

# Les marchés publics à procédure adaptée

## ROUY

13 juin 2014

Caroline Couasnon

*Département Conseil Juridique  
Association des Maires de France*

# I. Introduction



- Définition d'un marché public : article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics (CMP)
- Identification des pouvoirs adjudicateurs, dont « *les collectivités territoriales et les établissements publics locaux* » : article 2 du code
- Les marchés passés selon une procédure adaptée, les « MAPA », désignent d'une façon générale les marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils des procédures formalisées.
- Avantages des MAPA

- Trois sous-catégories, en fonction du montant
  - Marché d'un montant estimé inférieur à 15 000 €
  - Marché d'un montant estimé entre 15 000 € et 90 000€
  - Marché d'un montant estimé entre 90 000€ et les seuils des procédures formalisées (207 000€ pour FS et 5 186 000€ pour les travaux)
- Méthode de calcul de la valeur estimée du marché
  - Évaluation sincère et raisonnable
  - Article 27 du CMP – définition des modalités de calcul de la valeur estimée du marché
  - Marchés de travaux : valeur globale des travaux se rapportant à une même opération + valeur des fournitures nécessaires
  - Marchés de fournitures et de services : valeur totale des fournitures ou des services « homogènes »

# Cas particuliers de MAPA

- Article 30 CMP
  - Distinction services prioritaires / services non prioritaires
  - Procédure allégée
  - Distinction vouée à disparaître avec la transposition des nouvelles directives marchés publics
  - Procédure allégée qui concernera les services sociaux en dessous d'un seuil de 750 000 €
- Article 35 CMP
  - Dix catégories de marchés
  - Liste exhaustive
  - Respect des conditions – interprétation stricte car procédure dérogatoire
  - Pas de publicité ni de mise en concurrence préalables

- Article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics
- La liberté d'accès à la commande publique
- L'égalité de traitement des candidats
- La transparence des procédures
- Tous les marchés publics doivent respecter ces principes
- Objectifs :
  - Efficacité de la commande publique
  - Bonne utilisation des deniers publics
  - Responsabilisation et professionnalisation des acheteurs

## Les obligations pratiques découlant de ces principes

- Liberté d'accès à la commande publique
  - Une publicité suffisante et proportionnelle au montant et à l'objet du marché
  - Délais suffisants pour préparer et remettre leur dossier de candidature et leur offre
  - Renseignements exigés par l'acheteur nécessaires à l'objet du marché, et à la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer « *leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières* » (article 45-I CMP)
- Égalité de traitement des candidats
  - Pas de procédé discriminatoire
  - Même degré d'information à tous les candidats
  - Mêmes règles de procédure et mêmes critères de sélection pour tous
  - Ne pas privilégier les entreprises locales, ni une entreprise avec laquelle l'acheteur a déjà travaillé, quand bien même elle aurait donné entière satisfaction.
- Transparence des procédures
  - Information des entreprises candidates du déroulement de la procédure de passation du marché et des critères d'attribution
  - Objet du marché et critères d'attribution clairement définis et connus

# Définition des besoins

- Une définition préalable des besoins
  - Article 5 du code des marchés publics
  - Première étape essentielle pour un achat efficace
- De la définition préalable des besoins dépendent la procédure de passation à mettre en œuvre et la réussite ultérieure du marché.
- Evaluation financière.
- Prise en compte des objectifs de développement durable



# Définition des besoins

## La formulation du besoin dans les documents de la consultation

- Définition de l'objet par des « spécifications techniques » - article 6 CMP
- Les outils du CMP pour s'adapter au besoin
  - Utilisation des variantes
  - Recours à l'option
- Marchés spécifiques en cas de besoins répétitifs ou difficilement programmables
  - L'accord-cadre
  - Le marché à bons de commande
- Allotissement
  - Article 10 CMP l'impose.
  - Trois exceptions

# Les documents contractuels d'un MAPA

- Obligation d'un écrit
  - Article 11 CMP
  - Pas de formalisme particulier
  - Obligation pour les marchés supérieurs à 15 000 €
  - Marché inférieur à 15 000 € : pas d'obligation d'un écrit, mais conseillé
  - Les marchés de maîtrise d'œuvre
  - Les marchés d'assurance

