

Commission du commerce et des échanges  
3 mai 2012  
Clémence Besnard

# Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics Circulaire du 14 février 2012 Synthèse

Adoptée le 14 février 2012, une circulaire interministérielle<sup>1</sup> établit une nouvelle version du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, abrogeant la précédente en date du 29 décembre 2009.

Sans revêtir une portée réglementaire, ce document constitue une aide importante à destination tant des acheteurs publics que des entreprises, et ce d'autant qu'elle fut rédigée par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ), déjà acteur à part entière de l'élaboration du Code des Marchés Publics (CMP) en 2006.

Cette mise à jour entend intégrer les diverses évolutions textuelles et jurisprudentielles du droit de la commande publique survenues depuis 2009, ainsi que les « retours du terrain »<sup>2</sup> apportés par les praticiens. Elle aborde notamment la question des contrats de quasi régie au travers des sociétés publiques locales<sup>3</sup>, présente l'élément d'extranéité parmi les exclusions admises par le CMP<sup>4</sup>, la notion de contrat de performance énergétique<sup>5</sup> et les nouveaux seuils applicables aux procédures de passation<sup>6</sup>.

Pour autant, il ne s'agit pas là de son intérêt essentiel.

Organisée en cinq parties (Champ d'application, La préparation de la procédure, La mise en œuvre de la procédure, L'exécution des marchés, Les dispositions applicables aux entités adjudicatrices), ses enjeux principaux résident dans les précisions et clarifications apportées en termes d'allègements procéduraux et de mesures favorisant l'accès des PME.

En conséquence, les éléments principaux à retenir peuvent être articulés en trois parties distinctes, à savoir la préparation de la procédure de passation (I), puis sa mise en œuvre (II), pour finir par la passation même du marché public (III).

---

<sup>1</sup> Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF n°0039 du 15 février 2012 page 2600.

<sup>2</sup> Comme le souligne C. BERGEAL, directrice des affaires juridiques du ministère de l'Economie : Propos recueillis par S. d'Auzon avec D. Errard, « *Exclusif : Catherine Bergeal commente le nouveau Guide de bonnes pratiques en marchés publics* », Le Moniteur n°5648, 24 février 2012.

<sup>3</sup> Loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, JORF n°0122 du 29 mai 2010 page 9697.

<sup>4</sup> CE, 4 juillet 2008, *Société Colas Djibouti*, n°336028.

<sup>5</sup> Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JORF n°0197 du 26 août 2011 page 14453.

<sup>6</sup> Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du Code des Marchés Publics, JORF n°0287 du 11 décembre 2011 page 21025 et Décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JORF n°0302 du 30 décembre 2011 page 22739.

# ***I. La préparation de la procédure de passation***

## **1.1 La définition des besoins : « la clef d'un achat réussi »**

Avant toute chose, pour parvenir à un « achat réussi », l'acheteur public se doit de « définir avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire »<sup>7</sup>. Il est à noter que cette définition doit en outre intégrer les exigences du développement durable, telles les exigences sociales et environnementales<sup>8</sup>.

### **1.1.1. La précision des besoins de l'acheteur**

#### ***Les prestations supplémentaires éventuelles :***

L'acheteur public peut, en complément de l'offre de base, demander ou proposer aux candidats des prestations supplémentaires qu'il pourra ou non commander à la signature du contrat. **Néanmoins, la circulaire incite les acheteurs à un usage modéré et parcimonieux de cette faculté** <sup>9</sup> et de lever de manière ferme, avant la signature du marché, les prestations supplémentaires qu'il entend retenir.

#### ***L'utilisation des variantes :***

Il est aussi possible pour les candidats d'émettre des variantes<sup>10</sup>, c'est-à-dire « des modifications (...) des spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation »<sup>11</sup>. Le CMP exige cependant une autorisation expresse du pouvoir adjudicateur dans les documents de la consultation ou l'avis de publicité dans le cadre des procédures formalisées<sup>12</sup>. A l'inverse, concernant les marchés à procédure adaptée (MAPA), les variantes sont autorisées, sauf si l'acheteur public les a expressément interdites.

En outre, il est dorénavant permis aux entreprises candidates de proposer des variantes sans offre de base, à moins que le pouvoir adjudicateur ne l'exige<sup>13</sup>. **Véritable avantage pour les PME et entreprises innovantes dans leur accès aux marchés publics, cela leur permet de « proposer des solutions alternatives tout autant adaptées au besoin », tandis qu'elles n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base.** Au-delà, le Guide met cependant en garde les acheteurs publics face aux difficultés que peut susciter l'examen de ces variantes, notamment lorsqu'elles sont présentées sans offre de base.

### **1.1.2. Les offres spontanées proposées par les entreprises**

Dans le même ordre d'idées (à savoir favoriser l'innovation), et devançant le droit communautaire sur ce point<sup>14</sup>, le Guide affirme dorénavant la possibilité pour les entreprises de proposer spontanément leurs offres à un pouvoir adjudicateur, en réponse à un besoin qu'il n'aurait pas lui-même identifié au préalable.

Mais il ne peut contracter directement avec l'entreprise initiatrice et doit organiser une procédure de mise en concurrence avec les autres opérateurs potentiellement intéressés. Il devra cependant veiller à respecter le secret des affaires et protéger les informations commerciales ou techniques des entreprises initiatrices. Enfin, le rejet de l'offre spontanée n'est pas soumis à une obligation de motivation. La pratique se trouve ainsi mieux encadrée.

