

ANNEXE I

INFORMATIONS SUR LES MARCHES PUBLICS

Le code des marchés publics institué par décret du 7 janvier 2004 est accompagné d'une circulaire ministérielle portant manuel d'application, également datée du 7 janvier (circulaire NOR ECO Z 0300024C). Ce manuel apporte des précisions utiles concernant les modalités pratiques des procédures de passation et constitue un outil de référence.

Parmi les points clefs de la réforme mise en place par ce décret, il convient de noter la priorité donnée au dialogue et à la négociation pour adapter au mieux l'offre à la demande :

- désormais, la négociation est toujours possible en dessous des seuils européens,
- pour les marchés plus complexes, la procédure de dialogue compétitif (décrite à la section 3 de la présente annexe) permet d'introduire une phase de négociation.

Sommaire de l'annexe 1

INTRODUCTION

1. LA DEFINITION DU BESOIN DE L'ACHETEUR PUBLIC - Au regard de la nature du marché et de la qualité exigée

2. LES PROCÉDURES POSSIBLES POUR LA PASSATION DES MARCHES D'EQUIPEMENTS SPORTIFS ET DE LOISIRS

3. CAS PARTICULIER DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF

4. FORMES POSSIBLES DE MARCHES

5. GROUPEMENTS DE COMMANDE

6. LA SOUS TRAITANCE

7. LES PRIX

8. LES CONTRÔLES *A PRIORI*

INTRODUCTION

Définir le besoin avec exactitude

Il est utile d'effectuer deux rappels préliminaires qui concernent la nécessité d'une exacte définition du besoin préalable à la passation des marchés publics.

Premièrement, l'article 1, alinéa 2, et l'article 5 du Code des marchés publics disposent notamment que l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurés par la définition préalable des besoins dont la nature et l'étendue doivent être déterminés avec précision par la personne publique.

Les prestations sont définies par référence aux normes homologuées ou à partir d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux, dans les conditions prévues au décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 modifié, fixant le statut de la normalisation. Il peut être dérogé aux normes dans les conditions prévues par ce décret.

Deuxièmement, il est utile de rappeler que **les guides et recommandations des GPEM n'ont pas de valeur contraignante**. Ils constituent simplement des instruments destinés à aider l'acheteur public dans la rédaction des différentes pièces constitutives des marchés, et en particulier dans la conception des cahiers des charges.

Les principales étapes de la passation d'un marché

On peut apprécier la régularité d'un marché à partir des éléments suivants :

Le premier élément concerne la **définition précise et exhaustive du besoin**. Cette phase préalable mérite une réflexion attentive et approfondie. La juste définition du besoin doit permettre, notamment, aux entreprises de bien comprendre la demande pour proposer des produits conformes. La rédaction du cahier des charges doit aussi rester neutre afin de permettre à la concurrence de s'exercer pleinement en n'orientant pas le choix de l'acheteur vers un produit particulier. En l'occurrence, la définition du besoin ne doit pas être un cadre rigide au point de constituer un obstacle à l'innovation.

Le second élément a trait aux **procédures de passation des marchés**. La règle est de passer un appel d'offres dans les conditions fixées à l'article 33 ainsi qu'aux articles du chapitre IV section 1 du titre III du Code des marchés publics.

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

Même en dessous des seuils de passation d'un marché selon des procédures formalisées, il est obligatoire de procéder à une mise en concurrence selon une procédure adaptée. Il appartient alors à l'acheteur public de fixer ses propres modalités de passation en fonction du montant et de l'objet de son marché.

Enfin, il est indispensable de procéder à une **double vérification de la conformité au besoin**. Il s'agit d'abord de vérifier que les moyens proposés par le candidat pourront permettre d'atteindre les résultats souhaités. Ensuite, lors de la réception, l'acheteur public doit contrôler que les caractéristiques du ou des produits lui confèrent l'aptitude à atteindre les résultats souhaités.

1. LA DEFINITION DU BESOIN DE L'ACHETEUR PUBLIC - Au regard de la nature du marché et de la qualité exigée

1.1. Exigences de qualité en matière de produits

La démarche de l'acheteur public doit répondre à un impératif de cohérence. Il faut se poser la question de savoir s'il existe un impératif de l'acheteur nécessitant de fixer des exigences particulières.

