



BANQUE des
TERRITOIRES



Les fondamentaux du droit de la commande publique

Territoires Conseils
un service Banque des Territoires

Sommaire

01 Introduction ,

02 Les seuils de procédure ,

03 Les marchés à procédure adaptée ,

04 Les procédures formalisées et les techniques d'achat ,

05 La commission d'appel d'offres ,

06 L'exécutif local et les marchés publics ,

07 Le contrôle de légalité ,

08 Les marchés publics et la crise sanitaire ,

01

Introduction

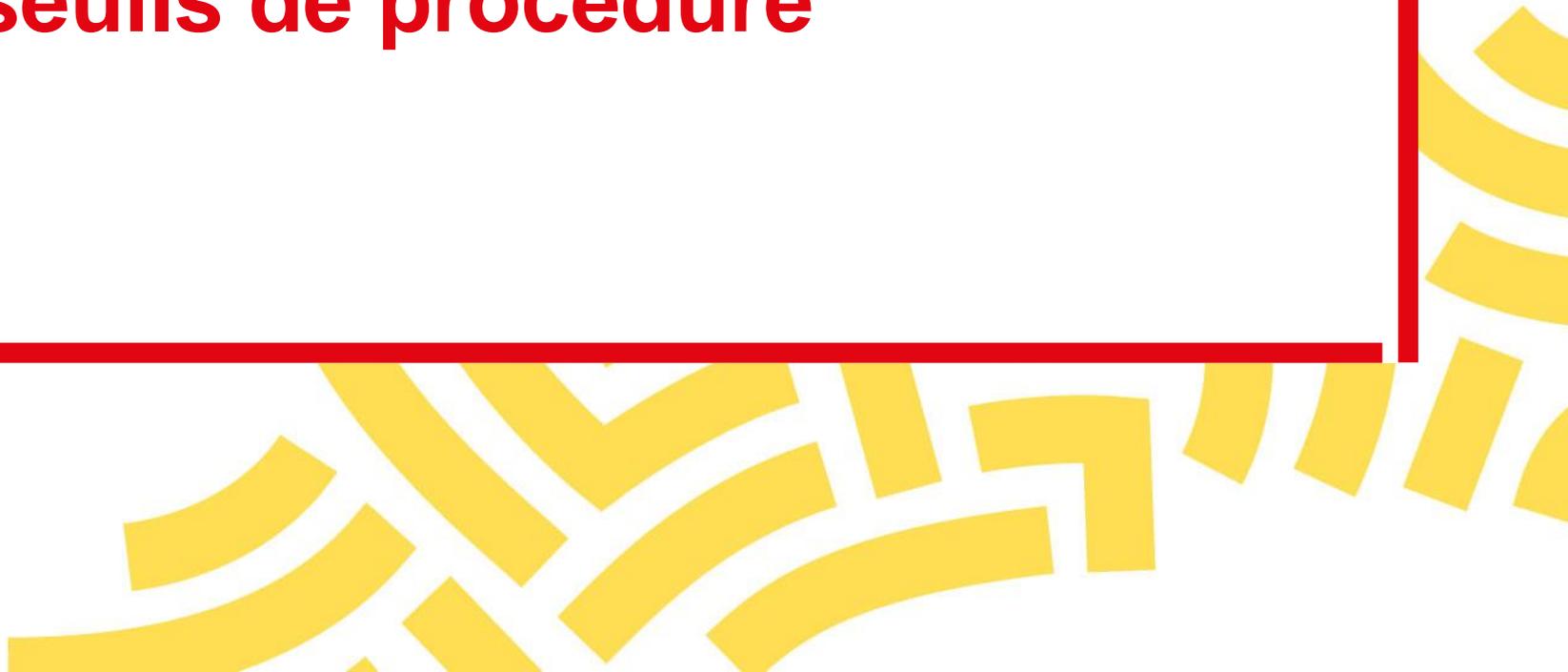


Introduction

- *Le droit de la commande publique a pour but de fixer des règles dans les procédures d'achat des personnes publiques et de certains acheteurs de droit privé, ayant des liens avec des personnes publiques.*
- *Le code de la commande publique (CCP) regroupe une multitude de textes autrefois éparpillés. Le but de ce code est d'avoir une vision globale de l'ensemble des principaux textes s'appliquant au droit de la commande publique.*
- *Quel que soit le contrat de la commande publique mis en œuvre il faut avoir à l'esprit les grands principes de la commande publique qui doivent guider les personnes publiques dans leur processus d'achat. Ces grands principes sont édictés par le CCP dans son article L3. Il s'agit :*
 - ✓ *De la liberté d'accès à la commande publique;*
 - ✓ *De l'égalité de traitement des candidats;*
 - ✓ *De la transparence de la procédure;*
- *Ces contrats mobilisent des deniers publics, cette dépense doit être efficiente.*

02

Les seuils de procédure



Les seuils de procédure

- *L'achat public obéit à des règles plus ou moins strictes selon le montant de l'achat en question. Le CCP indique des seuils qui astreignent les acteurs publics à des procédures de plus en plus encadrées, par le biais de paliers de dépenses.*
- *On distingue plusieurs procédures selon les divers seuils.*
- *Les marchés à procédure adaptée (MAPA) permettent une procédure de passation assez souple avec à l'intérieur de ceux-ci des règles de publicité selon leurs montants.*
