchés à lots séparés et des lots à faible montant ou "petits lots".

- Dans le cas d'un **marché à lots séparés**, le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte, pour déterminer le seuil de mise en concurrence, le montant de la totalité des lots.

Une fois ce montant déterminé, le pouvoir adjudicateur a le choix entre la mise en œuvre d'une procédure unique de mise en concurrence pour tous les lots ou une procédure propre à chaque lot.

Mais si la valeur cumulée de tous les lots est supérieure aux seuils de mise en concurrence, la procédure sera une des procédures formalisées définies à l'article 7 du décret n° 2005-1742.

- Pour les **lots inférieurs à 80 000 € HT** dans le cas de marchés de fournitures et de services et pour les **lots inférieurs à 1 000 000 € HT** dans le cas de marché de travaux, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de mettre en œuvre la procédure librement définie de l'article 10 du décret n° 2005-1742, sous réserve que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la totalité des lots.

Nous pouvons souligner que le décret n° 2005-1742 ne prévoit pas, contrairement au Code des marchés publics, la possibilité de mettre en œuvre la procédure de l'article 10 pour les lots infructueux ou sans suite et pour les lots inachevés suite à la résiliation du marché initial, une incertitude demeure dans ces hypothèses.

⁹⁶. CAA Paris 24 mars 2003, CEPME.

⁹⁷. CAA Paris 22 juin 2004, Commune de Bussy-Saint-Georges.

⁹⁸. CAA Marseille 27 avril 2004, Commune de Nice.

Comment évaluer les offres ?

LES ÉTAPES D'ÉVALUATION DES OFFRES EN VUE DE L'ATTRIBUTION DU MARCHÉ :

- 1 - Définition des critères ;
- 2 - Détermination de l'ordre d'importance des critères ;
- 3 - Pondération des critères relatifs aux qualités de l'offre ;
- 4 - Détermination de la valeur relative des critères qualités et du critère du prix ;
- 5 - Etablissement d'une grille de notation ;
- 6 - Notation ;
- 7 - Détermination de la meilleure offre.

"Hiérarchisation et pondération des critères : aperçu documentaire" par Laurent RICHER, Contrats Publics, n°39 – décembre 2004

DÉFINITION DES CRITÈRES

Les critères devront résulter d'une analyse technique et économique ;

Les critères devront permettre :

- De répondre aux besoins à satisfaire ;
- Un jugement simple et efficace de l'offre aux regards de ses besoins ;

Le choix des critères devra prendre en compte l'état de l'offre sur le marché : il est inutile d'introduire des critères auxquels tous les candidats satisferont ou à l'inverse auxquels aucun candidat ne satisfera ;

Il faudra analyser le contenu de chaque critère.

Pondération et hiérarchisation des critères

Tant pour les entités adjudicatrices⁹⁹ que pour les pouvoirs adjudicateurs¹⁰⁰, il est prévu qu'en cas d'attribution d'un marché sur la base de plusieurs critères, ceux-ci doivent préciser la pondération relative attribuée à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié.

Ce n'est que lorsque la pondération est impossible pour des raisons démontrables que la hiérarchisation, soit l'indication des critères par ordre décroissant d'importance, est utilisable.

En tout état de cause, la pondération, ou à défaut, la hiérarchisation doivent être indiquées soit dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence, soit dans le document de consultation, soit, dans le cadre d'un dialogue compétitif, dans le programme fonctionnel.

Dès lors, la technique de pondération est **la norme** et ce n'est qu'en cas d'impossibilité dûment démontrée que l'adjudicateur aura recours au système de hiérarchisation.

Cette formulation est, contrairement à celle du code des marchés publics, en totale conformité avec les dispositions de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

De même, le corpus réglementaire prévoit l'obligation de publier en plus des critères leur grille d'évaluation (pondération ou à défaut hiérarchisation) et ce afin d'assurer une totale transparence dans l'attribution des marchés. Il se conforme ainsi aux préconisations de la CJCE¹⁰¹.

⁹⁹. Article 29 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 modifié.

¹⁰⁰. Article 24 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

¹⁰¹. CJCE 12 décembre 2002, Universal-Bau AG, aff. C-470/99.

Hiérarchisation :

La hiérarchisation consiste en un classement absolu par ordre de préférence et de subordination.

Elle relève d'une logique particulière fondée sur l'appréciation hiérarchisée des critères classés par ordre d'importance décroissante.