---

<sup>7</sup> Conformément à l'article 5 du Code des marchés publics.

<sup>8</sup> Point rappelé par la jurisprudence : CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice côte d'Azur*, n°351570.

<sup>9</sup> La DAJ y consacre une fiche intitulée « Options et prestations supplémentaires éventuelles » consultable sur le site internet: <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>.

<sup>10</sup> Conformément à l'article 50 du Code des marchés publics.

<sup>11</sup> CE, 5 janvier 2011, *Société Technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*, n° 343206 et 343214.

<sup>12</sup> En ce sens : CE, Section, 12 mars 2012, *Société Cleau Channel France*, n°353 826.

<sup>13</sup> Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique (article 50 III du Code des marchés publics), JORF n°0197 du 26 août 2011 page 14453.

<sup>14</sup> La notion fut seulement abordée par la Commission européenne dans son Livre vert sur Les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions du 30 avril 2004, COM (2004) 327 final.

## 1-2 Le choix de la forme du marché

### 1.2.1. Les modes de dévolution

#### *L'allotissement :*

Selon l'article 10 du Code, l'allotissement constitue le mode de dévolution de principe, dès lors que l'objet du marché public permet l'identification de prestations distinctes. Cela n'empêche toutefois pas le pouvoir adjudicateur de recourir à une procédure adaptée pour les « petits lots », même si le montant total atteint le seuil de procédure formalisée<sup>15</sup>. Pour la circulaire, « l'allotissement est particulièrement favorable aux PME », notamment lorsque le marché « risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise ». En ce sens, s'il peut être interdit de présenter une offre sur plusieurs lots<sup>16</sup>, il est illégal d'exiger d'un candidat qu'il soumissionne à tous les lots<sup>17</sup>.

Le recours au marché global n'est possible qu'en cas de difficultés techniques<sup>18</sup>, économiques et/ou financières<sup>19</sup>. Sanctionné d'un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge<sup>20</sup>, la nouvelle mouture du Guide précise que le pouvoir adjudicateur doit néanmoins être à même de prouver que ces conditions se trouvent remplies. *Aussi, malgré un marché global, l'acheteur public est incité à le décomposer en postes techniques, pouvant être attribué à un groupement d'entreprises, notamment de PME.*

#### *Les contrats globaux particuliers admis par le Code des marchés publics :*

En marge des marchés de conception-réalisation<sup>21</sup>, de nouveaux contrats globaux introduits dans le Code à l'article 73<sup>22</sup> sont repris dans la circulaire : les contrats globaux sur performance comprenant les marchés de réalisation, et d'exploitation, ou maintenance et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance<sup>23</sup>. Loin d'être limités à la seule performance énergétique, ces marchés publics globaux peuvent être utilisés pour tout objectif chiffré de performance, défini notamment en termes de niveau d'activité, qualité de service ou réduction d'incidence écologique. Ces derniers seront pris en compte pour moduler la rémunération du titulaire.

### 1.2.2. Les autres spécificités formelles

#### *Les marchés fractionnés :*

L'acheteur public dispose d'une faculté essentielle, puisqu'il peut planifier son besoin dans le temps en procédant à la passation d'un marché fractionné. Le présent Guide distingue le marché à bon de commande et l'accord cadre, grâce auxquels le pouvoir adjudicateur pourra se doter d'un « vivier » de prestataires par une procédure initiale complète de publicité et mise en concurrence et avec lesquels il pourra ensuite nouer une relation contractuelle lors de la survenance du besoin selon des modalités allégées. L'intérêt de la circulaire consiste dès lors à conseiller la marche à suivre par l'acheteur.

S'agissant des marchés à bon de commande, il est vivement recommandé au pouvoir adjudicateur de mentionner un minimum et maximum en valeur ou quantité, afin d'apporter certaines garanties aux entreprises et de sécuriser leurs carnets de commande. L'acheteur public n'établissant pas de montant maximum à son marché sera présumé dépasser

---

<sup>15</sup> Selon l'article 27 III du Code des marchés publics, pour les lots dont le montant est inférieur à 80 000€ HT pour les marchés de fournitures et services et à 1 000 000€ HT pour les marchés de travaux. Encore faut-il que le montant cumulé n'excède pas 20% de la valeur de l'ensemble du marché.

<sup>16</sup> CAA Versailles, 22 février 2007, *Préfet de l'Essonne*, n° 05VE01994 : Une telle interdiction se doit toutefois d'être justifiée et proportionnée au but poursuivi.

<sup>17</sup> CE, 1<sup>er</sup> juin 2011, *Société Koné*, n° 346405.

<sup>18</sup> CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, n°311379.

<sup>19</sup> CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes Métropole*, n° 319949 : lorsque l'allotissement est de nature à renchérir significativement le coût de la prestation.

<sup>20</sup> CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737.

<sup>21</sup> Pour rappel : Etablis à l'article 37 du Code des marchés publics, ces marchés de travaux constituent une exception à la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, en permettant au maître d'ouvrage de confier simultanément la conception et la réalisation d'un ouvrage à un seul opérateur.

<sup>22</sup> Décret n°2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique (article 50 III du Code des marchés publics), JORF n°0197 du 26 août 2011 page 14453.