- *Les procédures formalisées (appel d'offres, procédure avec négociation...) sont les plus contraignantes. Elles concernent les marchés dépassant un certain montant. L'efficacité de l'achat public doit être garantie. Il est donc nécessaire de respecter un cadre très strict.*
- *Les techniques d'achats (accord-cadre, concours...), permettent de procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre au besoin des acheteurs.*

Les seuils de procédure (sauf Etat et ses établissements)

	<i>Publicité non obligatoire</i>	<i>Publicité libre ou adaptée</i>	<i>Publicité au BOAMP ou dans un JAL</i>	<i>Publicité au BOAMP et au JOUE</i>
<i>Fournitures et services</i>	<i>en dessous de 40 000 €</i>	<i>de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €</i>	<i>de 90 000 € à 213 999,99 €</i>	<i>à partir de 214 000 €</i>
<i>Travaux</i>	<i>en dessous de 40 000 €</i>	<i>de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €</i>	<i>de 90 000 € à 5 349 999,99 €</i>	<i>à partir de 5 350 000 €</i>
	<i>Publicité non obligatoire</i>	<i>Publicité libre ou adaptée</i>		<i>Publicité au JOUE</i>
<i><u>Services sociaux et spécifiques</u></i>	<i>en dessous de 40 000 €</i>	<i>de 40 000 € à 749 999,99 €</i>		<i>à partir de 750 000 €</i>

03

Les marchés à procédure adaptée



Les marchés à procédure adaptée

- *Les marchés en dessous de 40 000 euros ne sont pas considérés comme des MAPA. Ils ne relèvent pas des obligations de publicité et de mise en concurrence.*
- *Ces marchés sont toujours régis par les grands principes de la commande publique.*
- *Pour ces marchés, l'acheteur devra veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.*
- *L'écrit, s'il n'est pas obligatoire (au dessous de 25 000 euros), est fortement conseillé. Il semble aussi nécessaire d'avoir un support auquel se référer en cas de problème. Il pourrait être envisageable de faire référence aux CCAG qui permettent de régler bien des contentieux.*
- *Il n'y a pas de référentiel pour ces marchés. La personne publique peut être tentée de signer le devis d'un fournisseur. Bien souvent ces devis comportent des clauses favorables au fournisseur. Si la personne publique le signe, il deviendra alors applicable à la collectivité. Le contrat est la loi des parties.*

