



GUIDE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Ces règles ne peuvent donc souffrir d'aucune dérogation à moins de justifier soit **d'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles, et extérieures à la collectivité**, soit que l'achat émane d'un secteur sans concurrence (monopole, brevet d'invention, licence).

Le calcul des seuils s'effectue pour les fournitures et services par type d'achat homogène, pour les travaux par opération ou unité fonctionnelle. La nomenclature demeure un outil intéressant pour le calcul des seuils. Elle sera prochainement mise en œuvre au sein de la commune. Elle correspond à la classification de nos consommations par grandes familles d'achat et permet plus précisément :

- De connaître précisément ce que la commune dépense, à savoir :
 - o la volumétrie d'achat global
 - o la volumétrie et typologie d'achat par grande famille
 - o les services internes consommateurs par famille
 - o les achats communs à plusieurs services
- d'éviter les achats en doublons et, au final, d'acheter de manière plus efficiente
- de définir des stratégies d'achat par famille permettant à la commune de mieux gérer ses dépenses.
Cela peut se traduire par :
 - o fixer des priorités d'achat par famille
 - o mutualiser des dépenses entre services ou avec d'autres organismes (Métropole par exemple) afin de réaliser des effets de volume et ainsi obtenir des tarifs unitaires moins élevés
 - o identifier les achats, qui, au niveau de la commune, représentent une dépense importante et nécessitent donc la mise en œuvre d'un marché => sécurisation juridique.
En fonction du type de marché, identifier l'opportunité de contractualiser avec un seul prestataire (exemple : maîtrise d'œuvre) ou plusieurs prestataires (exemple : quincaillerie).

Il convient de rappeler que l'ordonnance et son décret d'application ainsi que la « loi Sapin 2 » (LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) renforcent la responsabilité pénale de l'acheteur public. En conséquence, il convient de respecter scrupuleusement outre la computation des seuils, les modalités de consultation qui en découlent.

Certes, les marchés à procédures adaptées (hors marchés de travaux supérieurs à 214 000€ HT) ne sont pas transmissibles au contrôle de légalité, mais un fournisseur constatant le non respect des règles de transparence et d'égalité de traitement entre les concurrents, peut déposer plainte auprès du procureur de la République.

De même la Chambre Régionale des Comptes lors d'un contrôle, sera très attentive aux respects des modalités de mise en concurrence.

Outre les modalités et le respect des conditions de mise en concurrence avant tout lancement de procédure il convient de définir clairement le besoin.

La définition du besoin : une fiche de la Direction des Affaires Juridiques de Bercy (DAJ) énonce, entre autres : « Une définition précise des besoins par l'acheteur permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public. Or, le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi, il apparaît indispensable de procéder, en amont, à une définition précise du besoin. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché public. »

A. LES ESTIMATIONS

Les estimations doivent être sincères au risque, soit d'entraîner la réception d'offres inacceptables (c'est-à-dire au-delà des disponibilités budgétaires), soit de rendre la procédure infructueuse.

L'estimation se calcule sur la durée totale du marché tous lots confondus (articles R2121-1 à R2121-9 du code de la commande publique).

L'estimation découle de la définition du besoin et non l'inverse.

Les accords-cadres à exécution à bons de commande ont une durée d'un an ou une durée globale de 4 ans maximum. Dans ce cas d'espèce, il est nécessaire de bien préciser quelle est la durée considérée, donner un montant maximum annuel ou sur les 4 ans et en l'absence de montant maximum donner l'estimation annuelle ou sur 4 ans. En l'absence de montant maximum la procédure sera celle de l'appel d'offres européen.

L'estimation sert à fixer le support de publicité. Les estimations communiquées sont toujours Hors taxes.

L'estimation HT est publiée au JOUE et au BOAMP, le cas échéant dans la publicité.

LA COMPUTATION DES SEUILS :

1/ Travaux :

La valeur estimée du besoin est déterminée quel que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et services mis à disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, en ensemble de travaux caractérisés par leur unité fonctionnelle, technique ou économique (Jurisprudence des Eaux de la Gâtine CE du 8 Février 1999 n°156333).

