

LES GRANDES RÈGLES DE L'ACHAT PUBLIC

► Par Hamid ETTAHI - hamid.ettahfi@aji-france.com



Dans ce contexte particulier de crise sanitaire, il est nécessaire de rappeler et de sensibiliser les gestionnaires aux grandes règles de l'achat public. Même si les procédures et les seuils ont été assouplis pour faire face aux conséquences de la COVID-19 et aider les entreprises à reprendre leurs activités⁽¹⁾, il n'en demeure pas moins que nous devons respecter l'ensemble des grands principes et dispositifs prévus par le Code de la commande publique. C'est à la fois une nécessité juridique mais également économique (bonne utilisation des deniers publics et efficacité de la commande publique). La bonne maîtrise des procédures de passation et d'exécution des marchés publics font partie des missions dévolues à l'adjoint gestionnaire. Cette compétence sera certainement renforcée dans les prochaines années pour répondre à l'évolution du métier de gestionnaire au travers notamment de la mutualisation des achats⁽²⁾.

Les règles de l'achat public sont issues du Code de la commande publique paru le 5 décembre 2018 au Journal officiel de la République française⁽³⁾. **Ce dernier est constitué d'une partie législative :**

- Ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique ;

D'une partie réglementaire :

- Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique ;

Et de :

- 21 annexes (arrêté relatif à la signature électronique, données essentielles, profil d'acheteur...).

Le Code de la commande publique a pour objectifs de simplifier et de sécuriser le droit de la commande publique, d'ouvrir davantage la commande publique aux PME et de favoriser ses bénéfices sociaux et environnementaux.

Ce texte a permis l'unification, la simplification et la renumérotation des textes relatifs à la commande publique. Comprenant 1 747 articles, le Code de la commande publique regroupe l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique.

Il regroupe :

- ✓ Les marchés publics,
- ✓ Les contrats de partenariats,
- ✓ Les délégations de service public (DSP) qui gardent leurs spécificités mais constituent des concessions de service – seules les collectivités territoriales peuvent continuer à passer des DSP.

Le code intègre également les dispositions relatives à :

- ✓ La maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée,
- ✓ La sous-traitance ;
- ✓ Aux délais de paiement ;
- ✓ La facturation électronique.

QU'EST CE QU'UN MARCHÉ PUBLIC ?

L'article L. 1111-1 du Code de la commande publique nous donne la définition suivante : « *un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* ».

Un marché public est un contrat de fournitures, travaux ou services, conclu à titre onéreux. Ainsi tout bon de commande émis par un établissement public local d'enseignement, quel que soit son montant, est un marché soumis aux règles des textes relatifs aux marchés publics. Il est soumis aux principes de la commande publique. C'est un contrat administratif relevant du juge administratif.

LES GRANDS PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'achat public est soumis à 3 grands principes énumérés à l'article L3 du Code de la commande publique (Titre préliminaire). Ces principes s'appliquent dès le 1^{er} euro. Ils concernent la liberté d'accès à la commande publique (liberté de candidature), l'égalité de traitement des candidats (principe à respecter durant toute la procédure) et la transparence des procédures (publicité, communication, information...).

Les marchés poursuivent 2 objectifs : l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est une obligation pour l'acheteur public. Lorsqu'un établissement public local d'enseignement fait une demande de devis, il est également soumis à ces mêmes principes de liberté d'accès, d'égalité et de transparence : il doit faire connaître aux candidats dès le lancement du marché les critères de jugement des offres.

LES ACTEURS DE L'ACHAT DANS LES EPLE

- Le pouvoir adjudicateur (l'acheteur public), c'est en réalité l'ordonnateur (chef d'établissement dans un établissement scolaire). Il attribue le marché et le signe. Il reçoit cette délégation du conseil d'administration (article L1211-1 : la personne morale).

- L'adjoint-gestionnaire, c'est le technicien des marchés publics. Il maîtrise la réglementation, met en forme le marché et suit son exécution. Son rôle est crucial pour sécuriser la procédure et accompagner la mise en œuvre du marché.

- La commission d'appel d'offres intervient pour le choix du titulaire pour les marchés passés en procédures formalisées (marchés supérieurs à 214 000 € HT). Tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % est soumis pour avis à cette commission. L'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales précise sa composition : « *a) Lorsqu'il s'agit ... d'un établissement public (un EPLE), par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste* ». Dans un EPLE, le conseil d'administration désigne une CAO avec un président (CE ou son représentant) et 5 de ses membres. Rappelons que les marchés dont les montants sont supérieurs aux seuils des procédures formalisées doivent faire l'objet d'une transmission au contrôle de légalité.

