

GENERALITES SUR LES MARCHES PUBLICS

Table des matières

1. Introduction	2
2. Définition et Identification d'un Marché Public.....	3
3. Les Étapes Clés de la Passation d'un Marché Public	4
3.1. Définition du besoin.....	4
3.2. Rédaction du Cahier des Charges et de l'Avis d'Appel Public à la Concurrence (AAPC)..	4
3.3. Choix de la Procédure :	4
3.4. Supports de Publicité.....	5
3.5. Analyse des Candidatures et des Offres.....	6
3.6. Négociation	6
3.7. Finalisation de la Procédure :	6
4. L'Exécution d'un Marché Public.....	6
4.1. Modification du Marché (Avenants).....	6
4.2. La Fin Anticipée du Marché (Résiliation).....	7
4.3. Prévention des Désordres et Malfaçons	7
5. Les Risques Liés aux Marchés Publics.....	8
5.1. Responsabilité des Gestionnaires Publics.....	8

SIGLES

AAP	Avis d'Appel Public à Concurrence
BOAMP	Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics
CCP.	Code de la Commande Publique
CCAG	Cahier des Clauses Administratives Générales
CCTP	Cahier des Clauses Techniques Particulières
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
DQE	Détail Quantitatif Estimatif
DPGF	Décomposition du Prix Global et Forfaitaire
FCS	Fourniture Courante et Services
JAL	Journal d'Annonces Légales
JOUE	Journal Officiel de L'Union Européenne
MAPA	Marché à Procédure Adaptée

1. Introduction

Les marchés publics constituent une part fondamentale de la « commande publique » et ont un rôle économique majeur. Leur régulation s'appuie sur des principes historiques axés sur la **concurrence** et l'**égalité de traitement** des entreprises, afin d'assurer une gestion saine des fonds publics et d'éviter le clientélisme. Ces règles sont aujourd'hui formalisées dans le Code de la Commande Publique (CCP).

Si l'objectif initial était une utilisation optimale des fonds publics, la commande publique vise désormais aussi à **favoriser le développement durable et l'innovation**.

Les principes fondamentaux de la commande publique, définis par l'Article L3 du CCP, sont les suivants :

Les Grands Principes de la Commande Publique (Article L3 du CCP) :

- **Liberté d'accès** : Elle garantit que **chacun peut accéder librement à la commande publique**. Cette liberté est assurée par la **publicité des marchés** et la **mise en concurrence** qu'elle génère.
- **Égalité de traitement** : Ce principe **prohibe toute discrimination** entre les candidats. Il s'applique à **toutes les phases du processus**, de la définition du besoin à la négociation. Une attention particulière doit être portée en amont pour que toutes les entreprises disposent d'informations équivalentes.
- **Transparence des procédures** : La transparence permet aux candidats de **vérifier que l'acheteur respecte bien la liberté d'accès et l'égalité de traitement**. Cela implique notamment de communiquer les critères d'attribution et de justifier le rejet d'une offre.

Sanctions : Le non-respect de ces principes est grave et peut entraîner la **remise en cause de la procédure** de passation ainsi que des **sanctions pénales**. Ces règles s'appliquent à **l'ensemble des marchés publics**, indépendamment de leur valeur ou de la procédure utilisée.

2. Définition et Identification d'un Marché Public

Un marché public est un type de contrat particulier. Conformément à l'Article L1111-1 du CCP, il s'agit d'un **contrat établi entre un ou plusieurs acheteurs publics et un ou plusieurs opérateurs économiques**, ayant pour but de **répondre à des besoins précis** (travaux, fournitures ou services), **en échange d'un prix ou d'une valeur équivalente**.

Éléments Clés de la Définition :

- **Contrat** : Implique nécessairement un **accord de volontés**. Des actes unilatéraux, comme les subventions, ne sont pas des marchés publics car ils ne constituent pas une contrepartie directe à un besoin défini.
- **Acheteurs soumis au CCP** : Il s'agit des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, qui peuvent intervenir seuls, par l'intermédiaire d'une centrale d'achat ou dans le cadre d'un groupement de commandes.