L'opération peut être horizontale (travaux d'entretien des bâtiments de la commune) ou verticale.

2/ Fournitures et service :

La valeur estimée du besoin est déterminée quel que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures qui peuvent être considérées comme homogène soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

Si l'achat correspond à un besoin régulier :

- soit montant HT des prestations exécutées au cours des 12 mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptible d'intervenir au cours des 12 mois qui suivent la conclusion du marché,
- soit la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des 12 mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.

B/ LE SOURCING OU SOURÇAGE : LA CONSULTATION PREALABLE

Les articles R 2111-1 et R 2111-2 du Code de la Commande Publique prévoient qu'« *Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer des acteurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

La consultation préalable est donc une phase antérieure à la procédure, où l'on prend connaissance de l'état de l'art, des techniques disponibles ou des récentes évolutions technologiques. Que l'initiative vienne de la collectivité ou d'une entreprise désireuse de se faire connaître, dans le but de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, les règles suivantes sont à respecter :

REGLES DE FORME

- La prise d'information doit se situer nettement en amont de l'ouverture d'une procédure de passation de marché. Elle ne peut porter sur une procédure en cours (et moins encore avec des candidats ayant déposé une offre).

- S'il existe de la concurrence, on s'informe auprès de plusieurs entreprises (au moins trois, selon le quota européen, s'il en existe beaucoup, et toutes, s'il en existe peu). Si l'initiative vient de l'entreprise on élargira donc la consultation préalable avant de lancer une procédure.
- On conserve la documentation recueillie, on prend note des informations essentielles, les dates et les coordonnées des interlocuteurs. En cas de réunions (sur des problématiques complexes), on rédige des comptes-rendus détaillés.

REGLES DE FOND :

- On n'exprime pas le besoin de la collectivité, pouvant conduire à une quelconque pré étude (puisque la procédure n'est pas en cours) mais l'on s'enquiert de l'évolution technique et du savoir-faire des entreprises.
- On ne demande pas de devis ou d'offre, on s'informe sur les tarifs publics disponibles ou prix pratiqués.
- On ne négocie rien.

Lorsque l'initiative vient de l'entreprise désireuse de se faire connaître, on pourra, pour les domaines la concernant,

- La consulter lors d'une consultation sur 3 devis
- l'inviter à se connecter sur le profil acheteur afin qu'elle puisse s'informer lors du lancement de la procédure.

Le sourcing peut aussi revêtir la forme d'études techniques préalables au marché ou à joindre au CCTP, ou d'une assistance à maîtrise d'ouvrage. Les précautions sont prises au cas par cas, d'abord en amont, dans les cahiers des charges respectifs de ces prestations puis dans ceux du marché aval, pour éviter que la concurrence soit faussée au profit de leurs titulaires.

Dans tous les cas, la démarche doit être organisée par ou avec la Direction des Marchés qui en assure le notariat.

C/ LA CONSULTATION SUR DEVIS ET LES PUBLICITES :

La commande publique doit respecter les principes de libre accès à la concurrence, égalité de traitement entre les concurrents et transparence des procédures.

Pour y parvenir, deux moyens existent : la lettre de consultation et la publicité. Il faut noter que la consultation sur devis est un régime dérogatoire (car restreint le libre accès entre les concurrents) à la publicité et on ne peut y avoir recours que dans des cas bien définis.

Pour connaître la modalité de consultation ou de publicité qui vous sont opposables vous devez prendre en compte le montant inscrit sur la ligne budgétaire de l'achat et la durée du marché.

Une fois que vous disposez du montant annuel, si vous décidez de passer un marché pluri annuel, vous multipliez le montant annuel par 4 car pour les marchés ayant une durée indéterminée, l'estimation se fait sur 4 ans. Ce seuil vous donnera le seuil de publicité et la procédure à utiliser.