DURÉE DES CONTRATS

L'article L5 prévoit que les contrats sont conclus pour une durée limitée. La durée du marché et, le cas échéant, le nombre de reconductions sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et

de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Cette règle ne concerne pas les marchés/accords-cadres qui ont une durée maximale : marchés à bons de commandes (4 ans ou plus dans des cas exceptionnels dûment justifiés notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure).

FORME DES CONTRATS

Concernant la forme des contrats, l'article L2112-1 indique que « *le marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire est conclu par écrit* ». Les contrats sont écrits à partir de 25 000 € HT. En fonction de l'objet, de la complexité et du montant du marché, le dossier de consultation des entreprises sera plus ou moins élaboré : il peut s'agir d'un dossier complet avec un règlement de la consultation, un acte d'engagement (pièce majeure de la contractualisation) et de ses annexes financières, d'un cahier des clauses administratives particulière et d'un cahier des clauses techniques particulières mais ça peut être un simple bon de commande ou un devis contresigné.

LES GRANDES ÉTAPES D'UN MARCHÉ PUBLIC

• L'objet d'un marché public

Le marché public a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures ou de services. L'objet doit être le plus précis possible pour ne pas induire les entreprises en erreur ou susciter des réponses inadaptées au besoin de l'acheteur.

• La définition des besoins

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

Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques, qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Pour éviter toute discrimination, elles doivent être formulées de manière à assurer l'égalité des candidats. L'acheteur public peut ainsi se référer à des normes, des labels ou d'autres documents préétablis en veillant à accepter tout document équivalent, ou exprimer les spécifications techniques en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. L'acheteur ne pas se référer à des marques ou s'il n'a pas le choix il doit indiquer le nom de la marque et mentionner ou équivalent.

• Problème pour recenser

En cas d'incertitudes sur la quantité ou l'étendue des besoins à satisfaire, mais aussi afin de planifier dans le temps les besoins à satisfaire ou d'étaler l'achat dans le temps, l'acheteur peut faire usage du marché à tranches ou des accords-cadres.

Le recensement doit se faire de manière précise pour permettre une meilleure compréhension et exécution du marché. De nombreux litiges sont liés à une mauvaise définition des besoins, cause d'une imprécision du cahier des charges, puis d'une insatisfaction devant la prestation fournie. C'est pour cette raison que la définition des besoins est le préalable indispensable au lancement d'une consultation

De la définition des besoins dépend l'objet du marché (travaux, fournitures ou services), le choix de la procédure et la forme du marché (allotissement). Les seuils de publicité et de procédures (MAPA ou appel d'offres) varieront selon les catégories et les montants.

• Les différentes procédures de passation

- **Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable** (marché répondant à une urgence impérieuse, absence d'offres, prestations qui ne peuvent être fournies que par un opérateur économique déterminé, besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros...).

- **Procédures formalisées** (appel d'offres, procédure avec négociation, dialogue compétitif)

- **Procédures adaptées** (marchés de fournitures et services dont le montant global est inférieur à 214 000 € HT et marchés de travaux inférieurs à 5 350 000 € HT).

3 MANIÈRES POUR ACHETER

On peut acheter seul, en faisant appel à une centrale d'achat (article L2113-2) ou en se groupant avec d'autres établissements (article L2113-6).

• La centrale d'achat

La centrale d'achat est un acheteur soumis à la réglementation des marchés publics qui exerce des activités d'achats centralisés de manière permanente au bénéfice des acheteurs (acquisition de fournitures ou de services et passation de marchés de travaux, de fournitures ou de services. Exemple : UGAP). Les acheteurs qui recourent à une centrale sont considérés comme ayant respecté leurs obligations.

• Les groupements de commandes

Les groupements peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics ou accords-cadres. Les groupements disposent d'une convention de fonctionnement qui détermine l'objet du marché ou des marchés et les missions dévolues à l'établissement coordonnateur (recensement, passation, voire signature et exécution par les établissements adhérents...).

Exemple : Groupement de commandes pour la fourniture de denrées alimentaires aux établissements publics.

ALLOTISSEMENT

L'allotissement est la règle dans les marchés. L'intérêt de cette technique est d'ouvrir plus largement la concurrence.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations.

Le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés. Un exemple, les marchés de denrées alimentaires :

Lot 1 : conserves

Lot 2 : viandes fraîches

Lot 3 : surgelés

Lot 4 : produits laitiers

Etc...

• L'absence d'allotissement doit être motivée

L'obligation d'allotissement se trouve renforcée par les nouveaux textes. Par ailleurs, l'acheteur est désormais dans l'obligation de motiver son choix de ne pas allotir un marché :

- En MAPA, cette motivation doit figurer dans les « documents relatifs à la procédure » ;
- En procédure formalisée, elle doit apparaître dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation.