- **Opérateurs économiques** : Ce sont les entités (personnes physiques ou morales, publiques ou privées, ou groupements) qui proposent des travaux, des fournitures ou des services. Ils sont appelés "candidats" avant la soumission de leur offre et "soumissionnaires" ensuite. La co-traitance, qui regroupe plusieurs opérateurs, doit être distinguée de la sous-traitance.
- **Réponse à des besoins** : Les besoins sont catégorisés en "travaux, fournitures ou services". Dans le cas de marchés mixtes, l'objet principal est déterminé par la valeur prédominante des prestations.
- **Contrepartie (prix ou équivalent)** : L'acheteur doit assumer une charge financière. Cela peut prendre la forme d'un prix ou d'un renoncement à une recette, mais n'inclut pas une prestation gratuite ou le simple transfert d'un risque d'exploitation.

Dès lors qu'un contrat correspond à cette définition de l'article L1111-1, il est qualifié de marché public, quel que soit son montant. Seule la procédure de passation variera en fonction de celui-ci.

3. Les Étapes Clés de la Passation d'un Marché Public

La passation d'un marché public implique une succession d'étapes organisées, conçues pour garantir son efficacité et sa conformité aux règles. Le processus **débuté impérativement par la définition du besoin**, ce qui requiert l'utilisation d'outils et de techniques spécifiques pour s'assurer que cette définition est pertinente et qu'elle favorise la concurrence.

3.1. Définition du besoin : La **définition du besoin est cruciale** pour la réussite de l'achat. Une **mauvaise définition peut générer des difficultés lors de l'exécution** du marché, telles que des offres non adaptées, des surcoûts, ou même l'annulation du contrat par une décision de justice. C'est également cette étape qui permet d'estimer la valeur du marché et de choisir la procédure (classique, accord-cadre) la plus appropriée.

3.2. Rédaction du Cahier des Charges et de l'Avis d'Appel Public à la Concurrence (AAPC) :

Le dossier de consultation des entreprises (DCE) comprend :

- **Pièces non contractuelles** : Il s'agit du règlement de la consultation, qui fixe les règles du jeu, ainsi que du détail quantitatif estimatif (DQE) et de la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF).
- **Pièces contractuelles** : Elles comprennent l'acte d'engagement (le seul document signé), le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) qui définit les aspects juridiques et financiers, et le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) pour les spécifications techniques. Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) servent de références pour les clauses administratives communes. D'autres éléments comme les attestations de visite, les plans ou les mémoires techniques peuvent également être intégrés comme pièces contractuelles et leur hiérarchie définie.

• 3.3. Choix de la Procédure :

Le **choix de la procédure de passation** est déterminé par le **CCP**, en fonction du **montant de l'achat, de son objet ou des circonstances**. Il existe trois types de procédures :

- **Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables.**
- **Procédure adaptée (MAPA - Marché à Procédure Adaptée).**
- **Procédure formalisée (Appel d'offres, dialogue compétitif, procédure négociée).**

Calcul des Seuils :

- Pour les **Fournitures Courantes et Services (FCS)** : Le seuil se base sur la **valeur totale des fournitures ou services homogènes sur une période de 12 mois**. L'homogénéité peut être définie par une nomenclature interne ou une unité fonctionnelle. Le **seuil européen des procédures formalisées pour les FCS est de 221 000 € HT** (valable du 01/01/2024 au 31/12/2025).
- Pour les **Travaux** : Le seuil est calculé sur la notion d'**opération de travaux**, qui représente un ensemble cohérent sur les plans fonctionnel, technique et économique. Il n'y a pas de limitation annuelle. En cas d'allotissement, le seuil est déterminé sur la globalité des lots. Le **seuil européen des procédures formalisées pour les Travaux est de 5 538 000 € HT** (valable du 01/01/2024 au 31/12/2025).

3.4. Supports de Publicité :

Les **exigences de publicité** des marchés varient en fonction de leur montant et de leur nature :

- **Très petits montants** : (par exemple, moins de 40 000 € HT pour les **FCS**) : Un **MAPA** peut être utilisé **sans obligation de publicité ou de mise en concurrence**, bien qu'un contrat écrit soit requis dès 25 000 € HT.
- **Montants intermédiaires** : (par exemple, de 40 000 € HT à moins de 90 000 € HT pour les **FCS**) : La procédure est un **MAPA**, mais une **publicité sur un support choisi par l'acheteur est nécessaire**.
- **Montants importants** : (par exemple, de 90 000 € HT à moins du seuil européen pour les **FCS**) : Il s'agit d'un **MAPA** avec une **publicité réglementée** (au **BOAMP** ou dans un **JAL**), complétée éventuellement par une publicité additionnelle.
- **Au-delà des seuils européens** : Les procédures sont **formalisées et exigent une publicité obligatoire** au Journal Officiel de l'Union Européenne (**JOUE**) et au Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics (**BOAMP**).
- **Travaux** : Des seuils et supports de publicité spécifiques s'appliquent, avec une **publicité réglementée (BOAMP ou JAL) à partir de 100 000 € HT** et une publication au **JOUE/BOAMP** au-delà du seuil européen.
- **Services sociaux et autres services** : Une publicité sur un support au choix est requise pour les montants inférieurs, tandis que les montants plus élevés nécessitent une publication au **JOUE**.

3.5. Analyse des Candidatures et des Offres : Après réception des plis, les candidatures et offres sont analysées selon les critères déterminés par l'acheteur, aboutissant à un rapport d'analyse.

3.6. Négociation : Suite à la réception des offres, les candidatures et les propositions sont **analysées en se basant sur les critères préalablement définis** par l'acheteur. Ce processus culmine par l'établissement d'un rapport d'analyse. **Procédures formalisées** : Permise uniquement en procédure avec négociation ou dialogue compétitif.

- Dans les **procédures formalisées**, la négociation n'est possible qu'en procédure avec négociation ou en dialogue compétitif.
- Pour la **procédure adaptée (MAPA)**, si l'acheteur envisage de négocier, il doit le préciser dans les documents de consultation, tout en conservant la faculté d'attribuer le marché sans négociation.

3.7. Finalisation de la Procédure :

La finalisation de la procédure comprend plusieurs étapes :

- **Notification du marché** : Le marché est notifié au titulaire retenu.
- **Information des candidats non retenus** : Les participants dont l'offre n'a pas été choisie sont informés de la décision.
- **Avis d'attribution** : Sa publication est **obligatoire pour les marchés dont le montant dépasse les seuils européens**. Cet avis doit être publié au **BOAMP** et au **JOUE** dans les 30 jours suivant la signature du marché. Pour les **MAPA**, bien que non obligatoire, sa publication est recommandée. L'intérêt majeur de l'avis d'attribution est de **réduire le délai de recours du référé contractuel de six à un mois**, et de **déclencher le délai de deux mois pour le recours en contestation de la validité du contrat** ("recours Tropic").

4. L'Exécution d'un Marché Public

Cette étape représente une phase essentielle, couvrant le suivi des échéances, le règlement financier, les éventuelles modifications contractuelles et la cessation du contrat.

4.1. Modification du Marché (Avenants) : Des **avenants**, qui sont des modifications formalisées et acceptées par les deux parties au contrat initial, peuvent être nécessaires. Ces modifications sont encadrées par des **limites strictes** (Articles R2194-1 à R2194-9 du CCP) afin de ne pas altérer la concurrence initiale.

Cas de Modifications Autorisées (quel que soit le montant si les conditions sont remplies) :

- **Prévues dans le marché initial** : Clauses de réexamen, de variation de prix, d'options.
- **Nouveau titulaire** : Suite à une restructuration (cession du marché).
- **Non substantielles** : une modification est jugée "substantielle" si elle **altère la nature globale du marché**, par exemple en modifiant l'équilibre économique, l'objet ou les conditions contractuelles de manière à fausser la concurrence.

Modifications Limitées à 50% du Montant Initial :

- **Prestations supplémentaires nécessaires** : Si un changement de titulaire est impossible ou entraînerait un inconvénient majeur/augmentation substantielle des coûts.
- **Circonstances imprévisibles** : c'est-à-dire des événements qu'un acheteur diligent n'aurait pas pu anticiper. Ce seuil de 50 % s'applique **par modification et de manière non cumulative**. Il est toutefois important que les modifications successives ne cherchent pas à contourner les règles de publicité et de mise en concurrence.

Modifications de Faible Montant :

- Toujours autorisées, mais ne doivent pas franchir les seuils européens.
- Limitées à 10% du montant initial pour services et fournitures.
- Limitées à 15% du montant initial pour les travaux.
- **Attention** : ici, Pour ces modifications, la comptabilisation est **cumulative** : un acheteur ne peut pas conclure plusieurs avenants successifs dont le total dépasserait ces pourcentages

4.2. La Fin Anticipée du Marché (Résiliation) :

La **résiliation** est une décision prise unilatéralement par l'acheteur pour mettre fin au marché. Elle peut intervenir dans plusieurs situations :

- **Pour faute du titulaire** : Prononcée après une mise en demeure restée sans réponse, cette résiliation n'entraîne **aucune indemnisation** pour le titulaire. Les motifs peuvent inclure des retards excessifs, des vices importants ou l'abandon de chantier.
- **Pour événement extérieur au marché** : Cela concerne la disparition du titulaire, par exemple en cas de liquidation judiciaire, de décès ou d'incapacité.
- **Pour motif d'intérêt général** : Dans ce cas, une **indemnisation du titulaire est prévue**, correspondant généralement à 5 % du montant du marché, en plus du remboursement des frais engagés. Cette situation peut découler d'une évolution stratégique ou de contraintes budgétaires.
- **À la demande du titulaire** : Bien que le titulaire ne puisse pas résilier le marché de sa propre initiative, il peut **demandeur la résiliation en cas d'ordre de service tardif** (si aucune précision n'est donnée au marché, un délai de plus de six mois est considéré comme tardif).

4.3. Prévention des Désordres et Malfaçons :

En plus d'un suivi régulier, l'acheteur peut mettre en place des **sûretés financières** pour prévenir les désordres et malfaçons, notamment dans les marchés de travaux :

- **Retenue de garantie** : Elle vise à couvrir les réserves émises lors de la réception des travaux et pendant la durée de la garantie contractuelle. Elle peut être remplacée par une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire.

- **Garantie à première demande** : : C'est un contrat de garantie distinct du marché public, offrant une **protection élevée à l'acheteur**. Le garant s'engage à payer "à première demande" sans pouvoir invoquer d'exception liée au marché.
- **Caution personnelle et solidaire** : Ce contrat de garantie est accessoire au marché et est généralement **moins coûteux pour le titulaire**. Le garant s'engage à intervenir en cas de défaillance de l'opérateur économique.

5. Les Risques Liés aux Marchés Publics

Les marchés publics comportent des **risques variés** (économiques, financiers, administratifs, pénaux) qui peuvent impacter tant la collectivité publique que ses agents. Il est important de ne pas surévaluer ces risques, ce qui pourrait freiner l'action administrative et l'exploitation des possibilités offertes par le Code de la Commande Publique. Cependant, il est tout aussi crucial de **ne pas les sous-estimer**.

5.1. Responsabilité des Gestionnaires Publics

Un **nouveau régime de responsabilité des gestionnaires publics** est en place depuis le 1er janvier 2023, sous l'égide d'une chambre dédiée de la Cour des comptes. Ce régime permet de sanctionner la "**faute grave**" liée à l'exécution des recettes, des dépenses ou à la gestion des biens des collectivités territoriales, lorsqu'elle a entraîné un **préjudice financier significatif**.

- **Public concerné** : concerne principalement les "décideurs publics" qui gèrent un budget et possèdent un réel pouvoir de décision.
- **Faute de gestion** : La Cour s'appuie sur le cadre réglementaire de la commande publique et les règles internes de l'acheteur.
- Des **exemples d'irrégularités** qui étaient déjà sanctionnées et qui le restent incluent : les achats sans publicité ni mise en concurrence injustifiés, les avenants irréguliers, les irrégularités dans l'acte d'engagement, la certification du service fait, ou le fait d'accorder un "avantage injustifié".

Prévention des Risques : Il est essentiel de **prendre conscience des risques**, de promouvoir une **culture du risque** et de **déployer des actions de prévention**, comme la formation. Cela permet d'anticiper et, si nécessaire, de prévenir la survenue d'événements indésirables.