La notion de critère unique est limitativement utilisée dans les 2 cas énumérés à l'article R2152-7 1° du code de la commande publique.

En ce qui concerne les critères de sélection je vous rappelle que le prix n'est pas le seul critère : les délais d'exécution ou de livraison, la valeur technique de l'offre en sont d'autres. Seule précaution à prendre : clairement l'indiquer dans la lettre de consultation, la demande de devis, le règlement de la consultation ou la publicité. Cependant, j'attire votre attention que ces critères ne doivent en aucun cas avoir pour objet de favoriser un fournisseur au détriment d'un autre (pas de caractère discriminatoire et liés à l'objet du marché).

Cette consultation est un marché à procédure adaptée.

ENTRE 0,01€ ET 40 000 €HT

Un écrit est obligatoire dès 25 000 € HT (ou dès le 1^{er} euro dépensé lorsque la réglementation l'exige comme pour les marchés de CSPS ou de maîtrise d'œuvre par exemple).

Vous disposez de 2 possibilités :

Entre 0,01€ et 24 999€ HT

Vous devez consulter 3 fournisseurs au minimum soit par fax, par courrier ou courriel et négoier.

La date d'émission de la demande doit être visible et vous devez conserver les accusés de réception des fax et courriel. Les entreprises disposeront d'un délai de 2 jours minimum (vous pouvez décider un délai plus long mais jamais plus court) pour vous répondre par fax, courrier ou courriel à compter du lendemain de la date de la demande. Gardez aussi toute trace des accusés de réception.

Vous transmettez les 3 devis reçus à l'appui de votre bon de commande ou si vous n'avez pas reçu les 3 réponses, les demandes émises par votre service avec le devis du fournisseur retenu. Vous passerez la commande à la société ayant proposé l'offre économiquement la plus avantageuse (meilleur rapport qualité/prix).

Si l'établissement du bon de commande nécessite une information détaillée des dépenses engagées (nombreux articles composant l'achat, taux de TVA différents) il sera joint le devis détaillé correspondant à la proposition d'engagement.

Pour une consultation par devis, vous devez indiquer clairement le ou les critères de sélection et informer les candidats non retenus (jurisprudence).

La négociation pour ce type de consultation se limite à l'envoi d'un courriel demandant à l'entreprise si elle consent un effort sur le prix. Si elle répond favorablement elle vous répond par courriel, si elle ne peut le faire elle devra également vous le notifier par courriel.

Entre 25 000€ et 39 999€ HT

Le marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalable (au total sur 4 ans si le besoin est pluriannuel).

Il s'agit en l'espèce d'un marché négocié sans mise en concurrence. Cette disposition est prévue par la réglementation des marchés publics, néanmoins elle ne peut concerner que des achats exceptionnels et dont la computation totale des achats de même type est inférieure à 40 000 € HT pour l'ensemble de la collectivité.

Les dispositions de l'article R 2122-8 du code de la commande publique sont claires : « *Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000€ HT, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin* ».

Si vous utilisez cette procédure vous ne consultez qu'un seul candidat puisqu'il n'y a pas de mise en concurrence.

A PARTIR DE 40 000,00 € HT : PUBLICITE PAR WWW.MARCHESONLINE.COM

A partir de 40 000,00€ HT, la procédure de passation des marchés est obligatoirement dématérialisée.

A ce titre, la collectivité utilise la plateforme www.marchesonline.fr

Sur le site marchesonline, les fournisseurs peuvent télécharger les dossiers de consultation via la plateforme achatpublic.com. Marchésonline met 1 jour pour publier un avis de marché.

Le délai de réponse minimum à laisser aux entreprises à compter de la date de publication de la publicité sur le site est alors de 15 jours francs. Cependant un délai court risque de réduire le nombre de réponses.

Selon le marché il sera également publié une annonce sur la version web du BOAMP.

A COMPTER DE 90 000€ HT JUSQU’AUX SEUILS EUROPEENS : PUBLICITE SUR LE PROFIL ACHETEUR ET AU BOAMP

Le profil d’acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des entreprises par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires.