# Les documents contractuels d'un MAPA

- Les documents de la consultation
  - Article 41 les définit comme « *l'ensemble des documents et informations préparées par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché* ».
  - Le règlement de la consultation (RC)
  - Le cahier des charges
  - L'acte d'engagement

- L'autorité compétente est l'organe délibérant, c'est-à-dire le conseil municipal (article L.2122-21,6° CGCT).
- Le maire doit toujours être autorisé par son organe délibérant à signer un MAPA.
- Cette autorisation résulte :
  - Soit d'une délibération ad hoc pour chaque marché
  - Soit d'une délégation de pouvoir
- Lorsque le maire n'a pas de délégation, le conseil municipal prend une délibération soit avant la procédure, soit à la fin de la procédure.
- Avant l'engagement de la procédure :
  - La délibération comporte obligatoirement la définition de l'étendue du besoin et le montant prévisionnel (article L.2122-21-1 CGCT).
- À la fin de la procédure :
  - La délibération intervient une fois que le montant des prestations et le nom du candidat retenu sont arrêtés.

## Délégations de pouvoir à l'exécutif en matière de marchés publics

- Article L.2122-22, 4° CGCT
- En pratique, la délégation est accordée pour la durée du mandat du maire.
- En cas de délégation à l'exécutif, l'organe délibérant n'est plus en droit d'exercer les compétences qu'il a déléguées.
- La délégation doit être formalisée dans une délibération qui la délimite précisément dans son objet et son étendue.

## Délégation de l'exécutif

- Délégation de fonction à un élu
  - Confier à un adjoint ou à un conseiller les compétences que le conseil municipal a déléguées au maire
  - Possibilité d'exclure la subdélégation
- Délégation de signature à un agent
  - Le DGS, le DGS adjoint, le directeur des services techniques, les responsables des services communaux.
  - La subdélégation doit avoir été prévue dans la délibération du conseil municipal portant délégation au maire.
  - La délégation de signature doit être précise (objet, étendue, délégataire désigné). Publicité régulière et suffisante. Transmission au contrôle de légalité pour devenir exécutoire.

# Commission d'appel d'offres

- Incompétence de principe de la CAO en MAPA
- Possibilité de mettre en place une commission ad hoc
- Avis qui ne lie pas : on la consulte, mais elle n'a pas le pouvoir d'attribuer

## II. Passation

Publicité et mise en concurrence,  
réception des plis et négociation



# Modalités de publicité et de mise en concurrence des MAPA

## Quatre articles du code

- Article 1<sup>er</sup>
- Article 26-II
- Article 28
- Article 40

# MAPA < 15 000 euros

- Article 28 III du code des marchés publics
- La dispense de publicité et mise en concurrence est une faculté.
- La dispense de procédure est assortie de conditions .
- Il convient d'assurer la traçabilité de la procédure de passation.
  - Demande de devis auprès des opérateurs potentiellement intéressés
  - Appel à référencement de fournisseurs, publié sur son site internet ou sur son profil d'acheteur.

NB : La demande de devis doit comporter a minima les informations suivantes : nom du pouvoir adjudicateur, objet du marché, critères d'attribution, documents à fournir, date limite de réception des offres.

# MAPA entre 15 000 et 90 000 euros HT : obligation d'une publicité adaptée

- Article 28 I CMP : éléments à prendre en compte pour déterminer les modalités de publicité et mise en concurrence
- Dans ce contexte, différents types de supports peuvent être utilisés :
  - Pour les marchés d'un faible montant, une demande de devis envoyée à plusieurs entreprises peut être suffisante ;
  - Une publication par voie de presse : le BOAMP, un journal d'annonces légales, un journal régional, une revue spécialisée dans le domaine du marché ;
  - Le site internet de la collectivité ou son profil acheteur (pas suffisant en soi)
- Liberté pour définir le contenu de l'avis de marché. Par sécurité, il convient d'y faire figurer un minimum de mentions.

# MAPA > 90 000 euros HT

- Article 40 du CMP fixe les modalités de publicité de ces MAPA :
  - Publication d'un avis d'appel public à concurrence (AAPC) soit au BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL)
  - Publication d'un AAPC sur le profil acheteur de la collectivité
- Au besoin, pour garantir un degré de publicité adéquat, compléter par une publication dans un organe de presse spécialisé.

# Dématérialisation de la procédure de passation des MAPA

- Article 56 du code des marchés publics
- Le pouvoir adjudicateur peut, en tout état de cause, imposer « *la transmission des candidatures et des offres par voie électronique* ».
- MAPA < 90 000 euros HT : dématérialisation facultative
- MAPA > 90 000 euros HT :
  - Publication de l'AAPC sur le profil acheteur
  - L'acheteur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique.
  - Dématérialisation obligatoire pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques.

# Délais de mise en concurrence et réception des plis

## Délais de remise des plis

- En procédure adaptée, pas de délai imposé. L'acheteur fixe librement ce délai, qui doit toutefois être « suffisant ».
- Le caractère suffisant du délai est apprécié en fonction notamment:
  - Du montant du marché ;
  - De l'urgence à conclure ;
  - De la nature des prestations ;
  - De la facilité d'accès aux documents de la consultation ;
  - De la nécessité éventuelle d'une visite des lieux ;
  - De l'importance des pièces exigées des candidats.

NB : le point de départ du délai de remise des offres est la date de publication de l'avis.

# Délais de mise en concurrence et réception des plis

## Analyse des candidatures et des offres

- Pour les MAPA uniquement, pas d'obligation de distinguer les phases d'examen des candidatures et des offres – la jurisprudence a reconnu la possibilité d'examiner au cours d'une phase unique la recevabilité des candidatures et la valeur des offres.

# Sélection des candidatures

- Interdiction de soumissionner
- Obligation de contrôle des capacités des candidats
  - Capacités techniques
  - Capacités professionnelles
  - Capacité financière
- Objet du contrôle
  - Arrêté du 28 août 2006 : liste exhaustive des renseignements et documents pouvant être demandés.
  - Des niveaux minimaux de capacité en rapport avec l'objet du marché peuvent être fixés.
- Le MAPA restreint et l'information appropriée sur les critères de sélection des candidatures
  - Possibilité de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre.
    - Indiquer le nombre de candidats admis à présenter une offre
    - Porter à la connaissance des entreprises les critères de sélection des candidatures dans l'AAPC ou le cahier des charges.



# Sélection des offres

- Critères d'attribution
  - Libre choix de l'acheteur, tant qu'ils sont non discriminatoires et en lien avec l'objet du marché
  - Précisément formulés
  - Article 53 CMP : liste non exhaustive
  - Attention au recours au critère unique du prix
- Conditions de mise en œuvre des critères d'attribution en MAPA
  - Précisément définis et au minimum hiérarchisés
  - Pondération facultative en MAPA
- Information des candidats, dès le début de la procédure

La préférence locale, comme la préférence nationale restent contraires aux principes de libre concurrence et de non-discrimination qui régissent la commande publique.

## Critère géographique

- Pas possible de retenir de clause et de critère directement lié à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats.
- Sauf justifications liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

## L'achat durable

- Complexité du critère carbone
- Pour garantir l'égalité de traitement :
  - Soit le pouvoir adjudicateur détermine les éléments essentiels que devront retenir les candidats pour établir leur bilan carbone
  - Soit il fixe une méthode unique

## Les circuits courts

- Article 53 CMP : « les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture »
- Critère qui ne doit pas être discriminatoire
- Mode de commercialisation des produits agricoles : vente directe du producteur au consommateur ou vente indirecte avec un seul intermédiaire.
- Le circuit court n'est pas un critère géographique.
- Les outils du code pour développer les circuits courts.

# Focus : les offres anormalement basses

- Article 55 du CMP
- Obligation d'écartier une telle offre
- Difficulté liée à l'absence de définition
- Recours à des indices de détection
- Charte FFB / AMF
- Demande de précisions obligatoirement adressée au candidat concerné, en lui indiquant que cette demande est faite sur le fondement de l'article 55
- Ensuite, rejet ou non de l'offre

- Information des candidats
  - L’annoncer dès le début de la procédure
  - Modalités de la négociation
- Liberté de négocier
  - Recommandé d’indiquer dans les documents de la consultation les éléments objet des discussions
- Points de vigilance
  - Pas de modification de l’objet ou des conditions initiales d’exécution du marché
  - Pas d’abandon, en cours de procédure, d’un critère de sélection défini dans le RC
  - Garantir la confidentialité des offres pendant la négociation
  - Diffusion des mêmes informations aux candidats
  - Formaliser par écrit l’ensemble des échanges avec les candidats

# III. Achèvement de la procédure, exécution du marché

# Achèvement de la procédure

## Avant la signature du marché

- Production des attestations fiscales et sociales (art 46)
- Publication d'un avis d'intention de conclure le marché (facultatif – article L.551-15 CJA)
- Information des candidats évincés (contradictions en jurisprudence sur ce point)
- Délai de suspension de signature: pas applicable aux MAPA
- Absence d'obligation de rédiger un rapport de présentation
- Demande d'informations par un candidat
- Signature du marché

## Après la signature du marché

- Transmission au contrôle de légalité
  - Dispense pour les marchés inférieurs à 207 000 euros (article L.2131-2-4° et D.2131-5-1 CGCT).
  - Ainsi, seuls les MAPA de Travaux d'un montant supérieur à 207 000 euros y sont soumis.
  - Liste des pièces à transmettre : l'article R.2131-5 CGCT
- Notification du MAPA
  - Article 81 CMP, pour les marchés > 15 000 €
  - Pas de formalisme
- Demande de communication de documents (loi du 17 juillet 1978)

# Exécution d'un MAPA

- Point de départ de l'exécution : à compter de la notification
  - En marchés de travaux, un ordre de service est nécessaire pour démarrer les travaux
- Sous-traitance
  - Pas possible pour les marchés de fournitures
  - Elle ne peut pas être totale (article 112 et 113 CMP)
  - Soumise à deux conditions : le titulaire doit faire accepter le sous-traitant par le maître de l'ouvrage et il doit obtenir l'agrément des conditions de paiement du sous-traitant
  - Paiement direct
- Avenant
  - Article 20 CMP
  - Hypothèses des sujétions techniques imprévues
  - Sinon, double condition pour conclure un avenant : pas de changement de l'objet du marché ni de bouleversement de son économie.
- Décision de poursuivre
  - Acte unilatéral pris par l'administration au titre de son pouvoir de direction du marché
  - Doit être prévue au marché
  - Unique objet : augmentation des quantités prévues au marché afin d'assurer son entière réalisation



# Exécution d'un MAPA (suite)

- Délai global de paiement
  - Délai de 30 jours pour payer
  - Point de départ du délai : date de réception de la demande de paiement
  - En marchés de travaux, c'est la date de réception du décompte général et définitif
- Versement d'une avance
  - Principe : paiement après service fait
  - Le système d'avance est un aménagement à ce principe.
  - Article 87 CMP

# Résiliation d'un marché

## Résiliation pour motif d'intérêt général

- Motifs d'intérêt général
- Contrepartie à ce droit : entière indemnisation du titulaire
  - L'intégralité du dommage subi par le titulaire (dépenses engagées + gain manqué)
- Décision de résiliation : motivée, mentionne le type de résiliation et sa date d'effet et est accompagnée d'un décompte de liquidation.
- Notification au titulaire

# Résiliation d'un marché

## Résiliation pour faute

- Deux types : résiliation simple et résiliation aux frais et risques
- Un **manquement grave** du titulaire pour justifier une mesure de résiliation
- Résiliation simple
- Résiliation aux frais et risques
- Mise en demeure : notifiée au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception.
  - Motifs de la mise en demeure
  - Indication d'un délai raisonnable, permettant au titulaire de remédier à la situation (le cas échéant)
  - Sanction encourue en cas de manquement avéré
- Décision de résiliation
- Pas d'indemnisation (mais droit au paiement des prestations effectuées)

# Résumé – déroulement type d'une procédure adaptée

1. Définition des besoins
2. Estimation financières de ces besoins
3. Définition de la procédure de passation du MAPA (publicité et mise en concurrence)
4. Rédaction des documents de la publicité et de la consultation
5. Publication de l'annonce
6. Réception des candidatures et des offres
7. Analyse des candidatures et des offres
8. Négociation éventuelle selon les modalités définies dans le RC
9. Choix du titulaire
10. Information des candidats évincés
11. Signature du marché
12. Notification du marché
13. Information du préfet de la notification du marché
14. Exécution du marché

## IV. Les contentieux

# Le contentieux administratif

## Avant la signature du MAPA

- Référé précontractuel
  - Article L.551-1 du code de justice administrative
  - Sanction des manquements aux obligations de publicité et mise en concurrence
  - Auteurs de la saisine
  - Suspension de la signature du contrat
  - Pouvoirs du juge

## Après la signature du MAPA

- Référé contractuel
  - Article L.551-14 du CJA
  - Sanction des manquements aux obligations de publicité et mise en concurrence
  - Auteurs de la saisine
  - Pouvoirs du juge
  - Pas de cumul avec le référé précontractuel

## Déféré préfectoral

- Délai de deux mois pour saisir le juge :
  - Pour les actes non soumis à l'obligation de transmission, le délai court à compter de leur entrée en vigueur (soit le jour de leur notification, article 81 CMP)
  - Pour les actes soumis à l'obligation de transmission, le délai court à compter de la date de réception de l'acte par le préfet
- Pouvoirs du juge

# Le contentieux administratif

- Les CCRA : comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics
- Article 127 CMP
- Article 50 CCAG Travaux
- Avis non obligatoire
- Eviter le contentieux devant le juge administratif
- Gain de temps



# Le contentieux pénal

- Délit de favoritisme
  - Article L.432-14 du code pénal
- Délit de prise illégale d'intérêts
  - Article L.432-12 du code pénal
- Délit de corruption (active et passive)
  - Articles L.433-1 et L.432-11 du code pénal
- Délit de trafic d'influence
  - Article L.432-11 et L.433-1 du code pénal

# Délit de favoritisme

- Définition : Article 432-14 du code pénal
- Interprétation large par le juge pénal
- Sanction : jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 200 000 € d'amende
- Les auteurs
  - Le maire, le DGS, les membres des services techniques
  - Attention : en cas de délégation de signature, l'autorité délégante demeure responsable des actes accomplis par le bénéficiaire de la délégation
- Élément matériel
  - Un avantage injustifié, même s'il n'a pas causé de préjudice à la collectivité.
  - Infraction qui peut facilement être constituée car il suffit qu'il y ait une méconnaissance de la réglementation.
- Élément intentionnel
  - Élément caractérisé dès lors que la personne poursuivie savait que son acte était contraire aux dispositions en vigueur.
  - La qualité d' élu fait présumer de sa connaissance de la loi, et par suite, de sa volonté d'en méconnaître les dispositions légales ou réglementaires.

# La prise illégale d'intérêts

- Définition : article 432-12 du code pénal
- Les auteurs :
  - Le maire, les adjoints, les conseillers municipaux
- Deux éléments :
  - L'élu doit avoir au moment de l'acte, la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de l'affaire dans laquelle il a pris l'intérêt.
  - L'élu concerné doit avoir pris, obtenu ou conservé un intérêt quelconque dans cette opération.
- Sanction : jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et une amende de 500 000€
- Régime dérogatoire des communes de moins de 3500 habitants

# Le délit de corruption

## Corruption active

- Fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, afin :
  - Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat
  - Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable
- Sanction : 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende

## Corruption passive

- Fait pour un élu, un fonctionnaire, un agent public de solliciter (corruption active) ou d'agréer (corruption passive), sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour lui-même ou pour autrui :
  - Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat
  - Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée, en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable
- Sanction : 10 ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende

- Parution le 3 février 2014 du rapport anticorruption de l'UE
- Focus sur la France
- Entre 2007 et 2010, aucune peine de prison ferme n'a été prononcée pour délit de favoritisme.
- Seules 25 condamnations à des peines avec sursis et 20 condamnations pécuniaires (montant maximal de 5000€ environ) ont été relevées.

## Quelques sources et liens utiles

- Code des marchés publics
- Site de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie – nombreuses fiches techniques de conseil aux acheteurs publics
- Site de la DGCL
- Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (circulaire du 14 février 2012)
- Site de l'AMF