

MARCHES SUR PROCEDURE ADAPTEE

PROBLEME

Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence de la procédure. Ces principes s'appliquent de façon détaillée et obligatoire dans les procédures d'appel d'offres, de concours, de dialogue compétitif et les procédures négociées. Pour les marchés de travaux des collectivités territoriales pour des opérations dont le montant est inférieur à 5 186 000 euros HT, ainsi que pour les fournitures et services dans la limite de 207 000 euros HT, la personne publique détermine elle-même les modalités de publicité et de mise en concurrence. Elle n'a cependant aucune obligation formelle pour les marchés de moins de 15 000 euros HT.

La procédure adaptée est également possible, quel que soit le montant du marché, pour certains services (article 30).

TEXTE

- Articles 26, 27-III, 28 et 30 du code des marchés publics
- Circulaire 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics

□ PROCEDURE

Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées librement par le pouvoir adjudicateur 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.

Il faut en outre concilier ces critères avec les principes fondamentaux de l'article 1^{er} du Code des marchés publics. L'article 28 du code précise que pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur « peut s'inspirer » des procédures formalisées (appel d'offres, marchés négociés, concours, ...) prévues par le code, sans pour autant que les marchés ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. Mais, si l'inspiration devient la

« référence expresse » à l'une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur est alors tenu d'appliquer les modalités prévues par le code. Enfin, l'article 30-I du code des marchés publics prévoit que les marchés ayant pour objet des prestations de services qui ne figurent pas dans la liste des services soumis à un régime normal de passation (services qui figurent à l'article 29 du code), peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée dans les conditions de l'article 28.

Pour les procédures formalisées, lorsqu'un avenant augmente de plus de 5 % le montant global du marché, l'avis préalable de la commission d'appel d'offres est indispensable, sous peine d'entraîner la nullité de la procédure en application de l'article 8 de la loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public (voir en ce sens, Rep. Min. n°19960, JO Sénat du 9 février 2006, p.361). L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés qui, conformément aux dispositions du code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à l'avis de la commission d'appel d'offres, c'est-à-dire pour les marchés à procédure adaptée (article 8 de la loi n°95-127 du 8 février 1995). Une erreur courante consiste à voir dans cette formalité obligatoire une interdiction de principe des avenants majorant le prix du marché de plus de 5 % : il n'en est rien (article 20 CMP).

Définition des besoins

Tout marché public conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ses besoins, c'est pourquoi il est nécessaire que la personne publique définisse préalablement ces besoins avec précision.

Modalités de publicité et de mise en concurrence

En dehors des cas prévus par le code, tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective :

- pour les marchés de travaux, de services et de fournitures d'un montant inférieur à 15 000 euros HT, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code. Mais lorsqu'il fait usage de

cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

- pour les marchés de travaux, de services et de fournitures d'un montant compris entre 15 000 euros HT et 90 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment du montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause. Le mode de publicité doit être retenu en fonction du montant du marché, de l'objet, de la nature, de la complexité et de l'urgence du besoin. L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels d'être informés de l'intention d'acheter, manifestée par la collectivité, et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité des offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

Lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse écrite peut apparaître trop coûteuse au regard du montant de l'achat, il convient de trouver une ou plusieurs modalités comme la publicité par voie d'affichage, sur un support internet.

Concernant l'affichage, s'il n'est pas toujours adapté à l'organisation d'une mise en concurrence efficace, il est possible pour les collectivités d'habituer les fournisseurs au recours à ce support, en les informant dans un premier temps de son utilisation par le biais d'une publication préalable d'annonces notamment dans l'organe d'information de la collectivité, et/ou dans la presse écrite locale.

S'agissant du recours à internet, lorsque les acheteurs disposent ou utilisent des sites dédiés à l'achat public à forte audience, on peut considérer ce moyen de publicité comme un moyen unique suffisant dans la mesure où la collectivité publique a procédé préalablement à une information générale des candidats potentiels sur son intention de publier ses avis par ce moyen.