LES MAPA

La plupart des marchés conclus par les EPLE sont des MAPA (Marchés passés selon une procédure adaptée). Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée dans les cas suivants :

1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens (214 000 € HT pour les fourni-

tures et services et 5 350 000 € HT pour les marchés de travaux).

2° En raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État (services sociaux et juridiques) ;

3° Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire. C'est le cas des « petits lots » inférieurs à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des marchés de travaux. Le montant cumulé de ces lots ne doit pas excéder 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots. Cette technique permet d'alléger la procédure et d'ouvrir les marchés aux PME.

• Les modalités de mise en œuvre d'un MAPA

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

• Quels documents sont nécessaires pour conclure un MAPA ?

Un écrit est obligatoire au-dessus de 25 000 euros HT. La rédaction d'un cahier des charges est facultative mais fortement recommandée. La définition des besoins est indispensable et le cahier des charges permet à l'acheteur de définir ses besoins.

• Publicité des MAPA

La publicité doit respecter la réglementation (publication au BOAMP à partir de 90 000 € HT). Le choix du support doit être adapté à la nature du marché.

En-deçà du seuil de 40 000 euros HT, le marché public sera en principe passé sans publicité ni mise en concurrence préalables. En dessous de ce seuil, trois

règles permettent à l'acheteur d'effectuer son achat en bon gestionnaire, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique ; s'il décide que le marché public sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables, il doit veiller à :

- Choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin ;
- Respecter le principe de bonne utilisation des deniers publics ;
- Ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin ;
- Assurer la traçabilité.

Entre 40 000 € HT et 90 000 euros HT, les modalités de publicité dépendent du montant, des caractéristiques et du secteur économique concerné.

Publicité n'est pas publication. L'envoi d'un courriel peut être considéré comme de la publicité. Le choix de la publicité ne peut être fondé sur le seul montant du marché public (jurisprudence « Louvre 2 »). La publicité doit être précise et assurer une concurrence réelle.

Entre 90 000 € HT et le seuil européen applicable aux marchés publics formalisés (214 000 € HT), les modalités de publicité sont réglementées.

Les avis d'appel à la concurrence doivent être publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL). En outre, les acheteurs peuvent compléter ces avis, s'ils estiment que cela est nécessaire pour garantir un degré de publicité adéquat, par une publicité complémentaire dans un organe de presse spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE, dans l'hypothèse où le marché public présenterait un intérêt transfrontalier certain, par exemple). C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, la nécessité d'une telle publication complémentaire.

Au-delà du seuil européen applicable aux marchés publics, soit actuellement 214 000 € HT, la publicité est encadrée tout comme la procédure à suivre.

• Mise en concurrence allégée pour les MAPAI

Les délais de remise des candidatures et des offres doivent permettre à tous les candidats potentiels de concourir. La sélection des candidatures doit respecter certaines exigences posées par la réglementation (interdiction de soumissionner). La procédure adaptée permet une mise en œuvre plus souple des critères de sélection des offres. La procédure bénéficie de spécificités dans le choix des critères d'attribution. Les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres sont laissées à la discrétion de l'acheteur public. Les variantes sont autorisées par principe.

Une jurisprudence précise que les critères doivent aussi être indiqués, même pour un petit MAPA ayant fait l'objet de demande de devis. La commune de HOYMILLE a adressé des demandes de devis à quatre fournisseurs en 2006, en indiquant les caractéristiques de la tondeuse dont elle souhaitait faire l'acquisition sans leur faire connaître les critères, notamment de prix et de performance technique, sur lesquels elle se serait fondée pour retenir l'une des offres en concurrence. Dans son arrêt n° 11DA00590 du 31 décembre 2012, la cour administrative d'appel de Douai a rappelé que tous les marchés publics étaient soumis au principe de transparence, y compris lors d'une demande de devis. La cour en conclut que le marché a été attribué à l'issue d'une procédure menée en méconnaissance des principes énoncés à l'article 1^{er} du code des marchés publics.

En effet, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges y compris pour les marchés passés selon la procédure adaptée, Conseil d'État, 24 février 2010, n° 333569, Communauté

de commune de l'Enclave des Papes). En l'espèce une commune avait omis de communiquer aux candidats les critères, notamment de prix et de performance technique, sur lesquels elle s'était appuyée pour effectuer son choix, ce qui contrevient au principe de transparence dans les procédures défendu par le Code des marchés publics.

• La négociation

Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation.

• L'achèvement de la procédure adaptée

Le rapport de présentation est facultatif pour les marchés adaptés. L'acheteur doit informer immédiatement des candidats évincés. Il dispose également de 15 jours pour répondre aux demandes d'information des candidats évincés. La notification du marché public est obligatoire. Par contre la publication d'un avis d'attribution n'est pas indispensable.