<sup>23</sup> Ces nouveaux contrats font toutefois polémique auprès des professionnels du BTP et représentants divers des entreprises. Ainsi, ces marchés tendraient à remettre en cause l'accès direct des PME aux marchés publics assuré par l'allotissement. Cf Propos recueillis par S. d'Auzon et E. Cloâtre, « *Code des marchés publics modifié : le point de vue des entreprises* », LeMoniteur.fr, 31 août 2011.

les seuils communautaires et dès lors contraint de suivre une procédure formalisée. Afin de favoriser les PME innovantes qui présenteraient aux premiers abords un prix sensiblement plus élevé, **ce dernier devra dorénavant privilégier une répartition des bons de commande au bénéfice du « mieux disant » et non plus le moins disant** (sur le fondement du prix). De fait, la circulaire prend acte des revendications des entreprises et du récent mouvement vers une meilleure prise en compte du « coût global ».

S'agissant de l'accord cadre, l'acheteur public se doit aussi de prévoir des informations permettant d'apprécier l'étendue du marché dans l'avis de publicité ; mais aussi diverses précisions relatives aux modalités de passation des marchés subséquents dans le cahier des charges de l'accord cadre.

D'autre part, la circulaire mentionne le marché à tranches conditionnelles, grâce auquel le pouvoir adjudicateur peut ne s'engager que sur une tranche ferme et prévoir des tranches conditionnelles, qu'il pourra affermir par la suite. A nouveau le Guide recommande de fixer un délai pour l'affermissement des tranches et le contrat se doit de prévoir les modalités d'indemnisation de tout retard ou non affermissement d'une tranche.

**Les marchés reconductibles** : nouveauté dans le Guide de bonnes pratiques, il est fait mention des marchés reconductibles. Etabli à l'article 16 du CMP, modifié par le décret du 25 août 2011, ce type de contrat permet à l'acheteur public de prévoir une ou plusieurs reconductions du marché initial. Mettant fin à toute ambiguïté, cette reconduction tacite, sauf stipulation contraire, s'impose au titulaire du contrat, à la condition que « ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises », donc que le titulaire en ait eu connaissance dès le lancement de la procédure.

### 1-3 La dématérialisation

Diverses mesures ont pu être prises par la France afin d'optimiser l'utilisation d'Internet dans les procédures de passation des marchés publics<sup>24</sup>. L'idée étant bien de parvenir à en alléger la charge administrative et de simplifier les formalités de passation à destination des entreprises, la nouvelle version du Guide prend soin d'encadrer le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques dans cette utilisation de la voie électronique<sup>25</sup>.

#### ***Un choix de l'acheteur public encouragé pour la publicité et mise en concurrence :***

En ce sens, il est permis à l'acheteur public de recourir à une procédure dématérialisée pour la passation de tout marché et d'imposer au candidat soumissionnaire la transmission des candidatures et offres par voie électronique. *A minima*, le pouvoir adjudicateur se doit dorénavant de procéder à la publication des avis d'appel public à la concurrence et des documents de la consultation par voie électronique, sur son profil d'acheteur, pour les marchés publics de fournitures, matériels et services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 Euros HT<sup>26</sup>.

#### ***Un mode de transmission des documents ouvert aux sociétés candidates :***

Aussi, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, pour les marchés d'un montant supérieur à 90 000 Euros HT, l'acheteur public ne peut plus refuser de recevoir les documents des candidats qui auront choisi de les envoyer par voie électronique, à la condition que ceux-ci respectent ce même mode de transmission pour l'ensemble des documents requis<sup>27</sup>.

La circulaire en prévoit les modalités de transmission, en exigeant la signature électronique de tous les documents devant être signés en vertu de la réglementation en vigueur.

Dans tous les cas, elle rappelle l'obligation expresse de l'acheteur public d'assurer « la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire ». Ces mesures visent à nouveau à simplifier les procédures de passation, tout en assurant la protection des entreprises.

---

<sup>24</sup> Déjà en 2010, la Commission européenne préconisait de dynamiser les procédures dématérialisées dans son Livre vert sur Le développement des marchés publics électroniques dans l'Union Européenne, SEC(2010) 1214 du 18 octobre 2010, une idée d'ailleurs reprise par les récents projets de directive marchés publics (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 20 décembre 2011, COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD)).

<sup>25</sup> Cet encadrement se trouve renforcé par l'établissement sur le site de la DAJ de nombreuses fiches techniques, d'un Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics en octobre 2010 et d'un Guide technique pour la sécurité de la dématérialisation des achats publics.

<sup>26</sup> Etabli à l'article 40 du Code des marchés publics, ce dispositif s'impose également pour les marchés de fournitures et services courants passés dans le cadre du système d'acquisition dynamique.

<sup>27</sup> Article 56 I du Code des marchés publics.

## **II. La mise en œuvre de la procédure de passation**

### **2-1 Les mesures de publicité et mise en concurrence**

#### **2.1.1. Les marchés à procédures formalisées : la prise en compte des seuils de 2011**

##### ***Les mesures de publicité et mise en concurrence :***

Il s'agit pour la nouvelle mouture du Guide de prendre acte du rehaussement récent des seuils<sup>28</sup>, au-delà desquels le pouvoir adjudicateur sera contraint de mettre en œuvre une procédure formalisée, à savoir :

- 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux ;
- 200 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées ;
- 130 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat et de ses établissements publics.