Il convient que l'acheteur public mène une réflexion pour déterminer le degré de qualité en fabrication qu'il est en droit d'exiger. Cette réflexion peut s'appuyer par exemple sur la distinction de deux niveaux d'exigences suivants :

- le produit standard ne nécessitant pas de la part de l'acheteur de spécifications techniques particulières;
- l'équipement sportif ou de loisirs spécifique nécessitant de la part de l'acheteur la détermination d'exigences particulières.

La différenciation entre ces deux groupes s'effectue suivant la nature et l'étendue des caractéristiques techniques et des contrôles à opérer au cours des phases d'élaboration et lors de la réception des produits :

- 1^{er} cas, la conformité aux exigences ne peut être établie qu'après un examen effectué uniquement sur le produit fini ;
- 2^{ème} cas, l'exigence d'un plan d'assurance qualité de la série ISO 9000 ou équivalent peut, le cas échéant pour l'équipement de haute qualité et très spécifique, permettre de s'assurer de la conformité, à ses différents niveaux, du processus de réalisation du produit.

Le fournisseur ne peut assurer la conformité aux exigences qu'à la condition d'appliquer les règles d'assurance de la qualité, de vérifier les caractéristiques techniques et de surveiller les différentes phases de réalisation. Les caractéristiques techniques des produits utilisés et des contrôles réalisés par le fournisseur doivent faire l'objet d'un document prouvant la conformité aux exigences spécifiées (certificat, procès-verbal...).

La surveillance par l'acheteur est effectuée suivant les dispositions prévues dans les documents du marché.

1.2. Utilisation de la certification de système qualité dans les marchés publics

L'acheteur public doit mener une réflexion pour déterminer le niveau d'exigence concernant le niveau de qualité du processus de fabrication des produits.

Lors de la phase initiale de la procédure (examen des candidatures), l'acheteur public a la possibilité, soit dans l'avis d'appel public à la concurrence, soit dans le règlement de la consultation, de demander que les entreprises qui se portent candidates soient en mesure de justifier d'une organisation basée sur un système qualité répondant aux exigences d'une des normes de la série ISO 9000 ou équivalent. Cette exigence doit toutefois demeurer exceptionnelle.

A partir de ce principe de base, lié à la justification des capacités techniques des candidats prévue à l'article 45-1° du code des marchés publics, ceux-ci ont deux moyens à leur disposition :

- soit proposer un certificat attribué par un organisme certificateur ;
- soit justifier de l'existence d'un document qualité et de procédures qui peuvent être éventuellement vérifiés par l'acheteur ou son représentant.

Dans la phase d'examen des offres, l'analyse menée à partir de l'ensemble des critères cités dans le règlement de la consultation permet, normalement, d'identifier objectivement l'une d'entre elles comme étant la meilleure ; le fait que l'entreprise correspondante soit ou non certifiée n'intervient pas dans cette décision.

Le présent document est mis en ligne et téléchargeable gratuitement sur le portail des marchés publics à la rubrique :
« guides et recommandations » des GPEM (Internet : djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics).

1.3. Critères de choix

Il faut établir un lien entre la démarche qualité et le coût du produit. Le prix doit impérativement intégrer le coût global en tenant compte des exigences particulières éventuellement formulées (résistance, zéro défaut, garantie, service après-vente).

L'engagement sur le coût doit être spécifié dans le règlement de l'appel d'offres.

2. LES PROCÉDURES POSSIBLES POUR LA PASSATION DES MARCHES D'EQUIPEMENTS SPORTIFS ET DE LOISIRS

Lors de la phase de détermination des conditions de mise en concurrence, l'acheteur public doit tenir compte des moyens dont il dispose pour établir les documents du marché et des caractéristiques propres aux prestations à réaliser (diversité, spécificités particulières, niveau de réalisation en commande, volume...).

L'acheteur public peut élaborer son marché avec ses moyens techniques et juridiques internes en s'aidant, le cas échéant, du présent guide d'aide à l'achat public.

En l'absence de compétences internes suffisantes, l'acheteur public peut recourir à un marché de définition dans les conditions prévues à l'article 73 du code des marchés publics lorsqu'il ne peut élaborer en interne les documents de marché pour l'acquisition des prestations souhaitées.

Les marchés de définition sont des prestations intellectuelles destinées à explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur et d'en tracer le cadre tant juridique que technique.

Ils doivent permettre notamment :

- de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques de base à utiliser, la qualification du personnel et les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre ;
- d'estimer le niveau du prix des prestations et les modalités de sa détermination ;
- de prévoir les différentes phases d'exécution de ces prestations.

2.1. L'appel d'offres

Il peut être ouvert ou restreint, et est obligatoire lorsque les seuils sont atteints (150 000 € pour les marchés de l'Etat et 230 000 € pour les marchés des collectivités territoriales).

2.1.1. Appel d'offres ouvert

Il s'agit d'une procédure formalisée de mise en concurrence et d'attribution non négociée des marchés publics. Dans ce cas, il n'est pas possible de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre et l'attribution du marché s'effectue dans le respect de critères fixés préalablement par l'acheteur public dans le règlement de la consultation.

2.1.2. Appel d'offres restreint

Dans le cadre de cette procédure, les candidats ne peuvent adresser leurs offres qu'après décision de la personne publique, qui fixe la liste des candidats admis et sélectionnés « prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats » (article 52 du Code des marchés publics).

La sélection des propositions s'opère en fonction du ou des critères préalablement définis et dans les conditions prévues à l'article 53 du Code des marchés publics.

2.2. Marché négocié

Au-delà des seuils, le marché négocié (articles 34 et 35, 66 et 67 du Code des marchés publics) est une procédure dérogatoire à l'appel d'offres.

La procédure des marchés négociés implique qu'après examen des offres présentées par les candidats de son choix, la personne responsable du marché engage les négociations.

Il ne peut être recouru à cette procédure que dans un certain nombre de cas limitativement énumérés par l'article 35.

2.3. Les marchés publics passés selon une procédure adaptée

Les marchés publics de fournitures et de services peuvent être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions fixées par l'article 26-II du Code des marchés publics, lorsque les seuils de 150 000 € HT pour l'Etat et de 230 000 € HT pour les collectivités locales, ne sont pas atteints.

Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune condition.

Au-delà des seuils précités, la procédure d'appel d'offres est la procédure de droit commun.

Pour le calcul des seuils, il convient de se reporter à l'article 27 qui n'impose plus de référence à une nomenclature.

3. CAS PARTICULIER DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF

La procédure de dialogue compétitif cherche à répondre aux difficultés spécifiques rencontrées par les acheteurs, notamment pour des secteurs particulièrement complexes en évolution constante, dans lesquels les acheteurs connaissent leurs besoins mais ignorent à l'avance la meilleure solution technique pour les satisfaire.

Les acheteurs publics peuvent en effet objectivement ne pas être en mesure de définir les moyens - qu'ils soient techniques, financiers ou juridiques - qui répondraient le mieux à leurs besoins. Ils peuvent également souhaiter trouver des solutions innovantes en étant objectivement dans l'incapacité d'évaluer ce que les opérateurs peuvent offrir en termes de solutions techniques ou financières.

Ce sont les caractéristiques du marché dont la passation est envisagée qui autorisent ou non le recours à cette procédure. Celle-ci offre de larges possibilités de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites.

Les cas de recours à la procédure de dialogue compétitif sont limitativement énumérés par l'article 36 du CMP et sont au nombre de 2 :

- Lorsque la personne responsable du marché n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- Lorsque la personne responsable du marché n'est pas en mesure d'établir le montage juridique et financier d'un projet.

4. FORMES POSSIBLES DE MARCHES

4.1. L'allotissement des marchés d'équipements sportifs et de loisirs

La répartition du marché en lots (article 10 du Code des marchés publics) est possible lorsqu'il présente des intérêts économiques, techniques ou financiers, notamment lorsque :

- ◆ l'importance et la diversité des produits risquent de dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise ;
- ◆ les entreprises ne possèdent pas une compétence reconnue dans la production de l'ensemble des équipements sportifs prévus au marché ;
- ◆ l'accès des petites et moyennes entreprises au marché serait limité par un marché unique quantitativement trop important.

C'est pourquoi il est possible dans certains cas, en raison de l'importance de la prestation, de regrouper les fournitures en lots.

Les modes de dévolution autorisés ou envisagés doivent apparaître clairement dans l'avis public ou le règlement de la consultation. Lorsqu'il s'agit d'un marché d'un volume important et pour des prestations de différentes natures, la division du marché en lots apparaît la plus appropriée.