Les critères sont analysés indépendamment les uns des autres. L'attributaire sera celui issu de l'analyse des critères classés par ordre de préférence ;

Dans un souci de cohérence et de transparence, cet ordre doit être strictement respecté. Le classement, hermétique et stratifié, lie contractuellement l'adjudicateur. Son irrespect correspond à une violation des normes définies par l'avis de marché et par ce fait entraîne l'irrégularité de la procédure.

Si le prix est placé en première position, la hiérarchisation favorise le moins-disant.

Inconvénient :

Le risque avec un tel système est de voir une prédétermination du classement final des candidats. Ce système est assez souple, laissant une grande marge d'appréciation sur chaque critère.

De plus, la preuve du respect de ce classement est dure à apporter.

Pondération :

Détermination par avance du poids relatif donné à chacun des critères dans l'analyse de l'offre.

Selon Lucie Delafon : *“la somme pondérée est relative et totalement compensatoire. Les critères sont mis en balance les uns avec les autres. L'offre est évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. Chaque élément pèse un certains poids dans la balance globale.*

Par exemple :

- L'offre globale pèse 100
- Le critère de prix pèse 40,
- La valeur technique pèse 30
- Les délais de livraisons pèsent 30
- Le marché sera attribué à l'entreprise dont l'offre s'approche le plus de 100”.

Intérêt :

La pondération permet de choisir le mieux-disant en déterminant l'offre réellement économiquement la plus avantageuse.

Elle favorise la transparence dans l'analyse des offres permettant ainsi aux opérateurs économiques de déterminer avec précision l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de l'offre.

Introduction davantage d'objectivité dans le poids respectif des critères par l'application d'une stricte règle mathématique, la subjectivité restant dans la note attribuée pour chaque critère.

Inconvénient :

La pondération oblige à accepter une qualité globale moyenne, en raison du système de compensation globale des critères.

Afin que la pondération ne constitue pas une hiérarchisation déguisée, il faudra choisir soigneusement le poids de chaque critère et veiller à ce que les écarts ne soient pas trop importants.

Ainsi, si le prix se voit attribué un poids de 95% dans l'analyse globale de l'offre et la valeur technique 4% et le délai 1%, la pondération est naturellement annihilée.

Classement des critères par hiérarchisation :

Classement des critères par ordre décroissant d'importance		OFFRE A	OFFRE B	OFFRE C
1	PRIX	1	2	3
2	VALEUR TECHNIQUE	3	2	1
3	DELAI DE LIVRAISON	1	3	2
CLASSEMENT FINAL		1 ÈRE	2 ÈME	3 ÈME

CRITÈRES	VALEUR	OFFRE A	OFFRE B	OFFRE C
PRIX	40%	40	30	25
VALEUR TECHNIQUE	30%	5	20	30
DÉLAI DE LIVRAISON	30%	30	20	25
PONDÉRATION DES OFFRES		75	70	80
CLASSEMENT FINAL		1 ÈRE	2 ÈME	3 ÈME

Une nouveauté : les clauses environnementales et sociales

Cet aspect est totalement nouveau dans le droit national pour les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ancienne loi Sapin. La prise en compte des aspects environnementaux et sociaux découle directement des dispositions des directives 2004/17 et 2004/18.

En effet, l'article 14 du Code actuel prévoit déjà que **"la définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels"**.

La prise en compte de l'environnement est affirmée par les directives dès leurs préambules. Le considérant 5 de la directive 2004/18 énonce tout d'abord qu'elles ont pour objet "de clarifier comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable". Les directives communautaires précisent également que la sauvegarde de l'environnement peut être prise en compte dans la phase de définition des besoins et inscrite dans le cahier des charges. La référence aux eco labels est possible et les conditions d'exécution du marché peuvent avoir pour objet de protéger l'environnement.

Au stade de la sélection des candidatures, les directives permettent aux adjudicateurs d'apprécier la qualité technique et/ou professionnelle des candidats au regard des normes européennes de gestion environnementale, dites EMAS. Pour ce qui relève de la sélection des offres, les directives laissent libres les adjudicateurs de fixer des critères relatifs aux caractéristiques environnementales du produit ou du service objet de la consultation à la condition du respect des limites fixées par la CJCE¹⁰² : les critères doivent être liés à l'objet du marchés en doivent pas conférer à l'adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, être expressément mentionnées dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et doivent plus largement respecter les principes de non discrimination.

L'insertion sociale figure également dans les textes communautaires, mais de manière moins forte que les aspects environnementaux. Les Etats-membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation des marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

Les directives ajoutent que les conditions d'exécution d'un marché peuvent avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage.

Contrairement à ce qui est prévu pour les considérations environnementales, les directives restent muettes sur une possible prise en compte des préoccupations sociales tant au stade de la sélection des candidatures que pour l'attribution définitive du marché.