Suivant la tendance à la hausse de ces seuils, l'acheteur public pourra donc recourir plus largement aux MAPA. Seuls les achats les plus importants seront soumis à une procédure formalisée, laquelle pouvant s'avérer contraignante, tant pour l'acheteur public, que pour les entreprises candidates devant s'y conformer par la présentation de leurs candidatures et offres. Malgré tout, il convient de noter que les procédures formalisées présentent l'avantage de procéder à une réelle mise en concurrence.

Aussi, au-delà des seuils, le pouvoir adjudicateur devra s'acquitter d'une publication au BOAMP et JOUE, afin d'assurer la mise en concurrence. Or, toujours dans le sens d'une plus grande dématérialisation des procédures, le Guide réaffirme l'intérêt des acheteurs publics à les publier en ligne.

##### ***La publication obligatoire sur le profil de l'acheteur :***

L'acheteur public doit depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 publier les avis d'appel public à la concurrence et les documents de consultation sur son profil d'acheteur<sup>29</sup> pour les marchés d'un montant supérieur ou égal à 90 000 € HT. **Il s'agit par cette mesure d'assurer l'accès aux marchés au plus grand nombre d'entreprises, et notamment aux PME qui bien souvent ne sont en mesure de se tenir informer des avis d'appel d'offres.** Pour éviter toute ambiguïté, le présent Guide rappelle ce qu'il faut entendre par la notion « profil d'acheteur », à savoir une « plate-forme accessible en ligne et offrant toutes les fonctionnalités nécessaires à la dématérialisation des procédures » (publier les avis d'appel public et documents de consultation, recevoir les candidatures et offres électroniques en toute sécurité et confidentialité, gérer les échanges d'information pendant la procédure de passation)<sup>30</sup>. Un simple site internet ne serait pas suffisant.

#### **2.1.2. Les marchés à procédure adaptée (MAPA)**

En deçà de ces nouveaux seuils des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur pourra, conformément à l'article 28 du CMP, avoir recours aux MAPA. Le Guide y recommande par des développements précis, dans l'idée d'alléger la charge administrative de la passation.

##### ***Les dispenses de procédure de publicité et mise en concurrence :***

La présente circulaire va toutefois plus loin en énumérant plusieurs cas de dispenses totales de formalités.

Surtout, facilité indiscutable, le marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence, si le montant estimé est inférieur à 15 000 € HT, ces marchés étant pour la circulaire d'un enjeu économique réduit. « Premier commentaire officiel »<sup>31</sup> du relèvement du plafond de dispense de formalités de 4 000 à 15 000 € HT<sup>32</sup>, le Guide se

---

<sup>28</sup> Décret n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JORF n°0302 du 30 décembre 2011 page 22739, pris conformément au Règlement (UE) n° 1251/2011 du 30 novembre 2011 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés.

<sup>29</sup> Cf *supra* I 1-3.

<sup>30</sup> Voir le Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics établi par la DAJ : <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs> (point 1.4.4).

<sup>31</sup> Cf Propos recueillis par S. d'Auzon avec D. Errard, « *Exclusif : Catherine BERGEAL commente le nouveau Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* », Le Moniteur n°5648, 24 février 2012.

trouve repris et conforté sur ce point par le législateur<sup>33</sup>. La circulaire prend toutefois le soin de rappeler les obligations essentielles s'imposant au pouvoir adjudicateur, telles que la définition préalable du besoin, la traçabilité des achats effectués, ainsi que le respect des principes fondamentaux de la commande publique<sup>34</sup>. Ce dernier se doit donc d'agir « en gestionnaire avisé et responsable des deniers publics » et devra être en mesure de justifier son choix.

Deux autres cas de dispenses générales pour les marchés supérieurs ou égaux à 15 000 € HT sont ajoutés à la version de 2009, à savoir :

- premièrement, « lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles au regard de l'objet du marché, de son faible montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré »<sup>35</sup>.
- deuxièmement, « en cas d'urgence impérieuse, d'absence d'offres appropriées, pour les marchés complémentaires et les marchés similaires, ou lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé »<sup>36</sup>.

La mention de ces cas de dispenses, pourtant déjà prévus par le CMP en 2009, démontre le souci de la nouvelle version du Guide d'indiquer la marche à suivre aux acheteurs publics (dans le sens d'une simplification), tandis que ceux-ci ont tendance « à jouer la sécurité et utiliser la procédure la plus lourde »<sup>37</sup>, nécessairement défavorable aux PME.

### ***Les mesures de publicité et mise en concurrence :***

Hormis ces dispenses, tout MAPA supérieur à 15 000 € HT est soumis à des formalités selon l'article 40 du Code. La circulaire affirme la liberté pour le pouvoir adjudicateur de définir comme il l'entend les règles de publicité et de mise en concurrence, mais cela doit se faire de façon proportionnée et appropriée « à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché, aux conditions dans lesquelles l'achat est réalisé et au degré de concurrence entre les opérateurs économiques potentiellement intéressés », et non plus seulement à son objet et à son montant comme en 2009.

Telle est la règle s'agissant, d'une part, des mesures de publicité, pour les marchés d'un montant compris entre 15 000 et 90 000 € HT<sup>38</sup>. En effet, les modalités effectuées doivent simplement être à même d'assurer une publicité adéquate auprès des entreprises susceptibles d'être intéressées et de susciter une mise en concurrence nécessaire. En outre, « des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels »<sup>39</sup>.