Dans le cas où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est possible de conclure avec ce même titulaire un seul marché regroupant tous les lots concernés.

4.2. Les marchés fractionnés

Lorsque la nature des besoins à satisfaire est connue et peut faire l'objet d'un cahier des charges mais que les quantités susceptibles d'être commandées restent incertaines, il peut être conclu des marchés fractionnés.

Le code des marchés publics prévoit deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande (article 71) et les marchés à tranches conditionnelles (article 72)

5. Groupements de commande

(article 8 du code des marchés publics)

La personne publique dispose d'une liberté de choix totale : acheter seule ou décider de grouper ses achats avec un ou plusieurs autres acheteurs.

Les groupements de commandes ont pour avantage de permettre la coordination et le groupement des achats d'acheteurs distincts afin de réaliser des économies tout en mutualisant les procédures de passation des marchés. Ils concernent tous les types de marchés mais sont particulièrement adaptés au domaine des équipements sportifs et de loisirs, et pour les établissements d'enseignement.

Le groupement nécessite un accord entre les différents acheteurs qui en déterminent librement l'objet (besoins, achats concernés), le fonctionnement (durée, modalités d'adhésion) et choisissent un coordonnateur. Cet accord est matérialisé par une convention signée par tous les membres du groupement. Deux types de groupement sont possibles :

- les acheteurs décident de se grouper uniquement pour choisir un prestataire. Chacun des membres signe ensuite un marché dont il assure seul l'exécution avec le titulaire retenu en commun;

Le présent document est mis en ligne et téléchargeable gratuitement sur le portail des marchés publics à la rubrique :
« guides et recommandations » des GPEM (Internet : djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics).

- les acheteurs décident de se grouper pour tout ou partie de la vie d'un marché. Ils doivent alors donner mandat au coordonnateur de signer le marché pour l'ensemble de membres du groupement. En ce qui concerne l'exécution du marché, la convention de groupement peut prévoir que le coordonnateur en sera chargé pour l'ensemble des membres du groupement. Néanmoins, il est maintenant également possible de prévoir dans ce type de groupement, en particulier s'il comprend un grand nombre d'adhérents, que la personne responsable du marché de chaque membre du groupement sera chargée de l'exécution.

Les acheteurs publics ont la possibilité de se grouper entre eux et de désigner un des membres du groupement comme coordonnateur. Ils peuvent aussi avoir recours à une Centrale d'achat et notamment à l'UGAP (Union des groupements d'achats publics) dont il est fait mention à l'article 9 du code des marchés publics.

6. LA SOUS TRAITANCE

POUR LES MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES, LES ARTICLES 112 À 114 DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS FIXENT LE RÉGIME DE LA SOUS-TRAITANCE.

6.1. LA SOUS-TRAITANCE NE PEUT PORTER SUR LA TOTALITÉ DU MARCHÉ

L'article 112 du Code des marchés publics n'autorise qu'une sous-traitance partielle des prestations du marché. Il appartient aux services contractants et aux autorités de contrôle de s'assurer du respect de ce principe. Il convient, notamment, d'écartier les entreprises qui, faute de disposer des capacités techniques et financières pour l'exécution d'un marché, envisagent de n'en exécuter qu'une partie symbolique tout en s'assurant une marge bénéficiaire sur les prestations sous-traitées et de vérifier qu'une sous-traitance en chaîne abusive ne conduise pas à rendre inefficaces les contraintes techniques exigées du titulaire du marché.

6.2. L'ACCEPTATION DES SOUS-TRAITANTS

L'acceptation, prévue dans l'intérêt de la collectivité publique contractante, permet à l'acheteur public de connaître le sous-traitant auquel un soumissionnaire ou un titulaire envisage de confier l'exécution d'une partie du marché. Ainsi informée, la collectivité contractante peut, en connaissance de cause, refuser le sous-traitant dont l'intervention serait de nature à nuire à une bonne exécution du marché.

Le recours à la sous-traitance ne peut donc être autorisé qu'après un examen au cas par cas.

6.3. L'AGRÈMENT DES CONDITIONS DE PAIEMENT DES SOUS-TRAITANTS

L'examen doit permettre à la personne responsable du marché de s'assurer qu'il n'existe pas un écart manifestement injustifié entre les conditions faites par la collectivité publique contractante au titulaire et celles faites au sous-traité.