Dans l'ordonnance du 6 juin 2005 et dans ses décrets de transposition :

Les dispositions ayant trait aux considérations environnementales et sociales sont contenues dans les deux décrets relatifs aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices. Les dispositions sont relativement similaires, à quelques exceptions près.

- 1) **En matière de spécifications techniques, et plus précisément sous la forme de performances ou d'exigences fonctionnelles** (telles que défini par l'article 2-I-2° des décrets), quand ces dernières comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un éco label, tel que défini par l'article 3 des décrets.
- 2) **Les décrets précisent en outre que "les conditions" d'exécution d'un marché ou d'un accord cadre** peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental "visant notamment à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement".

Ces éléments particuliers :

- **Doivent** être précisés dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation.
- **Ne doivent pas** avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

¹⁰². CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99.

- 3) **Au niveau de la présentation des candidatures**, l'article 17-I du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs et l'article 18-I du décret relatif aux entités adjudicatrices précisent que les adjudicateurs, pour les marchés de travaux et de services qui le justifient, peuvent exiger la production de attestant la capacité des candidats à appliquer des mesures de gestion environnementales pour l'exécution des marchés.

Les niveaux de capacité doivent toujours être liés et justifiés par l'objet du marché. Ces certificats, établis par des organismes indépendants, sont fondés sur le système communautaire de management environnemental et d'audit EMAS ou sur les normes internationales ou européennes de gestion environnementale.

Ce système vise à promouvoir une amélioration continue des résultats environnementaux de toutes les organisations européennes, quel que soit leur secteur, en organisant et en mettant en œuvre des systèmes de management environnementaux évalués objectivement et périodiquement, en organisant la formation et la participation active du personnel l'information du public et des autres parties intéressées (Règlement CE n°761/2001 du Parlement et du Conseil du 19 mars 2001).

- 4) **Au stade de la sélection des candidatures**, l'adjudicateur sélectionne le ou les candidats en fonction des certificats ou qualité minimale ainsi qu'en fonction des critères fixés dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation (article 24 du décret relatif aux pouvoirs adjudicateurs et article 28 du décret relatif aux entités adjudicatrices).

- 5) **Au stade de l'attribution des marchés** le pouvoir adjudicateur peut se fonder sur une pluralité de critères, dont les critères environnementaux et sociaux (article 24 du décret sur les pouvoirs adjudicateurs). En revanche, le décret concernant les entités adjudicatrices ne prévoit pas expressément le critère social (article 29). Cependant, les deux dispositions précisent bien que "d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché".

Lexique

Accord-cadre

Un accord-cadre correspond à un accord conclu entre un et ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, qui concerne notamment le prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Archivage

L'archivage est le fait de mettre des fichiers, généralement sous forme compressée, dans une archive et d'assurer la conservation de documents sur une longue durée (3, 5, 10, 30, 60, voir 100 ans).

Autorité compétente

L'autorité compétente détermine le niveau auquel les besoins de fournitures et services sont évalués. Elle est déterminée en fonction des textes statutaires propres. Elle peut être le directeur, le président du conseil d'administration ou une autre entité prévue dans les statuts de l'établissement.

Avis d'attribution

L'avis d'attribution est un document publié par la personne publique destiné à annoncer le candidat retenu à un marché.

Candidat

Un candidat est une personne physique ou morale qui sollicite une invitation à participer à une procédure. Le candidat retenu devient le titulaire du marché.

Centrale d'achat

Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui acquiert des fournitures et/ou services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, qui passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

Concours

Les "concours" sont les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes.

CPV : *Common Procurement Vocabulary*

Le vocabulaire CPV désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adopté par le règlement CE n° 2195/2002 ; il est utilisé pour la rédaction des avis de marchés communautaires. Le vocabulaire CPV attribue un code à neuf chiffres à environ 6.000 termes généralement utilisés dans le processus d'attribution des marchés publics.

Dématérialisation

La dématérialisation des données consiste à stocker et faire circuler des données sans support matériel autre que des équipements informatiques.

D'un point de vue pratique, la dématérialisation consiste à mettre en œuvre des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier. A priori, elle n'a aucun effet sur le contenu de ces informations qui restent ce qu'elles sont indépendamment de la forme que prend leur support.

Dialogue compétitif

Le dialogue compétitif permet au pouvoir adjudicateur de définir ses besoins en termes de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire. Ces éléments doivent cependant être quantifiables ou tout au moins appréciables objec-

tivement. Ils sont formalisés dans un document intitulé "programme fonctionnel" remis aux candidats admis à participer au dialogue lors de la phase préliminaire de sélection des candidatures. Un dialogue s'ouvre, portant sur tous les aspects du marché, afin de définir au mieux les solutions propres à satisfaire les besoins identifiés et notamment les considérations d'ordre technique, administratif ou financier.