*Pour les marchés d'un montant compris entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée, la publication obligatoire au BOAMP ou au JAL et, désormais sur le profil de l'acheteur de l'avis d'appel public à la concurrence, est imposée au pouvoir adjudicateur. Aussi, selon la nouvelle mouture du Guide, le CMP impose dorénavant une publication supplémentaire dans un organe de presse spécialisé si cela est nécessaire.*

Mais cette limite vaut, d'autre part, s'agissant des mesures de mise en concurrence, qui, même en deçà des seuils de procédure formalisée, devront en plus respecter les principes généraux de la commande publique<sup>40</sup>.

Ces nombreuses précisions, ajoutées pour certaines dans la nouvelle version du Guide de bonnes pratiques témoignent de l'intérêt de plus en plus fort porté aux MAPA, ce au bénéfice tant des pouvoirs adjudicateurs que des PME. La procédure de passation étant plus simple, le marché n'en devient que plus facilement accessible.

---

<sup>32</sup> Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du Code des marchés publics, JORF n°0122 du 29 mai 2010 page 9697.

<sup>33</sup> La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, JORF n°0071 du 23 mars 2012, fixe une fois pour toute à 15 000 € HT le seuil de dispense de procédure et reprend à l'identique les dispositions réglementaires de l'article 28 du Code des marchés publics.

<sup>34</sup> A savoir : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures, auxquels le juge administratif veille : CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie Pantin*, n°246921.

<sup>35</sup> CE, 10 février 2010, *M. Pérez*, n°329100.

<sup>36</sup> Soit dans les situations décrites par l'article 35 II du Code des marchés publics : Cf *infra* 2.3.2..

<sup>37</sup> Cf Propos recueillis par S. d'Auzon avec D. Errard, « *Exclusif : Catherine BERGEAL commente le nouveau Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* », Le Moniteur n°5648, 24 février 2012.

<sup>38</sup> CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n°278732.

<sup>39</sup> CE, Section, 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236 : tels que « l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères ».

<sup>40</sup> Cf *supra* Principes énumérés à la note 37 et repris par le Conseil constitutionnel : DC, 26 juin 2003, n°2003-473.

## 2-2 La sélection des candidatures

### 2.2.1. L'examen des candidatures

#### *Les interdictions de soumissionner :*

L'intérêt de la nouvelle circulaire consiste à ne plus les évoquer par simple renvoi à l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>41</sup>, mais à les expliciter en quatre points spécifiques. Aussi, aux interdictions déjà existantes (Les condamnations pénales, La violation des obligations sociales et fiscales, Les entreprises en difficulté, notamment en état de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle), la circulaire ajoute « Les mesures d'exclusion administrative des contrats administratifs » pouvant, depuis 2011, être ordonnées par le préfet en application de l'article L8272-4 du Code du travail<sup>42</sup> pour toute irrégularité « en matière de travail dissimulé, de marchandage, de prêt illicite de main-d'œuvre ou d'emploi d'étranger sans titre de travail ».

#### *La vérification des garanties professionnelles, techniques et financières :*

L'acheteur public a l'obligation de contrôler, en procédure formalisée comme en procédure adaptée<sup>43</sup>, les capacités des candidats au vu des documents demandés dans les avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de consultation, par référence aux pièces mentionnées par un arrêté d'application spécifique<sup>44</sup>. Il ne peut être demandé aux candidats que des renseignements strictement nécessaires à l'objet et la nature des prestations du marché, et qui permettent « d'évaluer leurs expériences, leurs capacités (...), ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager »<sup>45</sup>. Notamment, les niveaux minimaux et critères de sélection demandés devront être **justifiés par l'objet du marché**<sup>46</sup> et portés à la connaissance des candidats<sup>47</sup>. Il s'agit ainsi, selon la circulaire, d'une règle importante participant de « l'allègement des charges administratives et de la légalité de la procédure ».

En outre, le présent Guide prévoit désormais clairement les deux processus d'examen possibles, à savoir l'élimination des candidatures n'atteignant pas les niveaux minimaux de capacités dans le cadre des procédures ouvertes, puis la sélection à proprement parler des candidatures pouvant présenter une offre dans le cadre des procédures restreintes.

Il conviendra dès lors de vérifier les capacités techniques et professionnelles qui permettent d'établir par tout moyen « le niveau de compétences professionnelles du candidat » et pour lesquelles l'obligation s'impose au pouvoir adjudicateur d'accepter les équivalences aux certificats demandés<sup>48</sup>. Mais l'acheteur public devra aussi analyser, au moyen d'exigences proportionnées<sup>49</sup>, les capacités financières, par tout document attestant de la crédibilité financière du candidat. Une telle précision tend à éviter tout abus de la part de l'acheteur public à l'égard des PME notamment.

### 2.2.2. L'allègement des candidatures

#### *La mutualisation du dossier de présentation des entreprises :*

La présentation même du dossier de candidature est allégée. Conformément à l'ancienne version du Guide de 2009, cette présentation n'est soumise à aucun formalisme particulier. De plus, il est maintenant possible pour les entreprises de mutualiser leurs dossiers de candidature et de ne présenter qu'une seule fois les informations demandées pour plusieurs marchés publics d'un même pouvoir adjudicateur, à la condition que ces dernières soient à jour. **Cette mesure constitue à nouveau un véritable avantage en faveur des entreprises et PME, leur évitant pertes de temps et coûts de reprographie que la multiplication des dossiers de présentation peut constituer.**

---

<sup>41</sup> Liste établie par l'article 8 de l'ordonnance n°2005-646 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

<sup>42</sup> Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

<sup>43</sup> CE, 28 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n°303779 ; et plus spécifiquement CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n°344617 sur l'obligation de contrôler les capacités des candidats en procédure adaptée.