Les marchés à procédure adaptée

- *Peuvent-êtré qualifiés de MAPA certains marchés en raison de leur objet ou de leur montant.*
- *En raison de leur objet : cela concerne les catégories de services dits «sociaux et autres services spécifiques». En raison de la spécificité de ces marchés, les acheteurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire. La liste de ces marchés figure dans l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.*
- *En raison de leur montant : cela concerne les marchés dont le montant est inférieur à 214 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et 5 350 000 euros HT pour les marchés publics de travaux. Cela est également applicable aux lots inférieurs à 80 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et à 1 000 000 euros HT dans le cas des marchés publics de travaux, à la condition que le montant cumulé des lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots.*

Les marchés à procédure adaptée

- *Avant toute passation d'un marché public il est nécessaire que l'acheteur définisse avec précision la nature de ses besoins à satisfaire. Cette définition est primordiale afin de mettre en place une procédure de passation efficace.*
- *Pour la conclusion d'un MAPA, il est nécessaire d'avoir un écrit au-dessus de 25 000 euros permettant de formaliser la volonté contractuelle des parties. Les CCAG ne sont pas obligatoires mais il est cependant fortement recommandé d'y avoir recours car ils permettent de fixer les obligations des parties, et surtout d'avoir un canevas de dispositions de référence afin de régler certaines situations qui peuvent s'avérer conflictuelles.*
- *La publicité à respecter :*
 - ✓ *Pour les marchés dont le montant est supérieur ou égal à 40 000 euros mais inférieur à 90 000, il est nécessaire de réaliser une publicité adaptée. Les textes n'indiquent pas ce qu'il faut entendre par publicité adaptée. Celle-ci doit être adaptée à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l'urgence du besoin et assurer une audience suffisante. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire.*

Les marchés à procédure adaptée

- ✓ *Les modalités de publicité sont laissées à l'appréciation de l'acheteur, en fonction des secteurs, du montant... Il est impossible de faire une liste exhaustive des publicités qu'il est nécessaire de réaliser pour chaque type de marché.*
- ✓ *L'effectivité de la mise en concurrence repose sur la condition que les moyens de publicité utilisés par l'acheteur permettent aux entreprises potentiellement intéressées d'être informées de la volonté de la personne publique de satisfaire un de ses besoins en matière de travaux, services ou fournitures.*
- ✓ *Plus le montant du marché est élevé, plus les moyens de publicité utilisés doivent permettre une audience suffisante par les entreprises.*
- ✓ *L'acheteur peut faire une publicité sur son profil d'acheteur, dans la presse, sur son site internet ou bien l'afficher sur la porte de la mairie ou même la diffuser dans le bulletin municipal de la collectivité; il ne semble pas pertinent de faire une publicité au BOAMP vu le coût de celle-ci.*
- ✓ *L'acheteur est libre. L'objectif est de trouver une adéquation entre publicité raisonnable (à moindre coût) et efficacité de l'achat (mise en concurrence).*
- ✓ *On peut demander des devis à plusieurs entreprises afin de mettre en jeu la concurrence.*

Les marchés à procédure adaptée

- ✓ *Les délais de réception des propositions à la publicité de la personne publique sont libres en MAPA. Il faut respecter un délai raisonnable dépendant de la complexité de la réponse à établir par les candidats à un marché public.*
- ✓ *Pour les marchés compris entre 90 000 euros HT et en dessous de 214 000 euros HT, la situation est plus simple que précédemment. Dans ce cas il est nécessaire de faire la publicité soit dans un JAL soit au BOAMP, le CCP imposant une telle publicité.*
- ✓ *Il est possible dans les MAPA de recourir à la négociation. Pour ce faire, le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.*

Les marchés à procédure adaptée

IMPORTANT :

En raison de la crise sanitaire et afin que les marchés publics servent de levier afin de participer à la relance économique, le gouvernement a décidé de modifier certains seuils. Ainsi :

- ✓ *Jusqu'au 10 juillet 2021 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 70 000 euros hors taxes. Ces dispositions sont applicables aux lots qui portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 70 000 euros hors taxes, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.*
- ✓ *Pour des produits livrés avant le 10 décembre 2020, les acheteurs peuvent conclure sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes portant sur la fourniture de denrées alimentaires produites, transformées et stockées avant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire. Ces dispositions sont applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.*

04

Les procédures formalisées et les techniques d'achat



Les procédures formalisées

- *Elles sont au nombre de trois : l'appel d'offres, la procédure avec négociation et le dialogue compétitif.*
- *Pour les procédures formalisées, le cadre juridique est plus strict. Il est nécessaire de respecter un formalisme et une publicité encadrée par le CCP.*
- *Il est ainsi obligatoire de publier un avis de marché au Journal Officiel de l'Union Européenne. Cet avis doit respecter le formalisme Européen pour sa publication.*
- *Les délais de réception des offres sont enfermés dans des délais stricts. Ils sont susceptibles d'aménagements dans certaines conditions.*
- *La dématérialisation de ces procédures est obligatoire. Il est nécessaire que les collectivités soient équipées d'un profil d'acheteur permettant les échanges électroniques de manière sécurisée.*

Les procédures formalisées

- *L'appel d'offres, qui peut-être ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.*
- *La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.*
- *Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.*

Les techniques d'achat

- *L'acheteur peut recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin ou pour permettre la présentation des offres ou leur sélection.*
- *Les techniques d'achat les plus couramment usitées sont :*
 - *l'accord-cadre qui permet de sélectionner un ou plusieurs attributaires et de les remettre en concurrence lors de la survenance du besoin selon des modalités qui auront été définies préalablement. Cela permet une certaine réactivité lors de la survenance du besoin.*
 - *le concours qui permet au final à l'acheteur de choisir un projet pour la construction d'un bâtiment.*
- *D'autres techniques d'achat existent comme le système de qualification, le système d'acquisition dynamique, le catalogue électronique ou les enchères électroniques.*

05

La commission d'appel d'offres



Le rôle de la commission d'appel d'offres

- *La commission d'appel d'offres (CAO), à l'occasion de la parution du CCP, a vu son rôle fortement réduit. Elle n'apparaît même plus dans le CCP.*
- *Elle a été intégrée dans le code général des collectivités territoriales (CGCT). Dorénavant la CAO a une compétence d'attribution. Elle intervient pour choisir l'attributaire d'un marché passé selon une procédure formalisée.*
- *La CAO peut ne pas être permanente, c'est-à-dire être instituée au besoin pour un marché déterminé. Mais bien souvent afin d'éviter d'inutiles réunions de l'assemblée délibérante, une CAO sera instituée pour toute la durée d'un mandat. Il est possible d'en instituer plusieurs. Il faudra alors déterminer le cadre d'intervention de chacune de ces commissions au sein de la collectivité.*
- *Les réunions de la CAO peuvent se faire à distance et en cas d'urgence impérieuse il est possible de ne pas la réunir et d'attribuer le marché directement.*
- *Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la CAO. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la CAO lui est préalablement transmis. Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la CAO.*

La composition de la commission d'appel d'offres

- *La composition de la CAO repose sur celle de la commission d'ouverture des plis des délégations de services publics.*
- *Lorsqu'il s'agit d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, la CAO est composée 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 ;*
- *Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, elle est composée du maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.*
- *Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui des membres titulaires.*
- *Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. Si après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.*

06

L'exécutif local et les marchés publics



L'exécutif local et les marchés publics

- *La passation et l'exécution des marchés au sein des collectivités se fait par une répartition des compétences entre l'assemblée délibérante et le maire ou président de l'EPCI.*
- *Il faut préciser que la compétence pour le lancement d'une procédure de passation d'un marché quel qu'il soit, n'est pas défini par les textes. La jurisprudence est venue se prononcer sur cette compétence. Le maire, même s'il n'est titulaire d'aucune délégation de l'assemblée délibérante, peut toujours lancer une procédure de passation et la mener à terme. Il lui sera en revanche **interdit** de signer le marché en question.*
- *La compétence pour signer les marchés relève du ressort de l'assemblée délibérante. Mais bien souvent, pour permettre une certaine fluidité dans l'action publique, l'assemblée délibérante délègue une partie de sa compétence au maire ou président de l'EPCI.*
- *Cette délégation de l'assemblée délibérante est bornée. En général l'assemblée fixe un montant au-delà duquel le maire ou président d'EPCI ne pourra signer sans l'assentiment de l'assemblée.*
- *Il est nécessaire de choisir un montant de délégation pas trop bas afin de ne pas entraver l'action publique et de ne pas faire revenir trop souvent des marchés devant l'assemblée.*
- *Il appartient à chaque collectivité de déterminer sa propre limite. Une analyse des marchés passés lors de la précédente mandature permettra par exemple de déterminer ce seuil.*

L'exécutif local et les marchés publics

- *L'exécutif local, s'il peut recevoir délégation de l'assemblée délibérante, peut lui-même déléguer cette compétence à d'autres personnes au sein de la collectivité.*
- *Le CGCT prévoit expressément que sauf disposition contraire dans la délibération portant délégation, les décisions prises en application de celle-ci peuvent être signées par un adjoint ou un conseiller municipal agissant par délégation du maire. Sauf disposition contraire dans la délibération, les décisions relatives aux matières ayant fait l'objet de la délégation sont prises, en cas d'empêchement du maire, par le conseil municipal. Le maire a l'obligation de rendre compte à chacune des réunions obligatoires du conseil municipal des décisions qu'il a pu prendre. Le conseil municipal a toujours la faculté de mettre fin à la délégation.*
- *Le CGCT permet au maire de donner délégation à certains agents. La liste des agents est expressément donnée par le CGCT :*
 - ✓ *Directeur général des services et au directeur général adjoint des services de mairie ;*
 - ✓ *Directeur général et au directeur des services techniques ;*
 - ✓ *Aux responsables de services communaux.*

L'exécutif local et les marchés publics

- *Pour pouvoir donner délégation de signature à ces agents il est nécessaire que la délibération donnant délégation au maire ait expressément prévu la délégation à des fonctionnaires.*
- *La délégation que le maire peut consentir à des adjoints ou bien à des fonctionnaires s'analyse comme une délégation de signature et non de fonction.*

07

Le contrôle de légalité



Le contrôle de légalité

- *Les actes des collectivités sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département.*
- *Le CGCT nous indique qu'en dessous d'un certain seuil, les marchés ne sont pas transmissibles au représentant de l'Etat. Ce seuil est de 214 000 euros.*
- *Il est une particularité à noter : les MAPA de travaux peuvent être conclus jusqu'à 5 350 000 euros. Ainsi, les MAPA de travaux entre 214 000 et 5 350 000 devront être transmis au contrôle de légalité.*

Le contrôle de légalité

- Pour permettre au préfet d'effectuer son contrôle, il faudra lui communiquer les pièces suivantes :
 - 1° La copie des pièces constitutives du marché public, à l'exception des plans ;
 - 2° La délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché public ;
 - 3° La copie de l'avis d'appel à la concurrence et de l'invitation des candidats sélectionnés ;
 - 4° Le règlement de la consultation, si celui-ci figure parmi les documents de consultation ;
 - 5° Les procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation de l'acheteur.
 - 6° Les renseignements, attestations et déclarations fournis en vertu des articles R. 2143-6 à R. 2143-12 et R. 2143-16 du code de la commande publique.
- Le préfet, s'il l'estime nécessaire, pourra demander la communication d'autres pièces du marché.

08

**Les marchés publics et la crise
sanitaire**



Les marchés publics et la crise sanitaire

- *Pour faire face à la crise sanitaire, le gouvernement, par divers textes, a mis en place des mesures dérogatoires dans le cadre des marchés publics.*
- *Certaines de ces dispositions ayant donné satisfaction au gouvernement, elles ont été définitivement adoptées. C'est le cas des avances. Un décret paru le 15 octobre a modifié le versement des avances (le gouvernement souhaitant simplifier les conditions d'exécution financières des marchés publics).*
- *Le décret vient supprimer le plafonnement des avances à 60 % du montant du marché. De même, ce texte annule l'obligation de constituer une garantie à première demande pour bénéficier d'une avance d'un montant supérieur à 30 %.*
- *Les modalités de remboursement sont aussi modifiées. Par exemple, pour les avances inférieures ou égales à 30 % du montant du marché, le remboursement s'impute « sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant toutes taxes comprises du marché ». Pour les avances supérieures à 30 %, il s'impute sur les sommes dues au titulaire dès la première demande de paiement.*

Les marchés publics et la crise sanitaire

- *Au vue de la crise sanitaire, le gouvernement, dans le cadre du plan de relance, souhaite pérenniser certaines dispositions de simplification mises en place pendant l'état d'urgence sanitaire.*
- *C'est pour cette raison que l'Assemblée nationale a adopté, le 6 octobre, en première lecture, le projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP).*
- *Ainsi il est prévu de faciliter la relance par les chantiers publics, en relevant à 100 000€ le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des marchés publics de travaux. Avec cette mesure adaptée et strictement limitée dans le temps (jusqu'au 31/12/2022), les acheteurs pourront contracter plus rapidement avec des entreprises et notamment des PME.*
- *Le gouvernement veut introduire la mention de l'intérêt général comme motif permettant de modifier les seuils par voie réglementaire. Cette mention permettra de sécuriser juridiquement les évolutions réglementaires qui pourraient intervenir pour simplifier et accélérer la conclusion de certains marchés, notamment dans des secteurs confrontés à des difficultés économiques importantes ou constituant des vecteurs essentiels de la relance économique.*

Les marchés publics et la crise sanitaire

- *La loi pourrait créer un dispositif de circonstances exceptionnelles. Afin de pouvoir réagir plus rapidement et plus efficacement à la survenance de circonstances exceptionnelles nouvelles, la mesure a pour objet d'inscrire dans le code de la commande publique un dispositif pérenne, s'inspirant du dispositif mis en place pendant l'état d'urgence sanitaire, qui pourra être mis en œuvre par décret.*
- *Cette loi pourrait étendre le régime d'exclusion aux marchés de services juridiques.*
- *La loi pourrait aussi assouplir le dispositif de réservation des marchés publics en faveur des structures d'insertion de personnes handicapées ou défavorisées. Le gouvernement a proposé de faciliter la poursuite d'activité des entreprises en redressement judiciaire, de réserver une partie de l'exécution des marchés globaux aux PME et artisans et de faciliter la modification des contrats en cours d'exécution en faisant application des règles européennes issues des directives de 2014.*

Service de renseignement téléphonique juridique et financier

Certaines questions posées par les participants peuvent renvoyer à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie dépassant le cadre de ces webconférences. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez notre service de renseignements téléphoniques * :

- par téléphone au 0970 808 809
- par mail sur le site Internet www.banquedesterritoires.fr, espace Territoires Conseils, Service de renseignements juridiques et financiers – rubrique Contact
- Retrouvez également toutes nos ressources dans un dossier spécial « **Nouveaux élus : nos outils** » **sur notre plateforme numérique** : <https://www.banquedesterritoires.fr/municipales-2020> (notes juridiques, visioconférences, questions-réponses....)

** Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Caisse des Dépôts, ce service de renseignements est accessible gratuitement à toutes les communes de moins de 10 000 habitants, toutes les communes nouvelles et les intercommunalités sans limite de taille.*

banquedesterritoires.fr



| [@BanqueDesTerr](https://twitter.com/BanqueDesTerr)