Dossier de Consultation des Entreprises (DCE)

Le Dossier de Consultation des Entreprises est le dossier transmis au candidat par l'adjudicateur. Il comporte les pièces nécessaires à la consultation des candidats à un marché, il s'agit de l'ensemble des documents élaborés par l'acheteur public destiné aux entreprises intéressées par le marché et dans lesquels elles doivent trouver les éléments utiles pour l'élaboration de leurs candidatures et de leurs offres.

Le Dossier de Consultation des Entreprises est parfois précédé de l'envoi d'une lettre de consultation. Ceci est notamment le cas pour les procédures suivantes : appel d'offres restreint et procédure négociée.

Enchère électronique

Les enchères électroniques constituent le procédé par lequel les candidats à un marché admis à présenter une offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique dans une période de temps préalablement déterminée par l'acheteur et portée à la connaissance de l'ensemble des candidats.

Une "enchère électronique" est un processus interactif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. Par conséquent, certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne peuvent pas faire l'objet d'enchères électroniques.

Entreprise publique

Désigne toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise soit :

- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise,
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise,
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Fournisseur

Organisme qui fournit un produit au client.

Nota 1 : Dans une situation contractuelle, le fournisseur peut être dénommé "titulaire du contrat".

Nota 2 : Le fournisseur peut être, par exemple, le producteur, le distributeur, l'importateur, l'ensemblier ou l'organisme de service.

Nota 3 : Le fournisseur peut être externe ou interne à l'organisme.

Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE)

Le Journal Officiel de l'Union Européenne est la publication habilitée à recevoir des annonces légales pour les publicités européennes.

Le Journal officiel des Communautés européennes (JOCE) s'appelle désormais le Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE).

Marchés de maîtrise d'œuvre

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour son application.

Opérateur économique

Les termes "entrepreneur", "fournisseur" et "prestataire de services" désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme "opérateur économique" couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte. L'opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot "soumissionnaire". Celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme "candidat".

Organisme de droit public

Organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique, et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

La notion d'organisme doit être interprétée dans un sens large, car cette notion conditionne l'applicabilité des dispositions relatives à l'ouverture à la concurrence des marchés publics.

Pouvoirs adjudicateurs

Sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs :

- l'Etat,
- les collectivités territoriales (villes, communes, Länder, régions),
- les organismes de droit public,
- les associations formées par les collectivités territoriales ou par des organismes de droit public.

Prise illégale d'intérêts :

La prise illégale d'intérêts, ancien délit d'ingérence consiste dans le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ..."

Procédure négociée

Les "procédures négociées" sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Procédure ouverte

Les "procédures ouvertes" sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre.

Procédure restreinte

Les "procédures restreintes" sont les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs économiques invités par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent présenter une offre.

Programme fonctionnel

Le programme fonctionnel est un programme qui comporte des résultats vérifiables à atteindre ou qui précise les besoins à satisfaire. Il est utilisé dans la procédure de dialogue compétitif.

Règlement de la consultation (RDC)

Le règlement de consultation fixe les règles particulières de la consultation. Il est une pièce constitutive du dossier de consultation.

C'est un document à établir pour tous les marchés passés après mise en concurrence.

Un arrêté en a fixé les mentions (Arrêté du 10 juin 2004 pris en application de l'article 42 du code des marchés publics et fixant la liste des mentions devant figurer dans le règlement de la consultation)

C'est un document qui complète l'avis de marché. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis de marché.

Signataire

On appelle signataire toute personne physique, agissant pour son propre compte ou pour celui de la personne physique ou morale qu'elle représente, qui met en œuvre un dispositif de création de signature électronique.

Signature électronique

La signature électronique est la donnée qui résulte de l'usage d'un procédé répondant aux conditions définies à la première phrase du second alinéa de l'article 1316-4 du code civil.

Soumissionnaire

Le soumissionnaire est la personne physique ou morale qui présente une soumission en vue de la conclusion d'un marché.

Système d'acquisition dynamique

D'origine communautaire et transposée dans les décrets du 20 octobre et du 30 décembre 2005, un système d'acquisition dynamique est une procédure entièrement électronique de passation de marché, pour des matériels courants, par lequel le pouvoir adjudicateur (l'entité adjudicatrice) attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative.

Titulaire

Le titulaire est le fournisseur, ou le prestataire de services, qui conclut le marché avec le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.