<sup>44</sup> Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

<sup>45</sup> CE, 6 mars 2009, *Commune de Savigny-sur-Orge*, n°315138.

<sup>46</sup> Ibidem et CAA Versailles, 25 mai 2010, *Commune de Brunoy*, n°08VE02066 s'agissant des niveaux minimaux.

<sup>47</sup> CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n°333569.

<sup>48</sup> CE, 25 janvier 2006, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n° 278115 : une obligation satisfaite dans le cas où le pouvoir adjudicateur admet « d'autres justificatifs regardés comme équivalents ».

<sup>49</sup> Pour exemple, la circulaire rappelle que le pouvoir adjudicateur ne peut imposer aux candidats la production d'extraits de bilan pour les trois derniers exercices, tandis que le marché a une durée d'exécution limitée à trois mois.

*Cependant, cette mutualisation est loin d'être effective puisque, d'une part, elle est laissée au bon vouloir des acheteurs publics. D'autre part, selon la Directrice des affaires juridiques<sup>50</sup>, cette mesure pose de nombreux problèmes quant à la sécurité et fiabilité dans le temps des informations ainsi transmises. Il est dès lors judicieux d'attendre les travaux relatifs à la mise en place d'une « armoire numérique sécurisée », évolution indispensable à la passation des marchés.*

### ***L'accès facilité des PME aux marchés publics au stade de la sélection des candidatures :***

Cet allègement bénéficie en premier lieu aux PME et sociétés nouvellement créées, dont l'accès aux marchés publics se trouve ainsi facilité, conformément aux articles 51 et 52 du CMP. Cependant, rien de nouveau par rapport à l'ancienne version n'est expressément prévu.

Tout d'abord « afin de ne pas [les] pénaliser » au stade de l'examen des capacités des candidats, il est rappelé que l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier leur élimination. Le pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé en pareil cas de procéder à l'examen des capacités de ces entreprises, sur la base des renseignements fournis. *Il est malgré tout regrettable que la prise en compte d'autres moyens de preuve que ceux exigés dans le règlement de la consultation, pourtant favorable à l'accès aux marchés publics des entreprises nouvellement créées, soit laissée au bon vouloir de l'acheteur public<sup>51</sup>.*

En outre, est réaffirmée la possibilité pour les entreprises de candidater par groupement et donc regrouper leurs moyens matériels et financiers, mais aussi d'établir la preuve de leurs capacités par référence à des moyens extérieurs détenus par une entreprise tierce à laquelle le candidat se trouve lié.

Surtout, il est désormais permis à l'opérateur économique, dès sa candidature, voire en cours d'exécution du marché, de choisir de sous-traiter, en faveur des PME et entreprises spécialisées, tandis qu'un tel choix ne pouvait auparavant être opéré qu'au moment de l'offre.

## **2-3 La négociation**

### **2.3.1. La procédure de négociation favorisée pour les marchés inférieurs aux seuils (MAPA)**

Même si le Guide ne peut « en aucun cas modifier la réglementation »<sup>52</sup>, **la négociation pour les marchés inférieurs aux seuils communautaires est encadrée et la manière même de négocier se trouve explicitée.** Ainsi, la circulaire prévoit l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'indiquer expressément dès le lancement de la procédure de passation le recours à la négociation et de s'y tenir. Ce dernier « ne peut pas se réserver le droit de négocier ».

Aussi la négociation devra être menée de préférence sur tous les éléments de l'offre et avec tous les candidats, du moins ceux présélectionnés à présenter une offre selon le règlement de consultation. A ce sujet, suivant les évolutions jurisprudentielles, rien ne s'oppose à ce que l'acheteur public négocie aussi avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Propos recueillis par S. d'Auzon avec D. Errard, « Exclusif : Catherine Bergeal commente le nouveau Guide de bonnes pratiques en marchés publics », Le Moniteur n°5648, 24 février 2012.

<sup>51</sup> CE, 10 mai 2006, *Société Bronzo*, n°281976.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 353121.

Pour rappel, selon l'article 35 du Code des marchés publics :

Une offre irrégulière est une offre qui répond au besoin du pouvoir adjudicateur, mais ne respecte pas les exigences des documents de la consultation ou s'avère incomplète ;

Une offre est inacceptable si ses conditions d'exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer ;

Une offre inappropriée est une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre.

### 2.3.2. La procédure de négociation encadrée pour les marchés supérieurs aux seuils

Le recours à la négociation au-delà des seuils reste très limité, la procédure de principe étant l'appel d'offres. Seuls deux cas de marchés négociés se trouvent ainsi distingués, conformément à l'article 35 du CMP.