Cette procédure rejoint la réflexion sur la détection des offres anormalement basses en amont de la passation des marchés. Ces offres ont, généralement, pour conséquence principale l'étranglement financier du sous-traitant. Une vigilance particulière peut éviter les changements fréquents de sous-traitant, l'interruption précoce de l'exécution des prestations du marché ou encore des procédures contentieuses longues et coûteuses.

6.4. LES MODALITÉS DE PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT

Ces modalités sont prévues par les articles 115 et 116 du Code des marchés publics.

L'article 115 1° alinéa 1 prévoit notamment le paiement direct lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 €.

Le présent document est mis en ligne et téléchargeable gratuitement sur le portail des marchés publics à la rubrique :
« guides et recommandations » des GPEM (Internet : djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics).

7. LES PRIX

7.1. La fixation et la détermination détaillée des prix (articles 16 à 18 du Code des marchés publics)

Le prix des prestations faisant l'objet du marché sont :

- soit des prix forfaitaires ;
- soit des prix unitaires ;
- soit à la fois des prix forfaitaires et des prix unitaires.

Le prix forfaitaire ou global est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, indépendamment des quantités mises en œuvre pour leur réalisation. Pour obtenir un prix forfaitaire, il faut le préciser dans le marché.

La fixation d'un prix forfaitaire est recommandée pour toutes les prestations dont la consistance peut être bien définie au moment de la conclusion du marché.

Le prix unitaire est le prix à l'unité d'une prestation déterminée. Il se présente généralement comme un prix forfaitaire à l'unité mais il peut aussi, dans des cas exceptionnels, n'être pas définitif et revêtir un caractère provisoire.

7.2. La révision, l'ajustement et l'actualisation

A/ Un marché est conclu à **prix ferme** dans le cas où cette forme de prix ne serait pas de nature à faire encourir des aléas majeurs au titulaire et à l'administration contractante à raison de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme, il faut prévoir :

- que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date ou le mois d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations ;
- que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations ;
- les modalités de cette actualisation.

B/ Un marché est dit à **prix ajustable** lorsque le prix de règlement est calculé à partir d'une référence qu'il définit et qui doit être représentative de l'évolution du prix de la prestation elle-même.

Cette solution peut être plus judicieuse que celle du prix ferme pour des fournitures courantes :

- dont les prix sont susceptibles de varier de façon importante et imprévisible pendant la durée d'exécution du marché ;
- qui font l'objet de livraisons échelonnées sur une assez longue durée.

Il est conseillé d'introduire, si le prix est ajusté sur le barème du titulaire, et afin de se protéger d'une hausse excessive :

- une clause butoir, afin de limiter les hausses de prix dues à l'application automatique de l'ajustement sur le barème;
- et/ou une clause de sauvegarde, permettant à l'administration contractante de résilier le marché sans indemnité, dès que le nouveau prix dépassera un pourcentage d'augmentation fixé dans le cahier des charges du marché.

C/ Un marché est dit à **prix révisable** lorsqu'il prévoit la modification de ce dernier par l'application d'une formule représentant conventionnellement la composition du coût de la prestation. La formule de révision doit inclure un terme fixe dont la valeur minimale est de douze et demi pour cent.

Le marché doit indiquer :

- la date ou le mois d'établissement du prix initial ;
- les modalités de la révision.

La révision s'effectue généralement au moyen d'une formule paramétrique. Les indices susceptibles de représenter les différents paramètres qu'elle doit comporter (salaires et charges sociales, matières premières, fournitures approvisionnées à l'extérieur, frais généraux) peuvent être recherchés dans le bulletin mensuel de statistique édité par l'Insee et dans le bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

8. LES CONTRÔLES *A PRIORI*

Ces contrôles ont été allégés dans le cadre des récentes modifications du code des marchés publics. Par ailleurs, on ne traitera ici que du contrôle *a priori* des marchés de l'Etat ; les collectivités locales étant soumises au contrôle de légalité.

8.1. Le Contrôle des dépenses engagées

Les marchés sont soumis au contrôle financier en application de l'article 5 de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées.

8.2. Les Commissions Spécialisées des Marchés (CSM)

Les commissions spécialisées des marchés n'ont plus de fonction en matière de contrôle *a priori* des marchés. Elles ont par contre pour rôle de fournir aux ministres et aux personnes responsables des marchés une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés d'Etat