Le BOAMP est un acronyme pour Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics. Le recours au BOAMP est obligatoire pour diffuser des [appels d'offres](#) supérieurs à 90 000 € lancés par l'Etat, les collectivités et établissements publics.

Le profil acheteur de la commune est actuellement le suivant : www.klecoon.com
La commune a pour objectif de basculer sur la plateforme : www.achatpublic.com

AU-DELA DES SEUILS EUROPEENS : PUBLICITE SUR LE PROFIL ACHETEUR, AU BOAMP ET AU JOUE

Le JOUE (Journal officiel de l'union européenne) est une publication habilitée à recevoir des annonces légales pour les publicités européennes.

RECAPITULATIF DES MODALITES DE CONSULTATION DES ENTREPRISES

SEUILS	FOURNITURES ET SERVICES	TRAVAUX
< à 40 000€ HT	Consultation 3 devis par fax, courrier, courriel Ou marché négocié sans mise en concurrence	Consultation 3 devis par fax, courrier, courriel Ou marché négocié sans mise en concurrence
< à 90 000 € HT	Procédure dématérialisée : Publicité sur le site www.marchesonline.fr et/ou BOAMP	Procédure dématérialisée : Publicité sur le site www.marchesonline.fr et/ou BOAMP
< à 214 000 € HT	Procédure de dématérialisation sur profil acheteur Publicité au BOAMP et/ou au JOUE + si jugé utile dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné	
< à 5 350 000 € HT		Procédure de dématérialisation sur profil acheteur (achatpublic.com) Publicité au BOAMP et/ou au JOUE + si jugé utile dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné
> à 214 000 € HT	Procédure de dématérialisation sur profil acheteur Publicité au JOUE et BOAMP	
> à 5 350 000 € HT		Procédure de dématérialisation sur profil acheteur Publicité au JOUE et BOAMP

La collectivité devra tenir compte de la jurisprudence du Conseil d’Etat « Louvre II » en date du 7 octobre 2005. A cette fin, elle ouvrira, si l’objet du marché le rend nécessaire à une publicité plus large.

Tous les marchés sont dématérialisés dès 40 000 euro HT, l’ensemble des DCE seront disponibles sur le profil acheteur achatpublic.com. Les entreprises devront répondre sous format dématérialisé uniquement sur ledit profil acheteur.

Enfin, les seuils de 214 000 euro HT et 5 350 000 euros HT seront modifiés par décret avant le 31 décembre 2021. En conséquence, les nouveaux seuils seront appliqués dès leur entrée en vigueur et s'appliqueront de fait sans qu'il ne soit nécessaire d'établir un nouveau guide.

INFRUCTUOSITE DES PROCEDURES :

En cas d'infirmité plusieurs questions doivent être posées :

- Le cahier des charges est-il suffisamment ouvert ?
- Des clauses ne restreignent-elles pas la concurrence ?
- Les délais d'exécution sont-ils réalistes ?
- La publicité est-elle suffisante ou faut-il l'élargir à une publication supplémentaire ?
- Le délai laissé pour répondre aux entreprises était-il raisonnable ?
- L'estimation était-elle sincère ?
- N'y a-t-il pas entente entre les candidats pour obliger la collectivité à négocier ?

Une fois les réponses apportées il conviendra de relancer la procédure et élargir éventuellement la publicité.

D/ LES PROCEDURES

LES MARCHES A PROCEDURES ADAPTEES

Articles L2123-1 et R2123-1 à R2123-7 du code de la commande publique

Les marchés à procédures adaptées (MAPA), sont adaptés en fonction de leur seuil et selon les modalités que s'est fixée la collectivité par le présent règlement.

Ils peuvent être écrits (le formalisme de l'écrit est obligatoire dès que le marché est égal ou supérieur à 25 000 euro HT), c'est-à-dire faire l'objet de la rédaction d'un acte d'engagement et d'un cahier des charges.