#### *La négociation après publicité et mise en concurrence :*

La circulaire ne fait que réaffirmer la possibilité de recourir à la négociation après publicité et mise en concurrence, lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été déposées. Une dispense de publicité peut dorénavant être accordée si la négociation se déroule entre les candidats ayant valablement et régulièrement déposé une offre. Cette possibilité est néanmoins limitée, puisqu'il conviendra de ne pas substantiellement modifier les termes initiaux du marché, sous peine de méconnaître les obligations de mise en concurrence<sup>54</sup>.

#### *La négociation sans publicité ni mise en concurrence :*

Une telle procédure de négociation peut aussi être menée sans publicité ni mise en concurrence face à une urgence impérieuse, ou, si les conditions initiales de passation ne sont pas modifiées, dans le cas d'un marché qui n'aurait reçu que des offres inappropriées. Relèvent également de cette exception, les marchés complémentaires, les marchés similaires portant sur des prestations « réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial » et dont mention fut faite lors de la mise en concurrence du marché initial. Enfin, l'acheteur pourra négocier avec un opérateur déterminé, dans le cas où celui-ci détient un droit exclusif pour réaliser ladite prestation.

Il convient, conformément à la circulaire, d'évoquer les avantages et inconvénients de la négociation. D'une part, la liberté est ainsi laissée à l'acheteur public de négocier le prix et les prestations. Seules les caractéristiques essentielles, telles que l'objet du marché, ou les critères de sélections des candidatures et offres ne peuvent être débattues<sup>55</sup>. D'autre part, la négociation constitue un élément clé permettant au PME de faire valoir leur savoir faire.

Toutefois, afin d'éviter tout abus, la nouvelle mouture relève désormais trois contraintes distinctes, puisqu'elle reconnaît à part entière l'impératif respect du secret industriel et commercial entourant le savoir faire des candidats, en marge de leur égalité de traitement et de la transparence à assurer tout au long de la procédure. *Pourtant, il est à nouveau regrettable, faute de valeur réglementaire, que cet impératif ne soit encadré que par des recommandations. En effet, le respect du secret du savoir faire est un sujet encore insuffisamment appréhendé par le Code.*

---

<sup>54</sup> En effet, suite à un appel d'offres infructueux, il est souvent indispensable de modifier lesdits termes initiaux du marché.

<sup>55</sup> CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244 par lequel le juge considère que la négociation ne peut jamais aboutir à l'abandon d'un de ces critères en cours de procédure.

## **III. La passation du marché public**

### **3-1 Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse**

#### **3.1.1. Les critères de sélection de l'offre**

Le pouvoir adjudicateur détermine l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard à un certain nombre de critères, clairement distincts de ceux de la phase de sélection des candidatures, et préalablement définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de consultation. Par exception, en procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut analyser l'expérience des candidats lorsque cela s'avère nécessaire à « l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire »<sup>56</sup>.

Une liste non exhaustive de critères se trouve établie à l'article 53 du CMP. Nonobstant, le choix des critères est libre<sup>57</sup>, dès lors que ceux-ci sont objectifs, opérationnels, liés à l'objet du marché, mais aussi suffisamment précis, pour ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur<sup>58</sup>. Le critère du prix, même s'il semble essentiel, est d'ailleurs loin d'être obligatoire. Au surplus, le coût global sur le fondement de plusieurs critères est « préférable » selon le Guide, plutôt qu'une offre choisie sur le seul fondement du prix.

Ces critères devront être pondérés, du moins hiérarchisés pour plus de transparence.

#### **3.1.2. Les offres anormalement basses**

La circulaire met en garde l'acheteur public s'agissant plus précisément des offres anormalement basses, dont le prix « ne correspond pas à une réalité économique ». Il appartient au pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 55 du CMP, de s'assurer de la bonne exécution du marché, donc d'identifier de telles offres qui pourraient la mettre en péril. Néanmoins, la nouvelle mouture du Guide s'attache à en expliciter la procédure d'analyse<sup>59</sup>. Il s'agit d'éviter tout rejet systématique de ces offres<sup>60</sup>. Ce faisant, l'acheteur public se doit d'en vérifier la viabilité économique en sollicitant du candidat en cause des justifications écrites. Ce n'est qu'ensuite que l'acheteur devra rejeter l'offre anormalement basse après l'avoir valablement motivé<sup>61</sup>, si la viabilité économique n'est pas établie.

#### **3.1.3. Les préoccupations de développement durable**

Le Guide se soucie aussi des objectifs de développement durable. Ces objectifs et préoccupations peuvent être pris en compte à différents stades de la procédure de passation, eu égard à l'importance sociale, environnementale, ... d'un tel achat public (notamment dès la définition du besoin par référence aux écolabels dans les spécifications techniques, lors de l'examen des candidatures, de la sélection des offres et enfin lors de l'exécution du marché).

#### ***Lors de la sélection des offres :***

A ce stade, il est notamment permis à l'acheteur public de se référer à des critères qui ne sont pas purement économiques mais environnementaux, sociaux ou esthétiques<sup>62</sup>. Toutefois l'article 53 I du Code n'impose pas de retenir un critère écologique au sein des critères de choix de l'offre<sup>63</sup>. Le Guide y encourage cependant vivement. *N'ayant aucune portée réglementaire, la circulaire en reste malgré tout à la réglementation en vigueur et un « lien direct avec l'objet du marché » est dès lors toujours exigé pour le choix de ces critères d'attribution*<sup>64</sup>.

<sup>56</sup> CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254.

<sup>57</sup> CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n°351570.

<sup>58</sup> CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197.