En revanche, pour des sites à audience plus réduite (et notamment les sites institutionnels de la personne publique elle-même, dits « profils d'acheteur »), il convient de ne considérer ce

mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire venant appuyer une publication par voie de presse, même succincte mais qui renverrait pour les détails à l'annonce mise en ligne, la circulaire du 14 février 2012 insistant sur le fait que le recours au profil d'acheteur ne « *peut être un moyen unique suffisant que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché* ».

Le Conseil d'Etat considère ainsi que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas autorisés « *à limiter systématiquement les mesures de publicité entreprises pour la passation d'un marché à une publication sur leur " profil d'acheteur "* » (CE, 4 juillet 2012, req. n°353305).

Enfin, si les demandes de devis sont parfois autorisées pour les marchés aux montants les moins importants, le juge administratif considère que ces marchés demeurent soumis aux principes généraux de la commande publique, et que l'acheteur public doit faire connaître aux entreprises consultées les critères sur lesquels il entend comparer les offres et fonder son choix (CAA Douai, 31 décembre 2012, req. n°11DA00590).

- pour les marchés de fournitures et de services d'un montant compris entre 90 000 euros HT et 207 000 euros HT (et pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 90 000 euros HT et 5 186 000 euros HT l'article 40 du Code des marchés publics impose des modalités de publicité précisément définies. Le pouvoir adjudicateur est tenu de publier au moins un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL). Le pouvoir adjudicateur appréciera de plus, si compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, services ou travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs utile pour assurer une publicité conforme aux principes de la commande publique (la tendance est à l'application croissante de cette disposition). Le pouvoir adjudicateur devra en outre publier cet avis sur son profil d'acheteur.

Le pouvoir adjudicateur peut faire paraître, en plus de ces avis, un avis d'appel public à la concurrence dans une autre publication dans des conditions précisées par l'arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres.

Attention : le Conseil d'Etat rappelle que lorsque la personne responsable du marché décide de recourir à la procédure adaptée, elle détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques du marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé. Ainsi, dans le cadre de la passation d'un marché d'un montant prévisionnel de 35 000 euros selon la procédure adaptée, le juge a estimé que les mesures de publicité et de mise en concurrence définies par la région Nord-Pas-de-Calais (la publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans un journal régional et la diffusion de cet avis par la voie de son site internet) ne permettraient pas, compte tenu de l'objet du marché, d'assurer une publicité suffisante auprès des candidats ayant vocation à y répondre de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats (CE, 7 octobre 2005, région Nord-Pas-de-Calais, n°278732 : à propos d'un marché de programmation).

Après publicité, il est souhaitable que plusieurs candidatures ou offres soient obtenues et qu'elles fassent l'objet d'un traitement égal. L'article 28 rappelle que la collectivité ne peut exiger des candidats plus de renseignements ou de documents que ceux prévus par les articles 45, 46 et 48 du code des marchés publics.

Bien qu'il n'existe pas de règle impérative détaillée, les règles de mise en concurrence que définit la personne publique doivent être proportionnées à l'objet et au montant du marché. La personne publique doit laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer. Une publicité qui fixerait un délai de réception des offres trop court pourrait être considérée comme insuffisante au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement.

Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est désormais expressément autorisé par le code, et s'avère possible sur tous les éléments, y compris le prix sans aucune condition ni de circonstance ni de montant du marché, sous respect toujours de ces mêmes principes (article 28 du code).

Les négociations peuvent en outre avoir pour objet de régulariser des offres irrégulières ou inacceptables, seules les offres inappropriées, c'est-à-dire ne répondant pas aux besoins du pouvoir adjudicateur, devant être éliminées (RM, JOAN 29 mars 2011, n°95918, p. 3124).

Selon une réponse ministérielle du 7 mai 2009, cette disposition doit être combinée avec l'article 42 du même code lequel dispose que pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre. Le recours à la négociation étant une caractéristique principale de la procédure, le pouvoir adjudicateur doit en conséquence le mentionner dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation (RM, JO Sénat, 7 mai 2009, n° 07293, p. 1142). Le juge administratif considère en effet que la mise en œuvre de négociations constitue un élément caractéristique de la procédure, que le principe de transparence impose d'annoncer aux candidats dès l'avis d'appel public à la concurrence (CAA Nantes, 7 juin 2013, req. n°11NT03240).