Certains marchés doivent obligatoirement revêtir une forme écrite quel que soit le montant du marché. Tel est le cas des marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de maîtrise d'œuvre, de programmation, de contrôle d'installation, contrôle technique, CSPS, marchés de travaux avec garantie de parfait achèvement, biennale, décennale et trentenaire, avance quel que soit le seuil.

Le service gestionnaire a la charge de rédiger toutes pièces qu'il jugera utiles (règlement de consultation et cahiers des charges).

Tout Mapa, **dès lors qu'il y a eu mise en concurrence (et même s'il n'y a eu qu'une seule réponse) doit faire l'objet d'un rapport d'analyse reprenant tous les critères d'attribution prévus dans la publicité et/ou le règlement de la consultation.**

Les calculs des notes attribuées doivent être conformes aux méthodes de notation présentes au RC le cas échéant

Ce rapport d'analyse doit être signé par le chef de service.

Le rapport d'analyse est une pièce essentielle en cas de contentieux avec un tiers ayant intérêt à agir.

Les marchés à procédure adaptée sont soumis aussi à l'obligation de la notification. La notification consiste en un envoi d'une copie du marché signé à l'entreprise retenue (Titulaire). La date de notification est la date de réception de cette copie par le titulaire.

En cas de délais d'exécution il appartiendra au service gestionnaire de prévoir au contrat un ordre de service ou un bon de commande pour fixer le début du délai d'exécution. Cette précision devra figurer dans le contrat écrit.

La notification est assurée par le Service marchés une fois qu'il se sera assuré de la régularité fiscale et sociale de la société attributaire.

Un avis d'intention de conclure sera publié au JOUE en raison de la jurisprudence « Tropic Travaux » avant la signature du MAPA. Son utilisation permet d'empêcher le recours au référé contractuel par les entreprises évincées.

CERTAINS MARCHES DE SERVICE DEROGATOIRES

Article R 2123-1 et R2123-8 du code de la commande publique

En dessous du seuil de 214 000 euro HT, la procédure mise en place, et selon les dispositions du décret, est celle des MAPA.

Pour certains marchés de service dits « sociaux » ou « spécifiques », le MAPA s'applique également même si le montant des prestations dépasse les 214 000 euro HT.

L'attribution de ces marchés est toutefois faite par la commission d'appel d'offres contrairement aux MAPA.

Les services « sociaux » ou « spécifiques » concernés par la présente mesure sont les suivants :

- Services sanitaires, sociaux et connexes
- Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé
- Services de sécurité sociale obligatoire
- Services de prestations sociales
- Autres services communautaires, sociaux et personnels, y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives
- Services religieux
- Services d'hôtellerie et de restauration
- Services juridiques
- Autres services administratifs et publics
- Affaires étrangères, défense, protection civile, justice
- Services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours
- Services d'enquête et de sécurité
- Services internationaux
- Services postaux
- Services de rechapage de pneus et de travaux de forge

La mise en concurrence des marchés dits « non prioritaires » respecte le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures.

Pour les prestations de services juridiques : l'acheteur public définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public (article R2123-8 du code de la commande publique).

LES MARCHES DE TRAVAUX DONT L'OPERATION S'ELEVE ENTRE 214 000 € HT ET 5 350 000 € HT :

Les services gestionnaires rédigent une « fiche technique marché » sur la base de laquelle le service des marchés rédige les pièces.

LES MARCHES DE FOURNITURES ET DE SERVICES D'UN MONTANT SUPERIEUR OU EGAL A 214 000 € HT ET LES MARCHES DE TRAVAUX D'UN MONTANT SUPERIEUR OU EGAL A 5 350 000 € HT :

Les procédures de droit commun sont l'appel d'offres, les procédures négociées (procédure avec négociation et marché négocié sans publicité ni mise en concurrence) et le dialogue compétitif. Toute dérogation à cette procédure doit être justifiée dans le cadre défini par les textes.