<sup>59</sup> Voir la fiche mise à jour au 23 mars 2012 « *L'offre anormalement basse* » sur le site de la DAJ.

<sup>60</sup> CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini*, aff. C-285/99.

<sup>61</sup> Cette qualification des offres anormalement basses fait l'objet d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la part du juge administratif, selon la jurisprudence CE, 29 janvier 2003, *Département d'Ille-et-Vilaine*, n°208096 confirmée par l'arrêt CE, 1<sup>er</sup> mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, n°354159 s'agissant d'un référé précontractuel.

<sup>62</sup> CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, aff. C-513/99 pour les critères environnementaux et CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes*, aff. C-31/87 pour les critères sociaux.

<sup>63</sup> CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n° 351570.

<sup>64</sup> La Direction des Affaires Juridiques tente toutefois d'assouplir ce lien direct avec l'objet du marché dans le cadre de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, 20 décembre 2011, COM(2011) 896 final.

S'agissant plus particulièrement des préoccupations environnementales, divers points sont abordés dans cette nouvelle mouture, tels que les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture. L'acheteur public pourra en tenir compte, en mettant en œuvre « un critère du circuit court de commercialisation » dans le domaine agricole<sup>65</sup>. Ce faisant, la considération des incidences environnementales et énergétiques des achats publics par les pouvoirs adjudicateurs se trouve de plus en plus encadrée.

#### ***Lors de l'exécution du marché public :***

Le pouvoir adjudicateur peut en outre intégrer dans le cahier des charges des conditions d'exécution environnementales du marché, liées à son objet, dès lors que ces dernières n'ont pas d'effet discriminatoire<sup>66</sup>. Il s'agit ainsi de fixer un niveau d'exigence environnementale à atteindre lors de l'exécution, mais aussi de prendre en compte l'éventuel impact de ce marché sur l'environnement, et ce à nouveau en privilégiant indirectement les circuits courts d'approvisionnement et de commercialisation. Ces clauses d'exécution peuvent intégrer des préoccupations sociales, et aussi contraindre l'attributaire à faire effectuer la prestation par des heures de travail d'insertion, ou en promouvant la diversité, le commerce équitable<sup>67</sup> (significatif d'une reconnaissance publique progressive)...

*Il faut malgré tout noter que la circulaire ne se distingue pas outre mesure de l'ancienne et ne fait que consacrer quelques développements supplémentaires, sans y apporter de grandes nouveautés.*

## **3-2 Le choix final du candidat**

### **3.2.1. La vérification de la situation fiscale et sociale de l'attributaire**

La procédure s'achève par la vérification de la situation fiscale et sociale de l'attributaire, une formalité à laquelle la nouvelle mouture consacre tout un paragraphe. En effet, dans l'idée de ne pas contraindre tous les candidats à des formalités inutiles au stade du dépôt des candidatures, seul le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché devra produire lesdits certificats délivrés par les administrations compétentes et attester de « la régularité de sa situation au regard de ses obligations sociales et fiscales ». A défaut, le rejet de son offre s'impose et le pouvoir adjudicateur devra se tourner vers le candidat arrivé second au classement des offres. S'ajoute à cet examen opéré par l'acheteur public, le contrôle régulier du respect de la réglementation sur l'emploi par son cocontractant, sous peine de se voir solidairement sanctionné.

### **3.2.2. L'information des candidats évincés**

Enfin, l'information des candidats évincés est érigée en « formalité essentielle d'achèvement de la procédure »<sup>68</sup>, garantie même de la régularité de la passation du marché conformément aux articles 80 et 83 du CMP.

D'une part, sans grande nouveauté, le pouvoir adjudicateur devra, sauf en procédure adaptée<sup>69</sup> ou négociée sans publicité ni mise en concurrence, immédiatement informer les candidats de son choix sur une candidature ou une offre et mentionner : l'offre choisie et les motifs de ce choix, l'éviction du candidat en question et ses motifs, ainsi que le délai minimal respecté par l'acheteur avant la signature du marché. Cette information fait courir le délai de *stand still* à attendre avant de signer le contrat, laissant ainsi la possibilité aux candidats évincés de former un référé précontractuel.

D'autre part, l'obligation est faite au pouvoir adjudicateur de répondre à toute demande d'information des candidats quant aux motifs du rejet de leur candidature ou offre, s'il ne l'a pas déjà fait, et ce de façon suffisamment détaillée pour leur permettre de contester le rejet qui leur est opposé<sup>70</sup>.

Ces formalités présentent le mérite d'informer les candidats sur les voies de recours à leur disposition.

---

<sup>65</sup> Ce critère relatif à un mode de commercialisation à part entière se doit d'être distingué de la localisation du producteur, qui ne peut en aucun cas constituer un tel critère d'attribution du marché.

<sup>66</sup> Article 14 du Code des marchés publics.

<sup>67</sup> La mention même du commerce équitable parmi ces objectifs symbolise une certaine reconnaissance publique de ce mode de commercialisation. Cette régulation reste encore hésitante, si l'on considère l'absence de portée réglementaire du Guide.

<sup>68</sup> Une fiche spécifique intitulée « *L'information des candidats évincés* » y est d'ailleurs dédiée sur le site internet de la DAJ.

<sup>69</sup> CE, 19 janvier 2011, *Grand Port Maritime du Havre*, n°343435.

<sup>70</sup> CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n°324156.