BANQUE des TERRITOIRES

Caisse des Dépôts GROUPE

Territoires Conseils
un service Banque des Territoires

Les marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence et les marchés publics à procédure adaptée : fondamentaux juridiques

Sommaire

01 Introduction 3

02 Les seuils de procédure et la définition des besoins 5

03 Les marchés sans publicité ni mise en concurrence 9

04 Les marchés à procédure adaptée 14

05 L’exécutif local et la passation des marchés publics 20

06 Les apports de la loi ASAP 23

Introduction

01

La finalité du droit de la commande publique

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.

L'essence de l'achat public est la satisfaction des besoins des personnes publiques. Cette satisfaction doit se faire en ayant comme corollaire la bonne gestion des deniers publics. Les personnes publiques manipulent de l'argent public, il doit être utilisé dans de bonnes conditions et l'achat doit être efficace.

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 (Code de la Commande Publique) 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;*

Les seuils de procédure et la définition des besoins

02

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 introduisant des procédures de plus en plus drastiques.*
- *On distingue plusieurs procédures selon les divers seuils.*
- *Les marchés à procédures adaptées (MAPA) permettent une procédure de passation assez souple avec à l'intérieur de ceux-ci des règles de publicité à respecter de plus en plus contraignantes selon leurs montants.*
- *Les procédures formalisées (appel d'offres, procédure avec négociation…) qui sont les plus contraignantes car ce sont des marchés d'un certain montant, sachant que l'efficience 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.*
- *Pour les MAPA le recours à la CAO n'est pas obligatoire, l'assemblée délibérante peut dans son règlement intérieur indiquer une procédure à suivre. Si la collectivité le fait, il sera impérativement nécessaire de respecter les modalités décrites dans son règlement intérieur.*

La définition du besoin

*Pour définir le seuil qui lui est applicable, l'acheteur public doit estimer le **montant global** de son **besoin** sur **toute sa durée**. C'est ainsi qu'un marché de travaux devra prendre en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération (qu'elle concerne un ou plusieurs ouvrages).*

Les acheteurs ne doivent pas découper le montant de leurs marchés publics, dans le seul but de bénéficier de l'allégement des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce que l'on appelle « le saucissonnage » est interdit.

Une bonne évaluation et définition des besoins permet à l'acheteur public que l'achat puisse être réalisé dans les meilleures conditions possibles.

La précision des besoins exprimés dans la publicité ou le règlement de consultation permettra aux entreprises de connaitre exactement les attentes de l'acheteur et aussi de savoir si elles peuvent répondre aux attentes et aux besoins de celui-ci.

Une fois la définition claire et objective de ses besoins définie, l'acheteur pourra évaluer le montant chiffré de son marché et ainsi savoir quelles devront être les règles de passation qu'il devra respecter et les seuils applicables à son achat.

Tableau des divers seuils

	Publicité non obligatoire	*Publicité libre ou adaptée*	*Publicité au BOAMP ou dans un JAL*	*Publicité au BOAMP et au JOUE*
Fournitures et services	*en dessous de 40 000 €*	*de 40 000 € et jusqu'à 89 999,99 €*	*de 90 000 € à 213 999,99 €*	*à partir de 214 000 €*
Travaux	*en dessous de 100 000 € jusqu'au 31/12/2022*	*X*	*de 100 000 € à 5 349 999,99 €*	*à partir de 5 350 000 €*

	Publicité non obligatoire	*Publicité libre ou adaptée*	*Publicité au JOUE*
Services sociaux et spécifiques	*en dessous de 40 000 €*	*de 40 000 € à 749 999,99 €*	*à partir de 750 000 €*

Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence

03

Un seuil en deçà duquel ces marchés peuvent être conclus

Certains marchés en raison de leur montant peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence.

Ce seuil est fixé par le code à 40 000 euros. Attention le code de la commande n'a pas été modifié suite à la loi ASAP (loi d'accélération et de simplification de l'action publique).

Cette loi a introduit des nouvelles dispositions concernant le droit des marchés publics, surtout une concernant le seuil de certains marchés. Ainsi jusqu'au 31 décembre 2022 les marchés de travaux inférieurs à 100 000 euros pourront être passés sans publicité ni mise en concurrence, de même pour des lots qui portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 100 000 € hors taxes, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Cette disposition vise à participer à la relance économique suite à la crise sanitaire, afin de faire de l'achat public et plus particulièrement des marchés de travaux, un levier de reprise économique.

Les marchés de travaux étant de forts pourvoyeurs d'emplois, cela permettra, selon le gouvernement, de relancer rapidement ce secteur qui a été fortement impacté par la crise sanitaire. On pourra appliquer à ces marchés de travaux les mêmes principes qui prévalent pour les marchés inférieurs à 40 000 euros.

Il est à noter qu'il est nécessaire d'avoir un écrit au dessus du seuil de 25 000 euros permettant de formaliser la volonté contractuelle des parties.

Une souplesse encadrée par certaines exigences…

Cette souplesse permet de ne pas faire peser sur ces marchés publics un formalisme excessif, coûteux en temps et en moyens, au regard de leurs faibles montants et enjeux.

Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence ne sont pas totalement libres. Ils doivent respecter les grands principes de la commande publique et sont tout de même soumis à des obligations découlant du CCP.

*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.*

*Il est primordial que l'**acheteur** détermine avec précision la nature et l'**étendue** des besoins que le marché devra satisfaire.*

*L'**acheteur** manie des deniers publics, il aura l'**obligation** de choisir une offre qui devra satisfaire ses besoins et éviter tout superflu.*

*L'**acheteur** devra faire une certaine veille afin de connaitre toutes les entreprises susceptibles de répondre à son besoin afin de ne pas contracter toujours avec la même.*

*Il n'**est** pas obligatoire de faire référence aux cahier des clauses administratives générales.*

Les marchés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leurs objets

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir, ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées (catastrophe naturelle, édifice menaçant ruine…).