• Et que faire si la procédure s'est révélée infructueuse ?

La déclaration sans suite peut être prononcée pour motifs d'intérêt général (insuffisance de la concurrence). L'acheteur doit motiver sa déclaration.

La déclaration d'infructuosité est la constatation d'une absence d'offre ou d'une inadéquation entre la demande formulée par l'administration et l'offre des soumissionnaires.

SYNTHÈSE

Procédure de mise en concurrence allégée sur le plan administratif si les besoins homogènes de l'acheteur sont inférieurs à 214 000 € HT.

Marchés qu'on adapte en fonction de la nature et des caractéristiques du marché, du nombre ou de la localisation des entreprises ainsi que des circonstances de

l'achat (achat papier/achat machine outils).

3 seuils à retenir :

✓ **En dessous de 40 000 € HT** : pas d'obligation de publicité ni de mise en concurrence (négociation directe avec les entreprises : devis, catalogue, mail...);

✓ **Entre 40 000 € HT et 90 000 € HT** (obligation d'un écrit, d'une mise en concurrence et d'une publicité adaptée);

✓ **Au-delà de 90 000 € HT et jusqu'à 214 000 € HT** : publicité obligatoire au BOAMP ou Journal d'Annonces Légales

La négociation est autorisée en MAPA (elle doit être prévue dans les documents de consultation).

LA DÉMATÉRIALISATION DES MAPA

Depuis le 1^{er} janvier 2020, le seuil de dématérialisation des marchés publics a été relevé de 25 000 € HT à 40 000 € HT. Au-delà de ce seuil, le marché doit être mis en ligne sur un profil d'acheteur.

• Le profil d'acheteur « clef de voûte » de la dématérialisation

L'article R2132-3 du CCP relatif aux marchés publics dispose que « *le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires* ».

En réalité le profil d'acheteur est un site accessible en ligne via un réseau internet (salle des marchés, place de marché virtuelle...). Il centralise les outils nécessaires à la dématérialisation des procédures de passation et les met à disposition des acheteurs et des opérateurs économiques. Le site d'une collectivité ne peut être qualifié de profil d'acheteur que s'il offre l'accès à un certain nombre de fonctionnalités.

• Un profil, deux espaces

L'arrêté du 22 mars 2019 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteur distingue deux catégories de fonctionnalités minimales:

- Celles que le profil d'acheteur devra obligatoirement offrir aux acheteurs qui y recourront pour leurs procédures de passation (s'identifier, mettre à disposition des documents de la consultation, répondre aux questions soumises par les entreprises, réceptionner et conserver des candidatures et des offres...).
- Celles que le profil d'acheteur devra proposer aux entreprises qui souhaitent consulter ces procédures ou y répondre (s'identifier, effectuer une recherche permettant d'accéder notamment aux avis d'appel à la concurrence, consulter et télécharger en accès gratuit, accéder à un espace permettant de simuler le dépôt de documents, déposer une candidature y compris si elle se présente sous la forme du document unique de marché européen électronique, déposer des offres, consulter et télécharger les données essentielles...).

Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde.

• La négociation

La dématérialisation n'interdit pas la négociation dans le cadre des MAPA. On peut utiliser le profil d'acheteur ou une boîte aux lettres électronique dédiée. On pourra bientôt utiliser le profil d'acheteur d'AJI pour gérer ses négociations avec les fournisseurs.

• Open Data

L'acheteur doit rendre accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché dont le montant est égal ou supérieur à 40 000 € HT.

Cette publication a lieu sur le profil d'acheteur au plus tard 2 mois après la notification du marché. Le délai de mise à disposition, et la durée pendant laquelle ces données doivent demeurer disponibles à la consultation sur le profil d'acheteur sont de 5 ans après l'achèvement du contrat, mais peut-être réduite à un an, si ces données sont publiées sur le site data.gouv.fr.

Pour les marchés supérieurs à 25 000 € HT, l'acheteur peut satisfaire à son obligation d'information en publiant au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix (profil acheteur, le site Internet ...), la liste de ces marchés conclus l'année précédente.

• La signature électronique

Le Code de la commande publique ne la rend pas obligatoire. Toutefois l'acheteur peut imposer la signature dès la remise des plis s'il le prévoit dans les pièces du marché. La signature électronique doit être conforme aux exigences du règlement eIDAS (règlement (UE) n° 910/2014). Sur le profil d'acheteur d'AJI, vous pouvez signer et notifier électroniquement vos marchés. ■

⁽¹⁾ Décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires : <https://bit.ly/2XP8TKN>

⁽²⁾ Les problèmes de recrutement et de formation dans les filières financières et comptables : <https://bit.ly/30NrV8>

⁽³⁾ Le Code de la commande publique : <https://bit.ly/31J4all>