En outre, l'article 56 du Code des marchés publics relatif à la dématérialisation des procédures impose que tous les documents relatifs aux candidatures et aux offres pour les marchés de fournitures ou de services informatiques dont le montant est supérieur à 90 000 euros HT soient transmis par voie électronique.

De même, le pouvoir adjudicateur peut imposer la transmission par voie électronique de tous les documents relatifs à la passation du marché, et ne peut, pour les achats de fournitures, de services ou de travaux d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, refuser de recevoir les documents requis des candidats qui sont transmis par voie électronique.

Enfin, le respect des principes de la commande publique exige que la personne publique retienne l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'elle puisse se justifier en cas de contestation.

Dans cette procédure, l'attribution peut être décidée par l'Exécutif, mais l'approbation du contrat et l'autorisation de sa signature relève de la compétence du Conseil municipal, sauf en cas de délégation des compétences au Maire (CGCT, art. L. 2122-22-4°). Compte-tenu de l'importance des marchés de travaux pour laquelle son utilisation est autorisée (5 186 000 euros HT), il peut être utile d'organiser la procédure en faisant intervenir volontairement la Commission d'Appel d'Offres afin qu'elle émette un simple avis sur les offres remises (l'exécutif restant seul compétent pour choisir l'attributaire).

Conclusion du marché

La forme écrite est obligatoire dès lors que le montant du marché excède 15 000 euros HT.

Il est recommandé de prévoir pour ces marchés, ainsi que le mentionne la jurisprudence communautaire, un délai raisonnable entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché afin de permettre à un candidat qui s'estimerait irrégulièrement écarté de formuler un recours avant la conclusion du marché. Toutefois, ce délai est déterminé par l'acheteur en fonction des caractéristiques du marché, au premier rang desquelles le montant.

La directive recours impose aux pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures formalisées, de respecter un délai de 16 jours entre l'envoi de la notification du marché et la signature du marché, délai qui peut être réduit à 11 jours lorsque la notification est effectuée sous forme électronique. A la libre appréciation du pouvoir adjudicateur dans le cas des marchés à procédure adaptée, ce délai doit toutefois être raisonnable (TA Lyon, 26 mars 2010, Société Chenil service, n°1001293). Un délai de 8 jours a par exemple été considéré comme insuffisant (TA Paris, 30 juillet 2010, Société Althing, n°1012380).

Le juge administratif considère en effet que cette information des candidats non retenus « relève des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures », et « présente un caractère substantiel et trouve également à s'appliquer, y compris aux marchés passés selon la procédure prévue par les dispositions précitées de l'article 26 du code des marchés publics » (CAA Bordeaux, 7 juin 2011, n°09BX02775, voir aussi CAA de Nancy, 18 novembre 2013, n°12NC01181)).

La procédure s'achève par la notification du marché public avant tout commencement d'exécution, c'est à dire par l'envoi du marché signé au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine. La date de notification est la date de réception du marché par le titulaire, le marché prenant effet à cette date, sauf stipulation contraire.

Les marchés passés en procédure adaptée de moins de 207 000 euros HT ne sont pas soumis à l'obligation de transmission au préfet pour leur contrôle de légalité (CGCT, art. L.2131-2 et D.2131-5-1).

Exécution du marché

Les marchés passés en procédure adaptée sont exécutés conformément aux règles prévues par le titre IV du code. Ainsi, ces marchés peuvent donner lieu à des versements d'avances ou d'acomptes, faire l'objet d'une cession ou d'un nantissement des créances, d'une sous-traitance (quand il s'agit de travaux ou de services) ou encore être modifiés par la conclusion d'avenants dans les conditions posées par le titre IV.

Les marchés conclus en procédure adaptée sont également soumis au respect du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, qui fixe à 30 jours le délai global de paiement des marchés publics des collectivités territoriales (mandatement et paiement).

Recours

Alors que l'article L. 551-15 du Code de justice administrative a instauré un « référé contractuel » ouvert à l'encontre de tous les marchés dont la procédure de passation a été lancée à compter du 1^{er} décembre 2009, il exclut en principe son application pour tous les marchés dont la passation n'est pas soumise à publicité préalable ou qui ne sont pas soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus.

Cependant, pour pouvoir bénéficier de cette dérogation, l'article 40-1 du Code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de publier au préalable au Journal officiel de l'Union Européenne son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité, et d'observer un délai de onze jours après cette publication avant de conclure le contrat.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat considère aujourd'hui que les marchés à procédure adaptée, dès lors qu'ils ne comportent pas « *l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution* » n'encourent l'annulation par le juge des référés contractuel que dans les seules hypothèses où aucune mesure de publicité n'a été prise ou que les obligations de remise en concurrence des accords-cadres n'ont pas été respectées (CE, 29 mai 2013, req. n°365954). Le juge des référés contractuels pourra cependant vérifier que le marché en cause constitue bien un marché à procédure adaptée et pouvait faire l'objet

Août 2015

de mesures de publicités différentes de celles des marchés à procédure formalisée.

□ PROCEDURE POUR LES MARCHES DE SERVICES DE L'ARTICLE 30 DU CODE

L'article 30 du code des marchés publics autorise le recours à une procédure adaptée librement définie par la personne responsable du marché pour les marchés publics et les accords-cadres quel que soit leur montant et qui ont pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnés à l'article 29 du code qui donne une liste limitative des services soumis à un régime normal de passation, conformément à l'Annexe II B de la Directive 2004/18/CE. Lorsqu'un marché public ou un accord-cadre a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 29 et des services n'en relevant pas, il est passé conformément aux dispositions de l'article 29 si la valeur des services mentionnés à cet article dépasse la valeur de ceux qui n'en relèvent pas.

Si la procédure adaptée est mise en œuvre, l'article 6 du code relatif aux spécifications techniques s'applique à ces marchés si leur montant est égal ou supérieur à 207 000 euros HT.

Ces marchés font en outre l'objet d'un avis d'attribution conformément à l'article 85 du Code des marchés publics. Le non-respect de cette formalité n'est cependant pas susceptible d'entraîner l'annulation du marché public en cause (CE, 29 mai 2013, req. n°365954).

Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 207 000 euros HT sont attribués par la Commission d'Appel d'Offres.

Les marchés ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige ne sont pas soumis, dans le respect des principes déontologiques applicables à la profession d'avocat, aux dispositions du titre IV du code (exécution du marché).

□ CONSEIL

Dans certaines zones géographiques de faible densité démographiques, pour certaines prestations ou à certaines époques de l'année, l'efficacité des moyens de communication sera

difficile à mettre en évidence.

La personne publique a tout intérêt à conserver la trace écrite du choix effectué : pourquoi tel type de communication et surtout pourquoi pas tel autre (efficacité, délais, coûts disproportionnés avec le gain à attendre en termes de « qualité/prix »).

□ NOTA

L'article 133 du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur une obligation de publicité *a posteriori*. Celle-ci est en effet, tenue de publier au cours du premier trimestre de chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires. Les modalités d'application sont posées par l'arrêté du 21 juillet 2011.

La possibilité de recourir à la procédure adaptée décrite à l'article 28 I du code des marchés publics est partiellement ouverte de manière dérogatoire et sous certaines conditions aux marchés allotis (article 27 III : « petits lots » inférieurs à 80 000 Euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et à 1 000 000 Euros HT dans le cas des marchés de travaux, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots. Dans le cas où un minimum et un maximum sont fixés, les 20 % s'appliquent au montant minimum du marché), ainsi qu'aux marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant inférieur à 207 000 euros HT avec obligation d'indemnisation des prestations remises par les candidats.

Les règles applicables en la matière vont néanmoins évoluer prochainement en raison de la transposition des directives marchés publics n°2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014. A cet effet, leur transposition a été effectuée par l'Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui doit entrer en vigueur à une date fixée par décret et avant le 1^{er} avril 2016. Elle ne pourra s'appliquer, en tout état de cause, aux contrats dont la procédure de passation a été engagée avant le 1^{er} janvier 2016.