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées dans le cadre d'appels d'offres, MAPA, de marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques et services juridiques.

L'acheteur peut passer ces marchés lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé (œuvre d'art, exclusivité…).

Les marchés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leurs objets (suite)

Dans le cadre des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial selon certaines conditions édictées par le CCP.

L'acheteur peut aussi passer ce type de marchés pour l'achat de fournitures ou de services dans des conditions particulièrement avantageuses.

Pour des marchés ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure.

Les acheteurs (collectivités territoriales) peuvent passer un marché pour la fourniture de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes.

Les marchés à procédure adaptée

04

Définition

Peuvent-être 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. (lien de l'avis sur Légifrance)

- *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 inférieur à 5 350 000 euros HT pour les marchés publics de travaux. Les lots inférieurs à 80 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et inférieurs 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.

La publicité à respecter

Pour les marchés dont le montant est supérieur ou égal à 40 000 euros et inférieur à 90 000 (rappel : les marchés de travaux jusqu'à 100 000 euros), 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 doit permettre d'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 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.

La publicité à respecter (suite)

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 le 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(attention à la rédaction des devis).

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 impose une telle publicité.

La passation des MAPA

Il est possible dans les MAPA de recourir à la négociation; pour ce faire, elle doit être expressément indiquée 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.

La négociation permet de rendre une offre plus compétitive et d'assurer à la personne publique une meilleure qualité d'offre. La négociation pourra porter sur toutes les composantes de l'offre (prix, qualité du matériel, garanties …). Afin de rendre effective la négociation et surtout de prouver que celle-ci s'est déroulée dans des conditions strictes d'égalité, il est nécessaire d'établir un même canevas pour l'ensemble des candidats.

Il est possible dans ces marchés de limiter le nombre de candidats admis à la négociation; pour ce faire il est nécessaire de l'indiquer dès le lancement de la procédure. Il reviendra ensuite à l'acheteur de sélectionner, selon les critères qu'il a établis, les candidats avec lesquels il va négocier. Il peut être intéressant d'opérer cette sélection pour éviter un trop grand nombre de candidats avec lesquels la négociation se fera, car cela peut engendrer une perte de temps et moins de souplesse.

Même sans négociation on peut décider de limiter le nombre de candidatures, il sera alors nécessaire de l'indiquer dans les documents de la consultation.

La passation des MAPA

Les critères de choix des offres doivent être explicités mais il n'est pas obligatoire de procéder à leurs pondérations; même si le code ne rend pas cela obligatoire il est préférable de le faire afin de sécuriser la procédure et surtout d'avoir une information claire à destination des candidats.

La référence aux CCAG n'est pas obligatoire. Mais ils contiennent des règles qui peuvent s'avérer utiles en cas de litige ou de bonne exécution du marché. On peut cependant déroger à ces règles dans le cadre d'un CCAP. Il est important de comprendre que les CCAG sont un support qui peut s'avérer déterminant afin de régler un litige avec le titulaire d'un marché.

Si on n'y fait pas référence, on va retomber dans les règles générales relatives aux contrats publics.

L'acheteur, dès qu'il a fait son choix sur une candidature ou sur une offre, doit informer les candidats évincés de ce choix. Le délai de standstill n'est pas applicable en MAPA, mais les personnes publiques peuvent s'y astreindre. L'acheteur est tenu de communiquer les motifs de ce rejet au candidat qui en fait la demande, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande. Il est nécessaire de détailler les motifs de ce rejet.

L'acheteur devra communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché, en prenant garde de ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial.

L’exécutif local et la passation des marchés publics

05

L’exécutif local et la passation des marchés

- *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 le 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 définie par les textes. La jurisprudence est venue se prononcer sur cette compétence. Le maire ou président d’EPCI 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 sans l’aval de l’assemblée délibérante.*
- *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 au 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 le 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 de déterminer par exemple ce seuil.*

L’exécutif local et la passation des marchés

L’exécutif local peut recevoir une délégation de l’assemblée délibérante. Il peut aussi 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 par 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 de ces agents est expressément citée par le CGCT :

- ✓ *Au directeur général des services et au directeur général adjoint des services de mairie ;*
- ✓ *Au directeur général et au directeur des services techniques ;*
- ✓ *Aux responsables de services communaux.*

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.

Les apports de la loi ASAP

06

Loi ASAP, les principales mesures

La loi ASAP doit permettre de rendre pérennes certaines dispositions adoptées pendant la crise sanitaire et de soutenir les opérateurs économiques afin de les accompagner dans la mise en œuvre du plan de relance.

- Relèvement du seuil à 100 000 euros au lieu de 40 000 euros pour les marchés de travaux pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence.

- Un dispositif pourra être mis en œuvre par décret afin de prendre en compte la survenue d'une nouvelle crise. Cela permettra de déroger aux règles du CCP.

- Mise en place d'une exclusion des procédures de certains marchés publics de services juridiques, représentation légale d'un client et consultation juridique liés à un contentieux existant ou à venir.

- Les entreprises en redressement judiciaire peuvent candidater aux marchés publics quand elles bénéficient d'un plan de redressement et les personnes publiques ne peuvent plus résilier un marché sur la seule circonstance que l'entreprise est placée en redressement judiciaire.

- Les acheteurs pourront désormais réserver un même marché à la fois aux entreprises adaptées aux établissements et services d'aide par le travail et aux structures d'insertion par l'activité économique.

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 20 000 habitants, toutes les communes nouvelles et les intercommunalités sans limite de taille.*

banquedesterritoires.fr

@BanqueDesTerr