Les modifications apportées à ces marchés (nouvelle terminologie des avenants) sont mises à la signature de la personne habilitée à engager la Commune, accompagné du rapport du représentant légal, et sont ensuite transmis au contrôle de légalité avant de les notifier.

Un avis de modification doit également être publié au JOUE (article R 2194-10 du code de la commande publique)

Les cas de recours à une modification du marché sont limitativement énumérés aux articles R 2194-1 à R2194-9 du code de la commande publique.

RECAPITULATIF DES PROCEDURES :

SEUILS	FOURNITURES ET SERVICES	TRAVAUX
De 0 à 214 000€ HT	Marché à procédure adaptée (MAPA)	
> à 214 000 € HT	Appel d'offres obligatoire (européen) sauf marchés de services sociaux ou spécifiques => MAPA	
De 0 € HT à 5 350 000 € HT		Marché à procédure adaptée (MAPA)
> à 5 350 000 € HT		Appel d'offres obligatoire (européen)

LE MARCHÉ NEGOCIE SANS PUBLICITE NI MISE EN CONCURRENCE

Article R 2122-1 à R2122-9 du code de la commande publique

Il est prévu 9 cas permettant aux Pouvoirs adjudicateurs de recourir à ce type de marché quel que soit le montant estimé. Il est primordial d'avoir l'avis et l'aval du service des marchés avant de mettre en application ce type de marché.

Quel que soit le montant du marché il est attribué par le Pouvoir Adjudicateur et non par la CAO.

E/ LA NEGOCIATION

RECOURS ET ORGANISATION DE LA NEGOCIATION DANS LE CADRE D'UN MAPA

La négociation dans les marchés publics est seulement possible dans la procédure du marché négocié (marché négocié sans publicité ni mise en concurrence ou procédure avec négociation), du Dialogue Compétitif et du marché à procédure adapté.

Il est interdit de négocier dans le cadre d'un appel d'offres.

La réglementation prévoit que le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant remis une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre y compris le prix.

Dans un objectif d'optimisation de la dépense publique, la négociation dans les MAPA est la règle, l'absence de négociation est dérogatoire.

La possibilité de négociation devra donc être indiquée dans le règlement de la consultation et la publicité.

Un rapport de négociation retraçant les éléments négociés et les réponses des candidats devra être élaboré. Ce rapport de négociation (signé par l'ensemble des participants) est joint au rapport d'analyse.

Si la négociation a été faite par courriel un rapport devra être fait également mais de façon plus succincte.

A l'issue de la négociation, un nouvel acte d'engagement et un nouveau cahier des charges sont élaborés avec la mention « après négociation » sur lequel apparaîtront les clauses modifiées. Cet acte d'engagement sera signé par le titulaire.

La négociation ne peut en aucun cas remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence.

LES MODALITES DE NEGOCIATION DES MARCHES PUBLICS

Ces modalités permettent d'optimiser une négociation et de proposer une sécurité juridique aux personnes qui négocient dans notre collectivité tout en gardant à l'esprit le risque pénal qui peut découler en cas de rupture d'égalité de traitement entre les candidats ou de favoritisme (le délit de favoritisme étant toujours à ce jour au plan pénal considéré aussi comme un délit involontaire).

Ne pas confondre mise au point du marché et négociation qui sont 2 notions différentes.

La négociation se prépare dès l'élaboration du cahier des charges et n'est pas un outil de définition du besoin.

Son objectif est d'obtenir la meilleure adéquation des offres sans remettre en cause la définition initiale du besoin.

La négociation suppose :

1. La confidentialité des offres,
2. La transparence des procédures : savoir rendre compte, clarté dans le choix
3. La traçabilité des procédures : formaliser le contenu des négociations avec :
 - ▶ Compte rendu des entretiens
 - ▶ Rapport de présentation
 - ▶ Résultat des négociations :
 - a. 1ere offres
 - b. Offres suivantes
 - c. Dernières offres
 - ▶ Points sur lesquels a porté la négociation
 - ▶ Gains obtenus

Pourquoi négocie-t-on ?

- ