



U.N.I.M.A.I.R.

Union des Maires des Ardennes

1, Promenade de Dülmen – 08000 CHARLEVILLE MEZIERES

☎ 03 24 35 36 09 - 📠 03 24 35 71 92 - ✉ unimair@wanadoo.fr

www.unimair.org

**REUNION D'INFORMATION DU
3 NOVEMBRE PORTANT SUR " LA
REFORME DU CODE DES MARCHES
PUBLICS"**

1) introduction

Les marchés des communes sont des contrats passés à titre onéreux avec des personnes morales de droit public ou privé pour satisfaire les besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les marchés des communes et ceux passés par leurs établissements publics sont soumis aux règles définies dans le Code des marchés publics.

Le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics a été publié au Journal officiel du 8 janvier 2004 ; le même jour a été publiée une circulaire du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie portant manuel d'application du code.

Le nouveau code est entré en application à compter de sa publication au Journal officiel et le précédent Code des marchés a été abrogé à compter de la même date.

Les marchés notifiés avant le 10 janvier 2004 restent soumis pour leur passation comme leur exécution aux dispositions de l'ancien code.

Les marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un appel public à la concurrence envoyé à la publication avant le 10 janvier 2004, mais qui ont été notifiés après cette date, sont régis par les anciennes règles pour leur passation et par les nouvelles règles pour leur exécution.

Les marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un appel public à la concurrence envoyé à la publication après le 10 janvier 2004 sont régis par les nouvelles règles tant pour la passation que pour l'exécution.

Les marchés des communes sont en outre soumis à un certain nombre de textes qui n'ont pas été intégrés dans le code et notamment la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public ainsi que le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre et également la loi n° 95-127 du 8 février 1995 qui a complété les lois n° 91-3 du 3 janvier 1991 et n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatives à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et la régularité des procédures publiques et de marchés.

Les marchés sont des contrats administratifs et leur contentieux relève toujours du juge administratif (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001).

Les dispositions du Code des marchés ne sont pas applicables à plusieurs types de contrats dont on citera ceux qui intéressent particulièrement les communes :

- les contrats conclus avec un cocontractant sur lequel la commune exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services, sous réserve que ce cocontractant exécute l'essentiel de ses activités pour la commune et respecte lui-même les dispositions du code;
- les contrats concernant l'acquisition, la location de biens immeubles ou d'autres droits sur de tels biens (mais les contrats de services financiers conclus en relation avec l'acquisition ou la location sont eux soumis au code);
- les contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers (couverture des besoins de trésorerie ou de financement, cession de titres, services fournis par des banques centrales);
- les contrats de services conclus avec une personne disposant d'un monopole légal pour l'exercice de l'activité concernée (CMP, art. 3).

Les marchés publics doivent être distingués des contrats de subvention, des contrats de délégation de service public et de l'assistance technique des services de l'État.

Lorsque la commune confie la gestion d'un service public à un cocontractant dont la rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, il s'agit d'un contrat de délégation de service public (L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001 : JO 12 déc. 2001). La réglementation des délégations de service public fondée notamment sur les articles L. 1411-1 à 18 du Code général des collectivités territoriales, comporte des analogies avec le Code des marchés publics mais s'en distingue sur plusieurs points..

Lorsque la commune, sans en attendre de contrepartie, verse une contribution financière à un tiers (par exemple une association) pour lui permettre de mener à bien une opération d'intérêt général dont il a eu l'initiative et dont il assure la conception puis l'exécution, il s'agit d'une subvention. Le recours aux services de l'État pour l'exécution notamment de missions de maîtrise d'oeuvre et de conduite d'opération doit en principe faire l'objet d'un marché public, toutefois la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 (JO 12 déc. 2001) et le décret n° 2002-1209 du 27 septembre 2002 (JO 29 sept. 2002) pris pour son application ont prévu la possibilité pour les communes de moins de 9 999 habitants ou les groupements de communes de moins de 15 000 habitants et dont le potentiel fiscal est inférieur à un certain seuil de conclure avec l'État des conventions d'assistance technique d'une durée d'un an renouvelable deux fois par tacite reconduction. La liste des communes ou groupements qui peuvent bénéficier de cette assistance est fixée chaque année par arrêté du préfet.

1/ GENERALITES

1) QUAND DOIT ON APPLIQUER LE CODE DES MARCHES PUBLICS ?

Références : articles 1, 2, 3, 4, 29, 30, 31, 74, 81, 82 et 83 du nouveau code des marchés publics.

En tant que collectivité territoriale, lorsque vous envisagez de réaliser une opération telle que l'achat de fourniture, commande de prestation de services ou réalisation vous devez vous poser trois questions qui détermineront si oui ou non l'opération sera soumise au code des marchés publics.

- La première qui peut somme toute paraître inutile a trait au bénéficiaire de l'opération envisagée.
- La seconde a trait aux critères retenus par le code pour définir un marché public
- La troisième est relative aux exceptions autorisées par le code.

A. Le bénéficiaire de l'opération

En effet, seuls sont soumis au code des marchés les contrats qui remplissent les conditions ci-dessous :

- **Conclus par les collectivités territoriales, leurs établissements publics de toute nature et leurs mandataires;**
- **Dont l'objet est bien un marché public de fourniture, de services ou de travaux;**
- **Et qui ne sont pas expressément exclus du champs d'application du code par l'un de ses articles.**

NB : un petit laïus sur le bénéficiaire du marché public. Vous constaterez que l'on retient le terme d'établissements publics de toute nature. Cela sous entend l'ensemble des établissements qu'il s'agisse d'établissements publics administratifs, établissements publics industriels et commerciaux, EPCI, lycées collèges, hôpitaux publics, offices publics d'HLM , les CCAS et même les associations foncières urbaines. Seul cas particulier, les groupements d'intérêt public qui ne sont pas soumis en soit au code.

On retient également la notion de mandataires. L'article 2-2° du Code prévoit expressément que sont soumis au code des marchés publics " *les marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques*". Bien entendu le bénéficiaire du marché doit être le mandant c'est-à-dire la personne publique.

A noter également, que désormais le contrat de mandat rémunéré, qui lie une personne publique à un mandataire est soumis au code des marchés publics. Autrement dit il doit être conclu dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence posé par le code. Cependant, les contrats de mandats conclus à titre gratuit ne sont pas des marchés publics et ne sont pas soumis au code.

B. L'opération envisagée est elle bien un marché public au sens du code ?

- Les marchés publics sont des contrats administratifs permettant aux collectivités territoriales de se procurer quelque chose (travaux fournitures services) moyennant une contrepartie au profit de leurs fournisseurs.

La jurisprudence administrative a estimé qu'il n'était pas obligatoire que la contrepartie garantie au fournisseur soit exclusivement financière pour que le contrat en cause puisse être qualifié de marché public.

- Les marchés publics sont des contrats conclus par une personne morale de droit public avec une personne morale de droit privé (cas le plus fréquent) ou avec une autre personne morale de droit publique. Cela signifie qu'une collectivité territoriale ou l'un de ces établissements publics peuvent se porter candidats pour obtenir le marché d'une autre collectivité.
- Les marchés publics ont obligatoirement pour objet de répondre à un besoin déterminé et clairement identifié de la personne publique notamment en matière de fournitures, de travaux et de services.

Il est essentiel de définir chacune de ces catégories. En effet, c'est elle qui détermine quels sont les seuils de procédure qui lui sont applicables.

<p>Les marchés publics de fournitures "ont pour objet l'achat, la prise en crédit bail, la location ou la location-vente de produits et matériels"(article 1)</p> <p>La notion de marchés de fournitures recouvre les marchés de fournitures courantes(acquisition de produits déjà existants et qui ne sont pas fabriqués sur la base d'une commande particulière) ; les marchés industriels (ayant pour objet principal l'achat de produits qui, n'existant pas dans le commerce, sont réalisés sur la base d'une commande particulière) ; les contrats de crédit-bail, de location ou de location-vente, avec ou sans option d'achat, portant sur des objets mobiliers.</p>	<p>Les marchés de travaux « ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage » (article premier du code). Pour établir si un contrat peut être qualifié de marché de travaux, le juge administratif recherche donc si la personne publique y exerce effectivement les fonctions de maître d'ouvrage et si les travaux sont bien réalisés sous son contrôle et pour son compte. Futur.</p>	<p>Les marchés de services « ont pour objet la réalisation de prestations de services » (article premier). La notion de services doit être entendue de manière extensive (ex : marchés de services courants, marchés de prestations intellectuelles...).</p>
--	---	---

NB : LES MARCHES MIXTES : Comment déterminer à quelle catégorie il faut

rattacher les marchés « mixtes », c'est-à-dire les marchés comportant, tout à la fois, des prestations de fournitures, de services ou de travaux ? Selon l'article premier du nouveau code des marchés publics : « *Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir* ». En revanche, **le nouveau code demeure muet en ce qui concerne les marchés contenant à la fois des travaux et des fournitures (ou des services).**

C. Quelles sont les opérations qui sont expressément exclues du champ d'application du nouveau code ?

Les articles 3 et 83 du nouveau code en dressent une liste exhaustive :

- Art. 3-1° Contrats de prestations intégrées (« in house »)
- 3-2° Contrats **de services** passés avec un pouvoir adjudicateur bénéficiant, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un **droit exclusif**
- 3-3° Acquisitions ou locations immobilières. *Toutefois, les contrats de services financiers conclus à ce titre entrent dans le champ d'application du code des marchés publics*
- 3-4° Achat, développement, production, coproduction de programmes par les organismes de radiodiffusion et contrats concernant les temps de diffusion
- 3-5° Emprunts ou engagements financiers

- 3-6° Participation aux programmes de recherche développement
- 3-7° Contrats pour lesquels la protection essentielle des intérêts de l'Etat exige le secret (ne concerne pas les marchés passés pour les besoins de la défense, qui relèvent d'un dispositif particulier).
- 3-8° Contrats conclus pour une organisation internationale
- 3-9° Contrats conclus en vertu d'un accord international concernant le stationnement de troupes
- 3-10° Contrats conclus entre la France et d'autres pays en vue de la réalisation d'un projet ou d'un ouvrage
- 3-11° Achat d'œuvres d'art ou de collection **et contrats ayant pour objet l'achat d'objets d'art qui, en raison de leur nature et de leurs caractéristiques, ne permettent pas la mise en œuvre de procédures de publicité et de mise en concurrence**
- Art. 83-1° Achat de combustibles et d'énergie par un « opérateur de réseau » (au sens de l'article 82)
- 83-2° Achat d'eau par un producteur ou un distributeur d'eau (tel que défini à l'article 82)
- 83-3° Achat de services de transports à caractère non exclusif par un « opérateur de réseau »

La circulaire d'application du nouveau code est venue préciser certains points notamment en ce qui concerne les prestations intégrées (contrats "in house") Il est rappelé que « *la jurisprudence communautaire pose deux conditions pour reconnaître l'existence d'une prestation intégrée :*

«- *le contrôle effectué par la personne publique sur le cocontractant est le même que celui qu'elle exerce sur ses propres services propres ; une simple relation de tutelle ne suffit pas ;*

« - *le cocontractant travaille essentiellement pour la personne publique ; la part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit rester marginale. »*

Pour être établi, **le droit exclusif visé à l'article 3-2°** doit « *être conféré par une disposition légale antérieure au marché et distinct de ce dernier : pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une personne préalablement à toute relation contractuelle ; « - L'organisme bénéficiaire doit lui-même être soumis au code des marchés publics ou aux autres dispositions législatives applicables aux pouvoirs adjudicateurs ; « - Le droit exclusif doit être légalement pris, c'est-à-dire qu'il est établi conformément au droit national et communautaire, et notamment les règles du droit de la concurrence. »*

D. application du Code des marchés publics dès le 1^{er} euros.

En effet, afin de respecter les principes fondamentaux définis par le droit européen et dès lors qu'un achat ou une opération correspond aux critères des marchés publics, ces principes s'applique dès le 1^{er} euros.

2) QUI DECIDE EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

QUI FAIT QUOI

=> **La collectivité territoriale** pour laquelle est conclu le marché est la « *personne publique* » visée dans le code des marchés publics.

=> **L'assemblée délibérante** détermine le **niveau** (administratif ou fonctionnel) auquel les besoins de **fournitures** et de **services** de la collectivité sont évalués. Elle autorise l'exécutif local à signer le contrat avec l'attributaire du marché. Elle délègue à l'exécutif local la passation des marchés relevant de la « procédure adaptée » (article 28).

=> **L'exécutif local** est la « *personne responsable du marché* » chargée de la passation des marchés pour le compte de cette personne publique. A ce titre, il met en œuvre les procédures de passation des marchés, les signe, et veille à leur exécution.

=> La **commission d'appel d'offres attribue les marchés publics** de la collectivité territoriale.

=> Toutefois, **l'exécutif local attribue**, par délégation **explicite** de l'assemblée délibérante, **les marchés dont le montant est inférieur aux seuils des procédures obligatoires** (marchés passés selon la procédure adaptée de l'article 28).

4.1. Pourquoi faut-il bien identifier les besoins ?

Le choix de la procédure à mettre en oeuvre se détermine en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder en amont à une définition précise des besoins. De cette phase préalable essentielle dépend, d'une part, le choix de la procédure et, d'autre part, la réussite ultérieure du marché.

Une bonne évaluation des besoins n'est pas simplement une exigence juridique mais est d'abord une condition impérative pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques.

Par besoins de la personne publique, on entend non seulement les besoins liés à son fonctionnement propre (ex. : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également tout le champ des besoins liés à son activité d'intérêt général et qui la conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex. : marchés de transports scolaires).

Pour être efficace, l'expression des besoins fait appel à quatre considérations principales :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;
- la connaissance aussi approfondie que possible des marchés fournisseurs, participation à des salons professionnels, documentation technique ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
- et enfin lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance qui seront associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté.

Il peut arriver que l'acheteur ait des difficultés à déterminer son besoin. Lorsque l'incertitude porte à la fois sur les objectifs à atteindre et sur les moyens d'y parvenir, l'acheteur peut recourir soit à la procédure des marchés de définition, soit à la procédure de dialogue compétitif.

Lorsque l'incertitude porte sur l'étendue des besoins à satisfaire, l'acheteur peut faire usage soit du marché à bons de commande, soit du marché à tranches. Le code organise même la multi-attribution dans les cas où l'achat porterait sur des biens dont les caractéristiques techniques et le prix sont susceptibles de connaître de fortes variations, ou encore des achats qui dans l'intérêt de la personne publique ne devraient pas être confiés à un seul fournisseur.

4.2. De l'intérêt des variantes.

Une bonne définition des besoins n'exclut pas de laisser une part d'initiative aux candidats. A cette fin, si l'acheteur souhaite que les candidats proposent des variantes, il convient de ne pas les interdire dans les avis d'appel public à la concurrence. Le règlement de la consultation doit toutefois dans ce cas définir les limites en indiquant les spécifications du cahier des charges qui sont intangibles.

4.3. Qui définit les besoins ?

En matière de définition et d'exécution des besoins, il est important de différencier la personne publique et la personne responsable du marché.

4.3.1. La personne publique « acheteuse ».

Le code des marchés publics impose un certain nombre de procédures de mise en concurrence dont le déclenchement est conditionné par l'appréciation du besoin et le fait que le montant de l'achat destiné à la satisfaction de ce besoin excède un certain nombre de seuils précisément définis.

Il proscrit expressément un découpage excessif des besoins qui aurait pour effet de se soustraire aux obligations de mise en concurrence prescrites par ces textes. Les choix de la personne publique doivent être guidés par la nécessité d'une gestion efficace des services et une bonne utilisation des deniers publics.

La question qui se pose alors est de savoir à quel niveau et par qui doit s'apprécier le besoin.

Le code des marchés publics prévoit qu'il appartient à la personne publique (cette notion correspond à celle de « pouvoir adjudicateur » en droit communautaire qui comprend l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes de droit public au sens du droit communautaire) de déterminer le niveau auquel les besoins doivent être pris en compte et appréciés au regard des seuils fixés pour la passation des marchés publics.

Le niveau de prise en compte des besoins se situe normalement au niveau de la personne publique elle-même. Le choix de tout niveau inférieur d'agrégation doit être justifié par des éléments objectifs.

En conséquence, la personne publique a la possibilité de désigner des personnes responsables du marché chargées de mettre en oeuvre les procédures de marchés correspondant aux besoins ainsi définis.

4.3.2. La (ou les) personne(s) responsable(s) du marché.

La notion de personne responsable du marché ne doit pas être confondue avec la notion précédemment décrite de personne publique acheteuse, qui correspond au pouvoir adjudicateur au sens des directives communautaires.

La qualité de personne responsable du marché est exclusivement administrative et fonctionnelle. Le rôle de la personne responsable du marché est de choisir, dans le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat appropriée et de la mener à bien sous sa responsabilité.

La forme de sa désignation, si elle n'est pas expressément fixée par un texte, sera laissée au libre choix de la personne publique.

Ainsi, pour les services centraux de l'Etat, il appartiendra au ministre, après avoir précisément défini le niveau auquel les besoins de son ministère doivent être pris en compte, de désigner les personnes responsables du marché chargées d'organiser les procédures de mise en concurrence pour son administration centrale.

Pour les collectivités territoriales, il convient de se référer aux règles du code général des collectivités territoriales pour procéder à la désignation des personnes responsables du marché.

Pour les services déconcentrés, deux cas sont possibles : s'ils dépendent du préfet, c'est ce dernier qui, après avoir défini le niveau auquel chacun des besoins devra être pris en compte, désigne les personnes responsables du marché ; si les services déconcentrés ne relèvent pas du préfet, c'est le ministre. Cela ne fait pas obstacle à ce que le ministre définisse des politiques d'achat pour l'ensemble de ses services.

Pour les établissements publics, qui ont des statuts très diversifiés, les personnes responsables du marché sont désignées par l'autorité compétente pour la conclusion des marchés ; il convient de se référer aux textes statutaires propres qui régissent chacun de ces établissements.

L'acte de désignation des personnes responsables du marché indique les fournitures, services ou travaux concernés.

Cependant, si les personnes responsables du marché, déjà désignées à la date d'entrée en vigueur du code des marchés publics, l'ont été sur la base d'une telle appréciation de ses besoins par l'acheteur public, il ne sera pas forcément nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des besoins ainsi qu'à une nouvelle désignation de personnes responsables du marché.

5. Acheter seul ou groupé ?

Les acheteurs publics peuvent, en fonction de leurs attentes notamment économiques, faire le choix soit d'acheter seuls, soit de se grouper ou encore de recourir à une centrale d'achat. Ce choix doit être guidé par le souci permanent d'abaisser les prix et les coûts de gestion.

5.1. Dans le cadre d'un groupement de commandes ?

Les groupements, dépourvus de personnalité morale, permettent aux acheteurs publics de coordonner et de regrouper leurs achats pour, par exemple, réaliser des économies d'échelle. Ils permettent également à plusieurs maîtres d'ouvrage de se regrouper pour choisir le ou les mêmes prestataires. Ils peuvent concerner tous les types de marchés, mais sont particulièrement adaptés au domaine des fournitures courantes.

Le code prévoit plusieurs degrés, plus ou moins larges, de participation des membres à un groupement de commandes.

Outre le cas où chaque membre du groupement signe son marché, le coordonnateur du groupement peut, au terme des opérations de sélection du cocontractant, signer, notifier le marché et l'exécuter au nom de l'ensemble des membres du groupement.

Mais il peut également uniquement signer et notifier le marché, et laisser les membres du groupement exécuter le marché, chacun pour ce qui les concerne. Cette dernière disposition est particulièrement adaptée aux groupements comprenant un très grand nombre d'adhérents.

Pour qu'un groupement soit efficace, il faut qu'avant de passer le marché, ses membres s'engagent à respecter un certain nombre d'engagements, et notamment un volume minimal d'achat.

5.2. En ayant recours à une centrale d'achat ?

L'acheteur peut aussi décider de ne pas procéder lui-même aux procédures de passation des marchés mais de recourir à une centrale d'achat. Le recours direct à une centrale d'achat est en effet autorisé par le code, à la condition toutefois que la centrale d'achat, respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le code.

Celle-ci pourra se voir confier plusieurs types de missions qui vont de la mise à disposition de fournitures et de services, jusqu'à la passation de marchés pour le compte des acheteurs.

5.3. La coordination de commandes au sein d'une même personne publique ?

Le mécanisme de coordination de commandes permet à une personne publique de coordonner les achats de ses services. Il implique la désignation par les membres qui ont décidé de coordonner leurs achats d'un service centralisateur.

Deux procédures d'achat coordonnées sont alors envisageables :

- soit la passation d'un seul marché : dans ce cas, chaque service coordonné émet des bons de commande au sein du marché unique passé par le service centralisateur ;

- soit la passation de plusieurs marchés distincts : dans ce cas, le service centralisateur conclut au terme de la procédure avec le titulaire retenu une convention de prix et un marché type ; chaque service coordonné conclut ensuite un marché correspondant à ses besoins propres sur la base de cette convention de prix et de ce marché type. La passation de chaque marché coordonné est alors une simple application des conditions générales définies dans le marché type et dans la convention de prix.

6. Quelle forme de marché adopter ?

6.1. L'allotissement ou le marché unique.

C'est la personne responsable du marché qui décide de passer un marché unique ou séparé en lots. Pour ce faire, elle procède à une analyse des avantages économiques, financiers ou techniques que chacune de ces formes de marchés procure.

6.1.1. L'allotissement.

L'allotissement est utile lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise, chaque lot, d'importance moindre, pouvant être exécuté par des entreprises petites ou moyennes. Il en est de même dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires qui grèvent d'autant le coût de la prestation, ou encore pour assurer la sécurité des approvisionnements.

L'allotissement est un procédé qui permet également d'étendre le champ de la concurrence à des entreprises compétitives qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité du marché. L'enjeu d'un allotissement efficace est d'en définir le niveau adéquat pour ouvrir la concurrence tout en bénéficiant d'économies d'échelle.

De surcroît, le recours à l'allotissement est facilité grâce à l'introduction à l'article 10 d'une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire.

L'allotissement n'exclut pas la possibilité pour un groupement de se porter candidat à ce marché.

6.1.2. Les « petits lots ».

Une souplesse supplémentaire est offerte par le III de l'article 27 qui permet de passer des marchés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 EUR HT, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché. Pour les marchés de travaux supérieurs au seuil de 5 900 000 EUR HT, la valeur de ces « petits lots » est portée à 1 000 000 EUR HT avec le maintien de la condition de ne pas excéder 20 % du total du marché.

Cette mesure permet d'associer les petites et moyennes entreprises à des opérations complexes, qui peuvent dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise.

6.1.3. Le marché unique.

Lorsque l'acheteur public n'a pas la capacité technique de coordonner les actions des titulaires des différents lots, ou lorsque des économies d'échelle le justifient, il sera préférable de conclure un marché unique.

Si l'acheteur a recours à un marché global ayant pour objet à la fois la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, il devra faire apparaître de manière séparée leurs coûts afin de distinguer les dépenses liées à l'investissement de celles liées à la maintenance et l'exploitation, sans qu'il soit possible de compenser l'une par l'autre. Le fait de surévaluer les dépenses d'exploitation constitue un paiement différé interdit par le code des marchés publics.

6.2. Les marchés fractionnés.

Si l'acheteur public n'est pas en mesure de connaître précisément les quantités à commander ou s'il a des raisons de douter de la possibilité de réaliser en une seule fois l'ensemble d'un programme, il peut recourir à la solution du marché fractionné.

Il existe deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande et les marchés à tranches conditionnelles.

6.2.1. Les marchés à bons de commande (art. 71).

Le marché à bons de commande s'impose lorsque l'incertitude porte sur la quantité et sur le rythme du besoin global à satisfaire.

Le marché à bons de commande, dont la durée ne peut excéder quatre ans, est en principe conclu avec un maximum et un minimum. La détermination des obligations de publicité et de mise en concurrence se fait alors sur la base du maximum. L'acheteur public est tenu de passer commande à son cocontractant à hauteur du minimum et de s'adresser exclusivement à lui, sauf le cas des besoins occasionnels visé à l'article 71-I du code, pour les prestations entrant dans l'objet du marché, tant que la date d'expiration de celui-ci et le maximum prévu au contrat ne sont pas atteints.

Lorsque le volume du besoin et sa survenance ne peuvent être appréciés, il est possible, en le justifiant dans le rapport de présentation, de conclure un marché sans maximum et minimum. Une estimation du montant du marché devra néanmoins être portée dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il en résulte que les obligations de publicité et de mise en concurrence devront être celles des procédures prévues au-dessus des seuils.

Le code aménage aussi la possibilité de conclure des marchés avec plusieurs titulaires, avec remise en compétition de ceux-ci dans quatre hypothèses. Cette dernière procédure se déroule en deux étapes :

- plusieurs titulaires sont d'abord sélectionnés dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ;
- lors de la survenance du besoin, les titulaires sont remis en compétition pour l'attribution du bon de commande qui est fonction du prix et, le cas échéant, du délai.

Enfin, pour des besoins occasionnels de faible montant (moins de 1 % du montant total du marché et moins de 10 000 EUR HT), l'acheteur peut s'adresser à un prestataire autre que le titulaire du marché.

6.2.2. Les marchés à tranches conditionnelles (art. 72).

Dans un marché à tranches conditionnelles, l'acheteur public n'est engagé que sur la tranche ferme, et non pas sur les tranches conditionnelles. Mais l'évaluation doit être faite, pour l'appréciation des seuils de procédure et de publicité, en additionnant les montants estimés de

l'ensemble des tranches.

6.3. Le cas des achats d'énergie.

Le code prévoit à l'article 81 un dispositif particulier pour la réalisation des achats d'énergie que la personne publique ne peut stocker, notamment pour les marchés d'électricité et de gaz pour lesquels une mise en concurrence est obligatoire à partir du 1er juillet 2004.

7. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

Lorsqu'au sein de chaque personne publique, l'autorité compétente a déterminé le niveau auquel ses besoins sont évalués (cf. point 4.3), elle vérifie si les seuils fixés à l'article 28 qui déclenchent l'application des procédures formalisées définies dans le titre III du code sont atteints. Il est rappelé qu'aucun besoin ne doit être scindé ou abusivement fractionné dans le but d'échapper aux règles du code des marchés publics.

Dans la mesure où cette autorité doit adopter, pour la satisfaction de ses besoins ainsi évalués, une procédure formalisée, elle a la faculté soit de passer un seul marché, soit, si elle le juge utile, de passer autant de marchés qu'elle estime nécessaire. A titre d'exemple, la réalisation de travaux dont le montant estimé est supérieur aux seuils de procédure doit donner lieu à une procédure formalisée mais pourra indifféremment faire l'objet d'un marché ou de plusieurs marchés. Dans cette dernière hypothèse, chacun de ces marchés devra respecter la procédure formalisée même s'ils sont individuellement inférieurs aux seuils correspondants.

L'évaluation des besoins s'effectue à partir des notions suivantes :

7.1. Pour les marchés de travaux : les notions d'ouvrage et d'opération.

Le marché de travaux, qui est défini à l'article 1er du code, se caractérise par le fait que la personne publique en est le maître d'ouvrage, c'est-à-dire la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit.

Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, il convient de prendre en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, opération qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages.

7.1.1. La notion d'opération de travaux.

L'opération de travaux, au sens du code, est un ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement ne peuvent être dissociés et que le maître d'ouvrage a décidé d'exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Une opération peut concerner plusieurs ouvrages, par exemple la réfection des toitures des écoles d'une même commune ou la réalisation de trottoirs dans différents quartiers de la ville.

Une opération peut aussi concerner certains travaux réalisés sur un même ouvrage de nature différente programmés au même moment, par exemple en matière de réhabilitation.

7.1.2. La notion d'ouvrage.

Le terme « ouvrage » est défini par les directives « travaux » comme le « résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de génie civil. C'est concrètement la construction, obtenue au terme des travaux réalisés, d'un immeuble ou d'une réalisation de génie civil telle qu'un collecteur des eaux pluviales ou un réseau d'électricité.

7.2. Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène.

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre, et qu'il lui appartient d'apprécier en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action. A titre d'exemple, une paire de ciseaux peut tout aussi bien s'apparenter pour une administration centrale à des fournitures de bureau, comme à du matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers.

Afin de comparer le montant de ses besoins aux seuils de procédure des marchés, chaque acheteur estime de manière sincère et raisonnable la valeur totale des fournitures ou des services qu'il considère comme homogènes et qu'il souhaite acquérir.

Pour ce faire, la nomenclature annexée à l'arrêté du 13 décembre 2001, dont l'inadaptation a été constatée dans bien des cas, n'est désormais plus la référence obligatoire. Aussi, les acheteurs sont invités à adopter une classification propre de leurs achats selon une typologie qui soit cohérente avec leur activité et qui tienne compte de leur connaissance de l'offre du marché étant entendu que le niveau le plus fin de cette typologie regroupe des produits ou services de même nature où le besoin homogène trouve tout son sens.

La survenance de besoins nouveaux, alors même que précédemment les besoins ont été évalués de manière sincère et raisonnable, peut donner lieu, sauf dans le cas où un avenant est suffisant, à la conclusion d'un nouveau marché. La procédure de passation de ce nouveau marché sera déterminée en fonction du montant des nouveaux besoins.

Lorsque ces besoins font l'objet d'un marché dont le montant est apprécié séparément, l'imprévisibilité, c'est-à-dire le caractère nouveau du besoin, doit être réelle : il ne saurait autoriser un fractionnement factice du marché.

III. – Description et déroulement des diverses procédures de passation des marchés

A. – En dessous des seuils de procédure

17. – Procédure adaptée - Les marchés d'un montant inférieur à 230 000 € peuvent être passés selon une procédure adaptée. La procédure adaptée est une procédure dans laquelle les modalités de publicité et de mise en concurrence sont déterminées par la personne responsable du marché en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché (*CMP, art. 28*).

La circulaire d'application du code insiste sur le fait que ces marchés ne sont soumis à aucune des formalités définies par le code ne signifie pas pour autant qu'ils peuvent être passés de gré à gré. L'acheteur est tenu de respecter les principes rappelés à l'article 1er du Code des marchés publics : liberté d'accès à la commande publique, transparence des procédures.

En outre ces facilités n'écartent pas certaines obligations posées par d'autres textes et en particulier le décret du 29 novembre 1993 pris pour l'application de la loi MOP en ce qui concerne certaines prestations de maîtrise d'oeuvre, décret qui impose un contrat écrit.

La circulaire recommande aux acheteurs publics de conserver un historique des diverses étapes ayant abouti à la désignation du titulaire. Elle les invite, dans un souci de rapidité et

d'efficacité économique à favoriser le recours aux échanges d'information par voie électronique et à permettre le dépôt des candidatures ou des offres par voie électronique. Le comptable doit veiller au respect du seuil, un paiement en dépassement engagerait sa responsabilité (jurisprudence constante des juridictions financières). Le maire doit donc lui fournir les éléments permettant de rattacher l'opération à l'exercice qu'elle concerne. Le dépassement du seuil entache d'ailleurs d'illégalité l'ensemble des commandes (*TA Rennes, 16 déc. 1992, préfet du Morbihan c/ cne de Saint-Ave*).

B. – Au-dessus des seuils de procédures

1° Exceptions à l'application des procédures formalisées prévues par le code

18. – Décoration obligatoire des bâtiments publics - Les conditions dans lesquelles sont passés les marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques sont précisées par décret (*CMP, art. 31*).

19. – Prestations de service - Les marchés de prestations de service qui ne se rattachent à aucune des catégories énumérées à l'article 29 du Code des marchés publics sont soumis à la seule obligation de définition de l'objet par rapport à des normes lorsqu'elle existent et à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 €. Il en est de même des contrats ayant pour objet la représentation d'une personne morale en vue du règlement d'un litige (*CMP, art. 30*).

Lorsque le marché a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 29 et des services mentionnés à l'article 30, il est passé selon des règles formalisées si la valeur des services mentionnés à l'article 29 dépasse la valeur des services mentionnés à l'article 30 du Code des marchés publics.

20. – Marchés pour lesquels il n'existe qu'un prestataire - Les marchés complémentaires à un marché initial peuvent être passés sans publicité préalable et sans mise en concurrence à condition que le marché initial ait été passé après mise en concurrence, et que le montant cumulé des marchés complémentaires ne dépasse pas 50 % du marché principal, dans deux cas :

- marchés de renouvellement de marchés de fournitures et de renouvellement ou d'extension d'installations courantes, lorsque le changement de fournisseur se heurte à des difficultés techniques ou des incompatibilités. La durée du marché complémentaire ne peut dépasser 3 ans;
- marchés concernant des prestations qui sont devenues nécessaires à la suite de la survenance d'un événement imprévu et qui ne peuvent être techniquement ou financièrement séparées du marché initial sans inconvénient majeur pour la personne publique.

Les autres marchés pour lesquels il n'y a qu'un prestataire possible sont énumérés *supra* n° 3.

2° Procédures formalisées prévues par le Code des marchés publics

21. – Les marchés de fournitures ou services sont en principe passés selon la procédure d'appel d'offre ; si les conditions sont réunies, ils peuvent être passés selon :

- la procédure de marché négocié (*CMP, art. 28*);
- la procédure allégée (*CMP, art. 17*);
- la procédure de dialogue compétitif (*CMP, art. 30*).

Il existe également des procédures spécifiques :

- la procédure de conception réalisation (*CMP, art. 33*);

- la procédure du concours (*CMP, art. 35*);
- la procédure du marché de définition (*CMP, art. 37*).

Les marchés de travaux d'un montant compris entre 230 000 € et 5 900 000 € peuvent être passés, au choix, selon trois procédures :

- l'appel d'offre avec délai réduit de réception des candidatures (*CMP, art. 22*);
- la procédure négociée avec attribution du marché par la commission d'appel d'offres (*CMP, art. 28*);
- la procédure de dialogue compétitif (*CMP, art. 30*).

Une fois la procédure choisie, la personne publique doit mettre en oeuvre la procédure selon les règles fixées par le code.

Les marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 900 000 € doivent être passés selon la procédure d'appel d'offres sauf s'ils remplissent les conditions de recours à la procédure négociée, du dialogue compétitif, ou de la conception réalisation.

a) Appel d'offres

22. – Définition - L'appel d'offres est la procédure par laquelle la commune choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats (*CMP, art. 33*).

L'appel d'offres peut être ouvert (lorsque tout candidat peut remettre une offre, *V. infra n° 23*) ou "restreint" (lorsque seuls peuvent remettre une offre des candidats présélectionnés. – *V. infra n° 26*).

Le maire peut choisir librement l'une ou l'autre forme (*CMP, art. 33*).

Le recours à l'appel d'offres restreint peut être pertinent lorsque les prestations attendues requièrent, par exemple, des études d'une nature, d'une complexité ou d'un volume tel qu'elles ne peuvent être réalisées que par un nombre limité d'entreprises. L'avis d'appel public à la concurrence pour un appel d'offres restreint peut fixer un nombre minimum (qui ne peut être inférieur à cinq) et un nombre maximum de candidats autorisés à présenter une offre (*CMP, art. 60*).

1) Appel d'offres ouvert

23. – Début de la procédure - La procédure débute par l'envoi d'un avis d'appel à la concurrence (*V. supra n° 4*). À compter de cet envoi, le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours, même en cas d'urgence. Toutefois ce délai peut être ramené à vingt-deux jours minimum lorsqu'un avis de pré-information (envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant l'envoi de l'appel public à la concurrence) a été publié et pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 230 000 € et 5 900 000 €. Pour ces derniers marchés, le délai peut être ramené à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la commune.

Ces délais peuvent être prorogés si l'offre ne peut être faite qu'après une visite sur place ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges. Pour les marchés de travaux et de services, les cahiers des charges et les documents complémentaires sont envoyés dans les six jours de la réception de la demande et dans les quatre jours pour les marchés de fournitures, sauf si l'importance de ces documents impose un délai supplémentaire qui doit alors être mentionné sur l'avis d'appel à la concurrence.

Les renseignements complémentaires sur les cahiers sont communiqués, s'il y a lieu, par le maire au moins six jours avant la date limite de réception des offres.

Les dossiers de candidature doivent comporter deux enveloppes cachetées contenant respectivement les renseignements relatifs à la candidature et l'offre. Les dossiers sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité (*CMP, art. 58*).

Bien que cela ne soit plus exigé par le Code des marchés publics, il semble nécessaire que les dossiers portent la mention de l'appel d'offre auquel ils se rapportent et qu'ils soient enregistrés au moment de leur réception. Pour ce qui concerne les moyens de transmission, la plus grande liberté est laissée aux entreprises mais il ne semble pas que le télex, la télécopie ou la transmission électronique de données, dans l'état actuel des textes, soient compatibles avec le système de double enveloppe correspondant à deux étapes successives de la procédure.

24. – Ouverture des plis - les plis reçus avant l'heure limite indiquée dans l'avis d'appel sont ouverts au cours d'une séance qui n'est pas publique et à laquelle les candidats ne sont pas admis.

Le maire procède à l'ouverture de l'enveloppe relative aux candidatures et enregistre le contenu. Au vu des renseignements, relatifs aux candidatures, la commission élimine les candidatures qui ne remplissent pas les conditions

Les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes, la commission d'appel d'offres ouvre ensuite les enveloppes contenant les offres et enregistre le contenu (*CMP, art. 58*).

25. – Attribution du marché - Le choix du cocontractant est effectué par la commission qui sélectionne l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères mentionnés dans l'appel à la concurrence ou le règlement de la consultation.

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats auxquels la commission peut seulement demander de préciser ou compléter la teneur de leur offre avant de fixer son choix (*CE, 14 janv. 1998, n° 165416, préfet Val-d'Oise. – CE, 8 avr. 1998, n° 167372, préfet Aube*).

Le maire peut procéder avec le candidat retenu à une mise au point des composantes du marché sans que celle-ci puisse remettre en cause les caractéristiques essentielles notamment financières de celui-ci.

Lorsque aucune offre n'apparaît acceptable au regard des critères de la consultation, la commission d'appel d'offres peut déclarer l'appel d'offre infructueux ; le maire en avise tous les candidats. La commission peut alors décider qu'il sera procédé à un nouvel appel d'offres ou, si les conditions ne sont pas modifiées, à un marché négocié. Ainsi, si l'appel d'offres a été déclaré infructueux au motif que le coût estimatif a été dépassé alors qu'il avait été établi à un niveau irréaliste, rendant impossible le succès de l'appel d'offres, un marché négocié passé à la suite de cette déclaration serait irrégulier (*CE, 29 déc. 1997, préfet de Seine-et-Marne : Rec. CE, p. 510*).

De même si la consultation a été infructueuse en raison d'une mauvaise appréciation des besoins ou des capacités des entreprises, la commune ne pourrait passer un marché négocié sur des bases nouvelles (*CE, 14 mars 1998, préfet de Maine-et-Loire, cité dans Rép. min. n° 17494 : JOAN Q 5 oct. 1998, p. 5414*).

Le maire peut, à tout moment décider de ne pas donner suite à un appel d'offre pour des motifs d'intérêt général (*CMP, art. 59*).

2) Appel d'offres restreint

26. – Début de la procédure - La procédure débute par un avis d'appel public à la concurrence. À compter de la date d'envoi de cet avis, le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à trente-sept jours pouvant être ramenés à vingt-deux jours minimum pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 230 000 € et 5 900 000 €. Ces délais peuvent être ramenés à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la commune. Comme pour l'appel d'offres ouvert, la transmission des candidatures est assurée par tous moyens permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité (*CMP, art. 60*).

27. – Sélection des candidats et des offres - La liste des candidats autorisés à présenter une offre est dressée par la commission qui suit pour cela la même procédure que celle décrite pour les appels d'offres ouverts (*V. supra n° 23. – CMP, art. 61*). Le nombre minimum de candidats retenus ne peut être inférieur à 5, sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant. Une "lettre de consultation" est adressée par le maire, simultanément, à tous les candidats retenus pour les inviter à présenter une offre. Il convient, sans doute, que le maire prévienne les autres du rejet de leur candidature (comme prévu jusqu'alors).

La "lettre de consultation" comporte :

- la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française;
- la référence à l'avis d'appel public à la concurrence;
- s'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande (*CMP, art. 62*).

Les offres doivent être transmises par tout moyen assurant les mêmes garanties que celles exigées pour la transmission des candidatures.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante jours à compter de la date d'envoi de la lettre de consultation. Ce délai peut être ramené à vingt-deux jours minimum dans deux cas :

- si un avis de pré-information, envoyé à la publication au moins cinquante-deux jours et au plus douze mois avant la date d'envoi de l'appel à la concurrence, a été publié. Pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 230 000 € et 5 900 000 €;
- en cas d'urgence non imputable au maire, ces délais peuvent être ramenés à quinze jours.

Ces délais peuvent être prorogés, si l'offre ne peut être faite qu'après une visite ou la consultation sur place de documents complémentaires.

Le maire communique les renseignements complémentaires sur les cahiers des charges six jours au moins avant la date limite de réception des offres et quatre jours au moins en cas de réduction de délai du fait de l'urgence (*CMP, art. 63*).

Tous les candidats doivent être mis à même de prendre connaissance des charges devant incomber au titulaire ; si leur égalité n'avait pas été assurée à ce titre, la décision de passer le marché serait irrégulière (*CE, 13 mars 1998, n° 165238, SA Transport Galiero*).

28. – Attribution du marché - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats et la commission d'appel d'offres choisit le cocontractant en suivant la même procédure que celle décrite *supra* n° 24.

En cas d'appel d'offres infructueux, les suites sont les mêmes que pour les appels d'offres ouverts. (*CMP, art. 64*).

b) Marchés négociés

29. – Définition - Une procédure négociée est une procédure par laquelle la commune choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation avec un ou plusieurs d'entre eux.

En dessous d'un montant de 230 000 € le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous les marchés sans aucune condition de circonstance ni de montant. En dessous de ce montant la commune choisit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence qui lui paraissent adaptées (*CMP, art. 28*).

Pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 230 000 € et 5 900 000 €, le maire peut opter pour une procédure négociée.

Au dessus de 230 000 € pour les fournitures et services et 5 900 000 € pour les travaux, l'appel d'offre est la procédure de droit commun. Il ne peut être recouru au marché négocié

que dans un certain nombre de cas limitativement énumérés par le Code des marchés publics (*CMP, art. 35*) :

- marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence (*CMP, art. 35, I*) :

- marché passé après un appel d'offre infructueux à conditions inchangées (la publicité n'est pas obligatoire si les candidats sont les mêmes);

- marché de service lorsque la prestation ne peut pas être définie de manière suffisamment précise pour permettre l'appel d'offre;

- marché de travaux à des fins de recherche d'essai, d'expérimentation;

- marchés de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;

- marchés de travaux dont le prix est compris entre 230 000 € et 5 900 000 €;

- marchés négociés sans publicité préalable mais après mise en concurrence :

- marchés passés dans des situations d'urgence impérieuse, notamment en cas de catastrophe naturelle ; L'urgence impérieuse et le caractère imprévisible pour la commune des circonstances qui en sont à l'origine continueront sans doute à faire l'objet d'une appréciation restrictive par la jurisprudence. Déjà, la survenance de la rentrée scolaire n'était pas considérée comme rendant nécessaire de passer sans mise en concurrence préalable des marchés de rénovation et de gros entretien de lycées (*CE, 1er oct. 1997, n° 151578, Hemmerdinger : Rec. CE, p. 326*);

- marchés de fournitures à des fins de recherche, d'essais, d'expérimentation;

- marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : marchés complémentaires à des marchés passés après mise en concurrence.

Lorsqu'un marché de maîtrise d'oeuvre remplit les conditions de recours à la procédure négociée, l'article 74 du CMP organise une procédure négociée adaptée à la maîtrise d'oeuvre. Les modalités de mise en concurrence pour les marchés négociés d'un montant supérieur à 230 000 € sont obligatoirement celles prévues par le code.

30. – Modalités de mise en concurrence prévues par le Code des marchés publics -

Lorsque la publicité est obligatoire, la procédure débute par l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence. Le délai minimum entre l'envoi de l'avis et la date limite de réception des candidatures est d'au moins trente-sept jours. Il peut être ramené à vingt-deux jours minima pour les marchés de travaux compris entre 230 000 € et 5 900 000 €. En cas d'urgence ne résultant pas du fait de la commune, le délai peut être ramené à 15 jours. Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité (*CMP, art. 65*).

Le maire dresse la liste des candidats admis à présenter une offre ; leur nombre ne doit en principe pas être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant. Le maire dresse la liste des candidats admis à négocier. Il avise les candidats non retenus du rejet de leur candidature.

Simultanément, il adresse aux candidats retenus une lettre de consultation et le cas échéant le dossier de consultation.

Sous l'empire des anciens textes, cette consultation constituait une formalité substantielle et la procédure n'était pas respectée si les candidats n'avaient été saisis que verbalement (*CE, 1er juin 1994, n° 104542, synd. Intercommunal de gestion du collège de Noyal-sur-Vilaine et a. : Rec. CE, p. 1036*). Il est vraisemblable que cette jurisprudence sera maintenue, d'autant que la consultation peut intervenir par télé-procédure.

Le maire peut, à tout moment mettre fin à la négociation pour des motifs d'intérêt général.

Au terme de la négociation, la commission d'appels d'offre attribue le marché au vu d'une proposition de classement des offres établie par le maire (*CMP, art. 66*).

c) Procédure de dialogue compétitif

31. – Définition - La procédure de dialogue compétitif est une procédure à laquelle la personne publique peut recourir lorsque elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques permettant de répondre à ses besoins ou lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet ou enfin lorsqu'elle envisage de faire réaliser des travaux d'un montant compris entre 230 000 € et 5 900 000 €.

La personne publique définit un programme fonctionnel comportant des résultats vérifiables à atteindre ou précisant les besoins à satisfaire. Chaque candidat fait une proposition sur les moyens permettant de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins.

Sauf dans les cas d'application de la loi MOP, la procédure de dialogue compétitif peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution.

La procédure de dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion de marchés complexes, par exemple pour la réalisation d'infrastructures de transport intégrées ou d'importants projets ou réseaux informatiques. Elle permet d'améliorer la définition des besoins.

32. – Règles de procédure - La procédure de dialogue compétitif débute par la mise en oeuvre de la publicité, selon les modalités de droit commun (*V. supra n° 3 à 9*).

Le délai entre l'envoi de l'avis à la publication et la date limite de réception de candidature est d'au moins trente-sept jours.

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de leur donner date certaine.

Après avoir sélectionné les candidats admis à présenter une proposition, le maire engage avec chacun d'eux un dialogue sur l'identification et la définition de moyens propres à satisfaire les besoins de la commune à partir du programme fonctionnel établi au préalable.

Le maire poursuit le dialogue avec les candidats jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins définis dans le marché. Il doit respecter une stricte égalité entre les candidats notamment en ce qui concerne les informations fournies. Il ne peut communiquer aux autres candidats des solutions proposées par un candidat sans avoir l'accord de celui-ci.

Si cela a été prévu dans l'appel public à la concurrence, les discussions peuvent se dérouler par phases successives.

Lorsque le maire estime que la discussion est arrivée à son terme, il informe tous les candidats et arrête le cahier des charges.

Il invite les candidats à présenter leur offre dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours. Le maire peut demander aux candidats des clarifications ou des précisions sur les offres déposées. Le maire présente ensuite à la commission d'appel d'offres un rapport précis et détaillé du déroulement et du contenu des discussions. L'attribution du marché est prononcée par une décision motivée de la commission d'appel d'offres qui figure au procès verbal.

Si aucune offre n'est jugée acceptable, il peut ne pas être donné suite au dialogue compétitif. Le règlement de la consultation peut prévoir le versement d'une prime aux candidats. Cette prime sera déduite de la rémunération versée au candidat retenu (*CMP, art. 67*).

33. – Opérations de communication - Les marchés relatifs à des opérations de communication peuvent être passés conformément à la procédure de dialogue compétitif. Ils peuvent donner lieu à des phases de réalisation dont le montant global est défini préalablement à l'exécution de chaque phase. Ils sont passés pour une durée maximale de trois ans. À l'issue de chaque phase, le maire peut définir les objectifs de la phase suivante, en vue d'atteindre les objectifs de l'opération de communication.

d) Procédure de conception réalisation

34. – Recours à la procédure de conception réalisation - Cette procédure s'applique aux marchés qui portent à la fois sur la conception et l'exécution des travaux pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1er de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (*JO 13 juill.*

1985) relative à la maîtrise d'ouvrage publique. Sont concernés, les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure et équipements industriels liés à leur exploitation et dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation. Il peut aussi s'agir d'ouvrages dont les caractéristiques : dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propre des entreprises. À titre d'exemple on peut citer les blanchisseries ou les installations de production de chaleur lorsqu'elles constituent l'essentiel de l'opération ou une usine de traitement de déchets ménagers et assimilés avec valorisation énergétique.

Ce type de marché relève de la catégorie des marchés de travaux.

Il ne peut être recouru à cette procédure, quel que soit le montant du marché, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage (*CMP, art. 37*);

Une entreprise candidate est fondée à demander au juge des référés (*CJA, art. L. 551-1*) la suspension de la passation du marché et la reprise de la procédure, dès lors que l'avis d'appel à la concurrence ne mentionne pas les raisons d'ordre technique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur à l'étude de l'ouvrage. Le juge peut aussi fonder sa décision sur le fait qu'après la remise des offres, le responsable du marché a levé les contraintes de délai fixées initialement dans le règlement, apportant ainsi une modification substantielle aux conditions du marché (*CE, 16 oct. 2000, n° 213958, sté Stereau*).

Il faut en outre que la commune dispose de services techniques capables d'établir un programme détaillé complet et d'en surveiller la mise en oeuvre (*Circ. min. Aménagement du territoire, n° 95-58, 9 août 1995*).

35. – Modalités spécifiques - Pour la passation du marché de conception réalisation, un jury est constitué. Il comprend les membres de la commission d'appel d'offres ainsi que, pour au moins un tiers de ses membres, des maîtres d'oeuvres compétents dans la spécialité qui fait l'objet de la consultation et indépendants tant de la commune que des candidats. Ces derniers sont désignés par le maire. Le maire arrêté, sur proposition motivée du jury, la liste des candidats admis à réaliser des prestations auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation. Les prestations, qui comportent au moins un avant-projet sommaire pour un bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, précisant les performances techniques de l'ouvrage, font l'objet d'examen et d'auditions par le jury qui en dresse procès-verbal et formule un avis motivé.

Le maire peut demander des précisions sur les offres sans modifier les caractéristiques du marché. Au vu de l'avis du jury, la commission d'appel d'offre attribue le marché. Une prime dont le montant est égal à 80 % du coût estimé des études définies par le règlement de la consultation est attribuée à chaque candidat sauf pour ceux dont le jury a estimé que les offres présentées avant l'audition ne répondaient pas complètement à ce règlement, la prime étant alors réduite ou supprimée.

La rémunération du titulaire du marché tient compte de la prime reçue.

e) Concours

36. – Domaine du concours - Le concours est la procédure par laquelle la commune choisit, après mise en concurrence et avis du jury de concours, un plan, ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours, un marché.

Le concours peut être ouvert ou restreint (*CMP, art. 38*).

37. – Procédure - Le concours fait intervenir un jury de concours composé, conformément aux règles posées à l'article 25 du CMP, exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours (*V. fasc. 214-10, Marchés des communes*).

Procédure applicable au concours ouvert. Les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe concernant les renseignements relatifs à leur candidature, une deuxième enveloppe contenant les prestations demandées et une troisième enveloppe contenant l'offre de prix pour la réalisation du marché.

Procédure applicable au concours restreint. Les candidats admis à concourir sont invités à remettre leurs prestations et dans une enveloppe séparée, leur offre de prix pour la réalisation du marché.

Les délais sont, selon le cas, ceux de la procédure d'appel d'offre ouvert ou de l'appel d'offre restreint.

Le maire ouvre les enveloppes relatives aux candidatures et en enregistre le contenu. Le jury examine les candidatures et formule un avis motivé au vu duquel le maire arrête la liste des candidats admis à concourir.

Le maire enregistre les prestations et prépare les travaux du jury. Le jury procède à un examen des candidatures qui doit être anonyme si le montant du marché de services à passer avec le lauréat est supérieur à 230 000 €. Le jury établit un classement des projets fondé sur les critères de la consultation. Il dresse procès verbal de l'examen et formule un avis motivé. Le PV est signé par tous les membres du jury. Le maire décide, après examen de l'enveloppe qui contient le prix, du ou des lauréats du concours.

Le maire négocie ensuite avec tous les lauréats, le marché est ensuite attribué à l'un des lauréats par le conseil municipal (l'assemblée délibérante).

Si le règlement du concours a prévu le versement de primes, le maire alloue les primes conformément aux propositions qui lui sont faites par le jury (*CMP, art. 70*).

38. – Marchés de définition - Les marchés de définition ont pour but d'explorer les conditions d'établissement d'un marché ultérieur. Ils peuvent avoir pour objet la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur. Ils doivent permettre d'estimer le niveau de prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution. La commune ne peut recourir à des tels marchés que si elle n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre par un marché, les techniques de base à utiliser ou les moyen se personnel ou en matériel à mettre en oeuvre. Les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet conclu à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément peuvent être attribués à l'auteur de la solution retenue sans nouvelle mise en concurrence. Pour calculer les seuils, on tient également compte du montant des études initiales.

Le marché est attribué par la commission d'appel d'offres.

39. – Marchés de maîtrise d'oeuvre - Les marchés de maîtrise d'oeuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage, d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de missions définis par l' article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite loi MOP (*JO 13 juill. 1985*) et par le décret du 29 novembre 1993 (*JO 30 nov. 1993*) pris pour son application.

Les marchés de maîtrise d'oeuvre sont en principe passés selon la procédure du concours. Le concours est alors un concours restreint. Les candidats doivent recevoir une prime évaluée au montant du prix des études effectuées diminué de 20 %.

Ils peuvent toutefois être passés selon la procédure adaptée lorsque leur montant est inférieur à 230 000 €.

En outre, dans un certain nombre de cas le concours n'est pas obligatoire :

- réutilisation ou réhabilitation de bâtiments existants;
- ouvrages réalisés à titre de recherche, essai ou expérimentation;
- marché ne comportant aucune mission de conception;
- marché relatif à des ouvrages d'infrastructure.

Dans ces cas, la commune peut opter pour l'appel d'offre dont la commission est composée en jury au sens de l'article 25 du CMP ; elle peut également opter pour une procédure négociée particulière si les spécifications techniques ne peuvent pas être déterminées avec suffisamment de précisions ou si, compte tenu de la nature des services ou des aléas, il n'est pas possible de fixer un prix (*CMP, art. 35, I, 2° et 4°*).

La procédure est alors la suivante :

Le délai entre l'envoi de l'avis à la publication et la date limite de réception des candidatures est de trente-sept jours. En cas d'urgence ne tenant pas à la commune, il peut être ramené à quinze jours. La mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats.

Le maire, après avis d'un jury tel que défini à l'article 25 du CMP dresse la liste des candidats admis à concourir, leur nombre ne peut être inférieur à trois sauf en cas d'insuffisance de candidats. Le maire engage des négociations, au terme des négociations, le marché est attribué par le conseil municipal (assemblée délibérante).

Lorsque plusieurs marchés de définition ont été conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément, le conseil municipal peut confier un ou des marchés de maîtrise d'oeuvre à l'auteur ou aux auteurs des solutions retenues, sans faire procéder à une nouvelle mise en concurrence (*CMP, art. 74*).

40. – Marchés d'acquisition d'énergie non stockable - Anticipant sur la libéralisation du marché de l'électricité, le code contient des dispositions spécifiques pour l'achat d'énergies non stockables. Les marchés pourront prendre la forme de marchés à bon de commande sans minimum ni maximum avec plusieurs titulaires, avec mise en concurrence de chaque titulaire avant l'émission de chaque bon, ou bien de marché non fractionné ne précisant pas la quantité d'énergie livrée mais seulement la période de livraison.

– Forme et contenu des marchés

23. – Principe du contrat écrit - Les marchés sont passés sous forme de contrats écrits (*CMP, art. 11*). Le code n'impose cette règle que pour les marchés d'un montant supérieur à 230 000 €, mais la plus élémentaire prudence et la nécessité de conserver trace des procédures suivies et des engagements des parties rendent indispensable la rédaction d'un écrit.

Le contrat se compose tant de l'acte d'engagement que des cahiers des charges ou autres documents auxquels il se réfère et qui forment avec lui un tout indivisible.

Pour les marchés de conception réalisation, le programme de l'opération puis les études de conception du candidat retenu font partie des pièces constitutives.

24. – Actes d'engagement - Les marchés font l'objet d'un acte d'engagement établi en un seul original. L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Il devient définitif lorsqu'il a été signé par le maire agissant au nom de la commune et après approbation du conseil municipal (*V. FM Litec, Formulaire des maires, fasc. 220, Conseils municipaux*).

25. – Cahier des charges - Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés (*V. fasc. 114-70, Cahier des charges*).

Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux sont :

- le cahier des clauses administratives générales (CCAG) qui fixe les clauses administratives applicables à tous les marchés de la même catégorie (travaux, fournitures ou services);

- le cahier des clauses techniques générales (CCTG) qui fixe les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature. Ces cahiers sont approuvés par arrêté ministériel. La personne responsable du marché décide de faire référence ou non à ces cahiers. Les documents particuliers sont :

- les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché;
- les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP) qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché.

S'il est fait référence aux cahiers généraux, les documents particuliers comportent l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent éventuellement.

26. – Mentions du marché - Les pièces composant le marché doivent contenir au moins les mentions suivantes (*CMP, art. 12*) :

- l'identification des parties contractantes;
- la délibération autorisant le maire à passer le marché;
- la définition de l'objet du marché;
- la référence aux articles et alinéas du Code des marchés publics en vertu desquels le marché est passé. Ces articles déterminent en effet les différents modes de conclusion des marchés auxquels il est légalement possible de recourir, suivant les cas : appel d'offres, appel d'offres avec concours, marché négocié etc. Cette référence est importante. Si, par exemple, la commune conclut un marché négocié parce que la nature du marché lui semble le permettre, malgré son montant, le marché devra préciser qu'il est passé en vertu de l'article 35 du Code des marchés publics, en précisant l'alinéa;
- l'énumération par ordre de priorité des pièces incorporées dans le contrat;
- le prix du marché ou les modalités de sa détermination;
- le délai d'exécution du marché ou la date de son achèvement. S'il y a lieu, le marché doit comporter une clause de pénalités de retard et préciser les mesures que la commune pourra prendre au cas où l'entrepreneur ou fournisseur n'exécuterait pas ses obligations;
- les conditions de réception et le cas échéant, de livraison des prestations;
- les conditions de règlement, notamment, s'ils sont prévus, les délais de paiement;
- les conditions de résiliation;
- la date de notification du marché;
- le comptable public assignataire chargé du paiement (pour la commune, le receveur municipal);
- le cas échéant, les éléments propres aux marchés fractionnés.

Sauf sujétion technique ne résultant pas des parties, un avenant ne peut venir bouleverser l'économie du contrat, ni en changer l'objet (*CMP, art. 19*).

27. – Durée des marchés - Sans préjudice des dispositions prévues pour certains marchés négociés et pour les marchés fractionnés notamment, la durée du marché doit être fixée en fonction de son objet et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Le marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions si ses caractéristiques techniques ne sont pas modifiées et si lors de la mise en concurrence on a pris en compte la durée totale, reconduction comprise. Le nombre de reconductions est fixé en fonction de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

La personne responsable du marché prend par écrit la décision de reconduire ou non le marché. Le titulaire du marché ne peut refuser sa reconduction, sauf stipulation contraire du marché (*CMP, art. 15*).

28. – Prix du marché - Les marchés sont conclus à prix définitif, (*sauf exception V. infra n° 29*). Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché quelles que soient les quantités.

Des clauses incitatives concernant les délais d'exécution, la qualité et les coûts des prestations peuvent être prévues (*CMP, art. 16*).

Ce prix est ferme dans le cas où il n'expose pas les cocontractants à des aléas majeurs du fait de l'évolution des conditions économiques prévisibles. Il est cependant actualisé dans les conditions définies par le décret n° 2001-738 du 23 août 2001 (*JO 24 août 2001*).

Le prix est ajustable lorsqu'il est calculé à partir d'une référence que définit le marché.

Il est révisable lorsque sa modification est prévue par application d'une formule représentant conventionnellement le coût de la prestation. Les conditions de ces modifications sont fixées par le décret du 23 août précité.

S'il comporte une clause de variation de prix, le marché doit prévoir la périodicité de sa mise en oeuvre (*CMP, art. 17*).

En cas d'indexation, le choix de l'indice doit être fait avec soin pour éviter autant que possible les contestations en cas de fluctuation importante des cours.

Lorsque le marché concerne des travaux ou fournitures à réaliser en totalité ou en partie d'après des spécifications particulières, la commune peut exiger que les offres soient accompagnées d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix pour ces travaux ou fournitures.

Sauf disposition contraire insérée dans le marché, le devis détaillé correspondant à l'offre a seulement valeur indicative et non valeur contractuelle.

29. – Prix provisoires - Les marchés négociés peuvent être conclus à prix provisoires dans les cas exceptionnels définis à l'article 18 du code et tenant à l'impossibilité de se déterminer sur un prix définitif notamment en raison d'aléas techniques (par exemple dus à l'utilisation d'une technique nouvelle) ou de la non-disponibilité immédiate des résultats d'une enquête de coûts. Ces marchés doivent prévoir les dates et modalités de détermination des prix définitifs.

30. – Prestations en régie - Lorsque le marché prévoit que certaines prestations seront exécutées en régie, c'est-à-dire non pas par l'entrepreneur, mais sous la direction du représentant de la commune, le traité doit préciser la nature, le mode de décompte et éventuellement la valeur des divers éléments fournis par l'entrepreneur ; le prix de règlement à ce dernier comprendra normalement le remboursement des salaires, le prix de location de l'outillage, celui des matériaux et en outre une somme représentant une quote-part des frais généraux (*CE, 18 nov. 1931, cne de Cazières : Rec. CE, p. 1002. – CE, 19 oct. 1934, sté Herliq : Rec. CE, p. 938*).

Dans l'hypothèse inverse où l'entrepreneur conserve la direction et la responsabilité d'un travail, mais où tout ou partie de celui-ci est réalisé avec le concours d'agents de la commune (par exemple d'agents du service de la voirie) ou avec des outillages ou des matériaux fournis par celle-ci, le marché doit préciser également la nature et la valeur ou le mode de calcul de ces éléments pour qu'il en soit tenu compte dans le prix de règlement.

31. – Marché unique / marché séparé en lots - C'est la personne responsable du marché qui décide de passer, soit un marché unique, soit un marché séparé en lots. Elle se détermine en fonctions des avantages économiques.

En cas d'option pour la procédure par lots, les travaux, fournitures ou services sont répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct ; lorsque plusieurs lots sont attribués au même titulaire, le nouveau CMP prévoit la possibilité de ne passer avec celui-ci qu'un seul marché.

Le règlement de la consultation fixe le nombre, la nature et l'importance des lots, ainsi que les conditions imposées au soumissionnaire pour souscrire à un ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution. L'avis d'appel à la concurrence doit comporter à cet égard toutes précisions utiles.

L'évaluation du montant du marché prend en compte la valeur estimée de la totalité des lots. Les offres présentées par lots ne peuvent pas être différentes suivant le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

En cas de marché alloti, si le marché porte sur la construction et l'entretien ou l'exploitation d'un bâtiment, la construction doit faire l'objet d'un lot distinct (*CMP, art. 10*).

L'allotissement n'exclut pas la possibilité pour les groupements de se porter candidat.

Le nouveau CMP introduit une souplesse supplémentaire pour les petits lots. Il est possible de passer un marché selon la procédure adaptée pour les lots dont la valeur est inférieure à 80 000 € HT, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble. Dans le cas de marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 900 000 €, la valeur des "petits lots" est portée à 1 000 000 € avec maintien de la condition de 20 %.

32. – Marchés fractionnés - Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement définis et arrêtés dans le marché, la commune peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches conditionnelles (*CMP, art. 71 et 72*).

33. – Marché à bons de commande - Il détermine les spécifications, la consistance et le prix des prestations ainsi que le minimum et le maximum en valeur ou en quantité, le maximum ne pouvant être supérieur à quatre fois le minimum. Il est bien adapté aux fournitures et services courants ainsi qu'aux travaux d'entretien difficilement programmables. Le marché s'exécute au fur et à mesure des besoins, par émission de bons de commande qui précisent la prestation demandée et la quantité à fournir ainsi, le cas échéant, que les délais et le lieu de livraison ou d'exécution.

Les montants minimum et maximum prévus par le marché constituent des engagements à l'égard du titulaire. Dès lors, celui-ci est en droit d'obtenir une indemnité à hauteur de la différence entre le montant total des commandes et le minimum prévu.

De même, pour la durée du marché, le responsable du marché ne peut pas s'adresser à un autre fournisseur que le titulaire tant que le montant des commandes n'a pas atteint le maximum prévu (*Rép. min. n° 29223 : JO Sénat Q 1er févr. 2001, p. 391*).

Par dérogation (motivée dans le rapport de présentation) lorsque le volume du besoin ou sa survenance ne peuvent être appréciés, il peut être passé un marché sans minimum ni maximum ; dans ce cas, il ne peut être passé un autre marché portant sur des prestations identiques.

Par dérogation motivée et notamment en cas de forte volatilité des prix ou d'obsolescence rapide des produits, la commune peut passer, pour les mêmes prestations, avec plusieurs titulaires, des marchés sans minimum ni maximum. Dans ce cas, les titulaires sont remis en compétition lors de l'attribution des bons de commande et la commission d'appel d'offres choisit l'attributaire du bon de commande.

Les marchés sont passés pour une durée qui ne peut excéder quatre ans. Elle peut atteindre cinq ans pour les marchés passés avec une entreprise seule capable de satisfaire les besoins. Le marché doit préciser la durée maximale d'exécution des bons de commande (*CMP, art. 72*). Est illégale la décision de passer un marché à bons de commande (en l'espèce pour l'informatisation et l'entretien d'un réseau d'éclairage public moyennant une redevance mensuelle) pour une durée de dix ans (*CE, 8 déc. 1997, n° 158577 et 188823, Sotracer et ville d'Auxerre : Rec. CE, p. 925*).

Les règles de mise en concurrence et de publicité sont les mêmes que celles applicables aux autres marchés. Pour la détermination des divers seuils, on retient le total du montant des maximums sur l'ensemble de la période couverte par le contrat. En l'absence de maximum, on se réfère aux maximums constatés sur des périodes antérieures.

Toutefois pour des besoins occasionnels et pour un montant ne dépassant pas 1 % du marché et un montant total de 10 000 € HT, la personne publique peut s'adresser à un autre fournisseur que le titulaire du marché.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de remettre en concurrence les titulaires retenus à l'issue d'un appel d'offre dans trois cas : pour la satisfaction de besoins occasionnels d'un montant unitaire inférieur à 1 500 € HT dès lors que la somme de ces bons de commande sur l'année n'atteint pas 230 000 € ; pour l'acquisition de produits particuliers nécessaires à des missions de recherche ; pour des commandes complémentaires effectuées à titre d'accessoires auprès de fournisseurs, lorsque les différentes fournitures ne sont pas interchangeables.

34. – Marché à tranches conditionnelles - Il comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches dont la réalisation est subordonnée à une décision de la personne responsable du marché. En cas d'inexécution, le cocontractant peut avoir droit à une indemnité.

Chaque tranche doit être cohérente et définie dans son objet, son prix et son délai d'exécution. Si le marché n'est pas soumis à une limitation de durée, il doit prévoir la date limite "d'affermissement" de chaque tranche conditionnelle.

Pour l'appréciation des seuils et des règles de publicité, l'évaluation doit être faite en additionnant le montant estimé de l'ensemble des tranches.

35. – Achats d'énergie - Le code prévoit, dans son article 81 une procédure particulière pour l'achat des énergies qui ne sont pas stockables, notamment dans la perspective de la mise en concurrence des marchés de l'électricité et du gaz. Cette procédure est proche de la procédure de marché à bons de commande, sans minimum ni maximum avec plusieurs titulaires.

V. – Conditions requises pour être candidat

36. – Personnes exclues à qualité - Le maire et le receveur municipal ne peuvent soumissionner aux appels d'offres communaux.

Il en est de même pour l'adjoint ou le conseiller municipal qui agit comme suppléant ou délégué du maire, ou qui est appelé à prendre part, même en l'absence de suppléance ou délégation, à l'exécution par la commune du contrat, par exemple s'il fait partie de la commission des travaux et se trouve de ce fait amené à exercer une surveillance sur l'exécution de ses propres ouvrages (*C. pén., art. 432-12. – CE, 25 janv. 1957, sté Craco : Rec. CE, p. 56. – V. fasc. 122-20, Conseillers municipaux*).

Toutefois, ce régime est assoupli pour les communes ne dépassant pas 3 500 habitants où l'on peut parfois manquer d'entrepreneurs ou fournisseurs qualifiés. Dans ces communes, les maires, les adjoints et les conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent soit traiter sur mémoires ou sur simples factures, soit passer des marchés avec les communes qu'ils représentent pour l'exécution de menus travaux ou la livraison de fournitures courantes, sous la réserve que le montant global des marchés et commandes passés dans l'année n'excède pas 16 000 €. En ce cas, la commune sera spécialement représentée par un autre membre du conseil municipal, désigné par celui-ci (*CGCT, art. L. 2122-26*).

Le maire, les adjoints, ou les conseillers qui traiteront la commune, devront s'abstenir de participer à toute délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation de ces marchés (*CGCT, art. L. 2131-11*).

Si une entreprise de travaux publics possédant des actions d'une SEM peut théoriquement soumissionner à des marchés de travaux lancés par cette SEM en tant que mandataire de la commune, il semble préférable d'éviter une telle situation qui risque de déboucher sur la constitution de délits de favoritisme ou de prise illégale d'intérêt (*Rép. min. n° 29725 : JOAN Q 11 déc. 2000, p. 6993*).

37. – Personnes exclues en raison d'infractions ou d'interdictions professionnelles -

Certaines personnes sont exclues des marchés ou soumises à des obligations spéciales pour y

participer, soit en raison de certaines infractions à la législation professionnelle, sociale ou fiscale, soit en raison de jugements comportant une interdiction d'obtenir des commandes publiques, soit en raison de dispositions tenant à l'organisation générale en matière de défense, soit enfin ayant fait l'objet au cours des cinq dernières années de condamnation pour infraction aux règles concernant le travail dissimulé (*C. trav., art. L. 324-9 et 10*), l'emploi d'étrangers non munis de titre de travail (*C. trav., art. L. 341-6*) ou de main-d'oeuvre fournie en contravention avec les normes légales réglementaires ou conventionnelles (*C. trav., art. L. 125-1 et 3*).

Ne sont en particulier pas admises à concourir les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations ou effectué les paiements exigibles en matière fiscale ou sociale (*CMP, art. 43*). De même sont exclues les personnes en faillite ou en état de liquidation judiciaire, ou faisant l'objet d'une procédure équivalente à l'étranger.

Les personnes en redressement judiciaire doivent justifier qu'elles sont habilitées à poursuivre leur activité pendant la période d'exécution du marché (*CMP, art. 44*).

38. – Pièces à fournir et formalités à remplir - En vertu de l'article 45 du Code des marchés publics, il ne peut être exigé, à l'appui des candidatures ou des offres que :

- des renseignements ou pièces relatives à la nature et aux conditions générales d'exploitation de l'entreprise, à ses moyens techniques, à ses références, et aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager. La liste de ces renseignements est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie. Le candidat doit posséder les capacités requises pour exécuter le marché. Si ce n'est pas le cas, il ne peut pallier cette carence en annonçant un recours à la sous-traitance. En revanche il peut se grouper avec d'autres entreprises pour présenter une offre (*Rép. min. n° 29053 : JOAN Q 17 janv. 2000, p. 322*);

- si l'entreprise est en redressement judiciaire, la copie du ou des jugements prononcés à cet effet;

- la déclaration que le candidat ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de concourir (*V. supra n° 37*) ou d'une mesure équivalente prononcée dans un autre pays;

- la déclaration sur l'honneur qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales rappelées *supra* n° 37. Les attestations correspondantes n'étant exigées que pour le candidat retenu à la suite de la sélection (*CMP, art. 46*). Le candidat établi dans un État membre de la Communauté européenne doit produire les certificats équivalents délivrés par les autorités de ce pays. S'il est établi dans un pays tiers ne délivrant pas de tels certificats, il devra faire une déclaration sur l'honneur enregistrée par une autorité de son État (*CMP, art. 46*);

- les documents ou attestations figurant à l'article R. 324-4 du Code du travail, et notamment l'attestation sur l'honneur que le candidat n'a pas fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions concernant le travail illégal (*V. supra n° 37*). Seuls les documents énumérés à l'article 45 du CMP peuvent être exigés. L'exigence de certificats de capacité délivrés par des hommes de l'art ou par des administrations attestant qu'aucune difficulté de règlement ne s'est produite pour des marchés analogues ne peut trouver de base légale dans les dispositions du code (*TA Grenoble, ord., 13 sept. 2000, n° 002947, sté Idex c/ ville Valence. – V. aussi CE, 22 juin 1998, n° 172602, région Île-de-France qui précise que, s'il appartient à la commission d'appel d'offres de vérifier la valeur probante des pièces produites par les candidats, elle ne peut subordonner l'admission d'une candidature à l'exigence de voir figurer sur la photocopie de l'attestation de paiement des cotisations sociales le cachet de l'URSSAF, exigence qui ne résulte pas du Code des marchés publics*).

Ces déclarations ne sont pas exigées en matière d'achats sur facture et de travaux sur mémoires.

Pour justifier qu'il a satisfait aux obligations définies par l'article 46 du Code des marchés publics, le candidat retenu doit produire un certificat délivré par les administrations et organismes compétents.

L'arrêté interministériel du 4 mai 1994 (*JO 8 mai 1994*) définit les impôts, taxes et cotisations sociales à retenir pour l'établissement du certificat susvisé ainsi que les services et organismes compétents pour cette délivrance.

En ce qui concerne les impôts, taxes et cotisations sociales pour lesquels un certificat ne peut être délivré, le candidat fait, sous sa propre responsabilité, une déclaration sur l'honneur dûment datée et signée.

Les entreprises candidates à un marché au cours de l'année de leur création n'auront pas à demander d'attestation fiscale. Elles produiront un récépissé de dépôt du Centre de formalités des entreprises.

Le candidat établi dans un État membre de l'Union européenne autre que la France doit produire un certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine. Pour les impôts, taxes et cotisations sociales pour lesquels il n'est pas délivré de certificat, il produit une attestation sur l'honneur, selon les mêmes modalités que celles qui sont prévues ci-dessus pour le candidat établi en France.

Le candidat établi dans un pays tiers doit, pour les impôts, taxes et cotisations sociales ne donnant pas lieu, dans ledit pays, à la délivrance d'un certificat par les administrations et organismes de ce pays, produire une déclaration sous serment effectuée devant une autorité judiciaire ou administrative de ce pays.

Les administrations et organismes ne délivrant qu'un certificat par an, en pratique, les candidats retenus produiront une photocopie de ces documents en portant une mention attestant sa conformité avec l'original (*Marchés publ. n° 282, juin-juill. 1994, p. 4*).

Depuis le 1er janvier 1996, le TPG peut délivrer, sur présentation des certificats, un "état annuel des certificats reçus" qui se substitue à l'ensemble des certificats requis (*A. 31 déc. 1995 : JO 18 janv. 1996*).

39. – Renseignements inexacts - L'inexactitude des renseignements prévus aux alinéas 4, 5, 6 et 8 du n° 38 *supra*, entraîne la résiliation du marché aux torts du cocontractant dans des conditions qui doivent être prévues au marché (*CMP, art. 47*).

40. – Présentation des offres - Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement (*V. supra n° 24*) en un seul exemplaire signé par le candidat ou son représentant (celui-ci ne pouvant représenter qu'un seul candidat).

Si la personne responsable du marché le demande, l'offre peut être accompagnée d'échantillons ou d'un devis descriptif détaillé permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a en principe, pas de valeur contractuelle (*CMP, art. 49*).

41. – Variantes - Sauf disposition contraire du règlement de la consultation, les candidats peuvent désormais proposer des variantes présentées avec l'offre de base. Ceci devrait permettre l'ouverture aux innovations des entreprises (*CMP, art. 50*).

42. – Groupement des candidatures ou des offres - Sous réserve de respecter le droit de la concurrence, les entreprises peuvent se grouper pour présenter leur candidature ou leur offre. Cette faculté peut intéresser particulièrement les PME.

Le groupement est "solidaire" si chacun des membres est engagé pour la totalité du marché dans un acte d'engagement unique.

Dans le cas d'un marché divisé en lots, le groupement peut être "conjoint", chacun des membres s'engageant à exécuter le ou les lots le concernant. Dans ce cas, l'acte d'engagement unique indique la répartition détaillée et le montant des prestations engageant chaque membre. Dans les deux cas, un membre du groupement désigné comme mandataire coordonne les prestations et représente le groupement. Il peut être solidaire des autres membres pour leurs obligations contractuelles dans l'exécution du marché.

Un même prestataire ne peut pas être mandataire de plusieurs groupements pour un même marché.

L'ensemble des règles applicables est défini par l'article 51 du Code des marchés publics.

IV. – Achèvement de la procédure

A. – Transmission au représentant de l'État

41. – Rapport du maire - Tout projet de marché ou d'avenant, à l'exception de marchés passés sans formalités préalables, fait l'objet d'un rapport de présentation de la personne responsable du marché, qui :

- définit la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, ainsi que le montant prévu de l'opération;
 - expose l'économie générale du marché ou de l'avenant, son déroulement prévu, ainsi que le prix envisagé;
 - motive le choix du mode de passation adopté et notamment, le cas échéant, le recours au délai d'urgence ou au marché négocié;
 - rend compte du déroulement de la procédure suivie et le cas échéant, relate le processus de négociation;
 - justifie l'introduction, le cas échéant, de critères de sélection des offres non prévus par les dispositions du premier alinéa du II de l'article 53 et motive le choix de l'offre retenue;
 - indique le nom des candidats non retenus et les motifs de leur rejet;
 - précise en matière de fournitures, si la fourniture provient d'un pays membre de la Communauté européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce;
 - indique, le cas échéant, la part du marché que l'attributaire a l'intention de sous-traiter.
- Ce rapport est communiqué en même temps que le marché au représentant de l'État (*CMP, art. 75*).

42. – Acte d'engagement - L'acte d'engagement est transmis dans un délai de quinze jours à compter de sa signature au préfet ou au sous-préfet, accompagné des pièces nécessaires au contrôle de légalité :

- la copie des pièces constitutives du marché;
- la délibération autorisant le marché;
- la copie de l'appel public à la concurrence;
- le règlement de la consultation;
- les PV des commissions ou jury et le rapport du maire;
- les renseignements concernant l'entreprise fournis à l'appui de sa candidature (*CGCT, art. R. 2131-1*).

Les avenants doivent être communiqués dans les mêmes conditions au représentant de l'État qui peut réclamer des pièces complémentaires qu'il jugerait nécessaires à son contrôle (*CGCT, art. R. 2131-2 et 3*).

43. – Dérogation - Les contrats ayant pour objet la représentation de la commune en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'État (*CMP, art. 78*).

B. – Notification du marché

44. – Notification au titulaire - Après la transmission au représentant de l'État de pièces prévues au *supra* n° 41 à 43, le maire notifie le marché au titulaire en lui adressant un exemplaire signé et mentionnant la date de transmission au représentant de l'État par tout moyen conférant date certaine à cet envoi.

La date de notification est la date de réception du marché par le titulaire. C'est à cette date que le marché prend effet. Aucun commencement d'exécution ne peut intervenir au préalable (*CMP, art. 78 et 79. – CGCT, art. L. 2131-13*).

C. – Informations sur l'attribution du marché

45. – Information des candidats - Dès que le titulaire a été choisi le maire avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Un délai de dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché.

En cas de demande écrite d'un candidat écarté, (bien que son offre soit conforme à l'objet du marché), il lui communique dans les plus brefs délais, les motifs de rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le montant du marché et le nom du titulaire.

Si le marché n'est pas attribué, le maire en indique sans délai les motifs aux candidats. Cette communication écrite sur demande ne peut comporter des informations dont la divulgation serait contraire à la loi, à l'intérêt public, ou porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ou à l'exercice d'une concurrence loyale (*CMP, art. 76 et 77*).

46. – Information du représentant de l'État - Dans un délai de 15 jours, le maire informe le représentant de l'État de la date de la notification du marché (*CGCT, art. L. 2131-13*).

47. – Information du public - Dans les trente jours de la notification le maire envoie pour publication un "avis d'attribution" établi conformément à un modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'Économie, afin que le public soit informé. L'avis est adressé aux organes de presses qui avaient publié l'avis d'appel public à la concurrence.

Les marchés passés sans formalités préalables ou négociés sans publicité préalable ne donnent pas lieu à cette formalité. Toutefois les marchés de services visés à l'article 30 du Code des marchés publics, qui sont passés sans formalité préalable, doivent faire l'objet d'un avis d'attribution envoyé à l'office des publications officielles des Communautés européennes. Le maire doit préciser s'il en accepte la publication (*CMP, art. 80 et 81*).

48. – Conservation des dossiers des candidats non retenus - Afin de permettre les vérifications des juridictions financières et les éventuelles enquêtes judiciaires sur des délits qui auraient pu être commis à l'occasion de la passation du marché, les dossiers présentés par les soumissionnaires non retenus devront être conservés pendant au moins cinq ans à compter de la date de notification du marché. Toutefois le CCAP, le CCTP, le cahier des clauses communes et le règlement de la consultation qui figurent dans le dossier de définition du marché pourront être éliminés dès l'achèvement de la procédure ainsi que la documentation publicitaire jointe au dossier de candidature (*Circ. Prem. min., 30 déc. 1998 : JO 31 déc. 1998*).

Toutefois, le ministre des Finances recommande une durée de conservation des documents de marchés de dix ans minimum pour que ceux-ci demeurent disponibles pendant la période d'exécution des marchés et des délais de garantie (*V. Tél. marchés publ., n° 218, mars-avril 1999*).

49. – Timbre et enregistrement - Les actes concernant les marchés des communes ne sont pas au nombre de ceux qui sont soumis au droit de timbre (*Circ. int. Bx des marchés n° 6, 3 janv. 1964*). Il en est ainsi notamment pour les soumissions, les offres, les marchés et avenants, leurs pièces annexes, les extraits de ces documents et les nantissements, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les pièces émanent d'une personne publique ou privée (comme par exemple le projet ou programme établi par un homme de l'art non fonctionnaire).

De même les procès-verbaux d'appels d'offres et les marchés écrits ne sont pas soumis à la formalité de l'enregistrement et au droit y afférent, sauf dans le cas exceptionnel où il s'agirait de marchés passés devant notaire. Mais il est recommandé aux maires de faire enregistrer les

marchés communaux par les soins des services municipaux sur un registre annuel (*V. fasc. 133-2, Enregistrement des actes administratifs*).

Toutefois, si l'un de ces écrits, bien que non assujéti à la formalité de l'enregistrement, y était volontairement présenté (par exemple pour lui faire acquérir date certaine), il serait soumis à un droit fixe d'enregistrement, et à un droit de timbre (*CGI, art. 679, 3° et 899, 3°*).

50. – Liste des marchés - La commune publie au cours du premier trimestre de chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente et le nom des attributaires. Cette liste est établie dans des conditions définies par un arrêté du ministre chargé de l'Économie (*CMP, art. 138*).

L'exécution des marchés

14. Comment contribuer à la bonne exécution des marchés publics ?

14.1. La sous-traitance.

Le recours par l'entrepreneur à d'autres entreprises pour exécuter des prestations qu'il n'a pas les moyens techniques et financiers d'assurer lui-même favorise la diffusion de la commande publique au sein des entreprises spécialisées et des PME.

Les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations sont détaillés aux articles 112 à 117 du code.

Il importe de rappeler que :

- la sous-traitance ne peut être utilisée que dans les marchés de travaux et de services ;
- elle peut intervenir au moment de l'offre ou de la proposition ou après la conclusion du marché ;
- elle ne peut être totale ;
- l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être prononcés avant l'exécution des travaux rémunérés par le paiement ;
- il n'y a pas de relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Seul le titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle ;
- le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct dès lors que les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites.

Il est également rappelé que, comme le titulaire du marché, le sous-traitant bénéficiant du paiement direct peut céder ou nantir sa créance résultant de sa participation à l'exécution du marché. Le titulaire du marché doit, pour cela, veiller à lui remettre la copie de l'original du marché et, le cas échéant, de l'acte spécial signé des deux parties constatant l'acceptation et l'agrément de la personne publique.

14.2. Le versement des avances.

Le régime d'octroi des avances vise à faciliter l'exécution des marchés et assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas.

Tel est le cas notamment des petites et moyennes entreprises et de la majorité des associations qui oeuvrent dans des secteurs économiques susceptibles de se voir appliquer les règles du code des marchés publics.

Le versement de l'avance (forfaitaire ou facultative) ne peut être consenti que si un document contractuel en prévoit les modalités d'octroi et de remboursement.

S'agissant des dispositions régissant l'avance forfaitaire prévue à l'article 87, le montant à partir duquel cette avance est accordée au titulaire d'un marché est de 50 000 EUR HT.

S'agissant des règles régissant l'avance facultative prévue à l'article 88, le montant de l'avance facultative est fixé à 30 % du marché, du bon de commande ou de la tranche. Il peut être porté à 60 % dans la mesure où le candidat présente des garanties suffisantes. Par ailleurs, quand une avance facultative est accordée au titulaire d'un marché, elle se substitue à l'avance forfaitaire.

14.3. Le versement des acomptes.

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations réalisées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait.

La périodicité de versement des acomptes est de 3 mois maximum ; dans certains cas prévus à l'article 89, elle peut être ramenée à 1 mois. Quelles que soient les dispositions du marché, cette demande ne peut être refusée.

14.4. Quelles sont les modalités de mise en oeuvre du délai global de paiement ?

Les modalités de mise en oeuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics et de calcul des intérêts moratoires, prévues par le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 (JO du 22 février 2002), sont explicitées par la circulaire générale d'application du 13 mars 2002 (JO du 6 avril 2002).

14.5. Avenants et marchés complémentaires.

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent d'adapter ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même. La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles. Il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

Cette modification peut porter sur les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché. Elle peut également se borner à enregistrer le changement de statut d'une des parties, par exemple lorsqu'un district urbain devient une communauté urbaine ou lorsqu'une SARL se transforme en SA. Mais en aucun cas un avenant ne peut avoir pour objet de constater la cession du contrat et, donc, un changement du titulaire de celui-ci.

Il convient de rappeler que tout projet d'avenant à un marché de fournitures, de travaux ou de services entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être

soumis pour avis à la commission d'appel d'offres et que l'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis (art. 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995).

L'avenant doit être distingué des marchés complémentaires négociés sans publicité préalable et mise en concurrence (art. 35 [III] du code) qui sont des nouveaux marchés dont le montant cumulé ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial.

14.6. Dans quel cas utiliser une décision de poursuivre ?

La décision de poursuivre est un acte unilatéral qui a pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe. En revanche, elle ne doit, en aucun cas, bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet.

A la différence de l'avenant, acte contractuel, la décision de poursuivre est signée par la seule personne publique.

Le recours à la décision de poursuivre, qui n'est prévu que pour les marchés de travaux, n'est possible que si elle est prévue dans le marché et qu'elle est autorisée par une décision de l'assemblée délibérante pour les collectivités territoriales.

15. Pourquoi des obligations de publicité

a posteriori ?

15.1. L'avis d'attribution.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie fixe les modèles d'avis d'attribution que la personne publique doit faire publier dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, dans les mêmes conditions et en utilisant les mêmes moyens publicitaires que ceux utilisés lors de l'avis d'appel public à la concurrence.

La publication de l'avis d'attribution permet dans ces conditions, à toute personne qui y a intérêt, d'exercer un recours individuel à l'encontre de la décision d'attribution du marché.

15.2. Les dispositions de l'article 138.

Le code des marchés publics prévoit que les acheteurs sont tenus de publier chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires. Cette disposition est un gage de transparence quant à l'emploi des deniers publics. Les modalités d'application de cet article sont définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie.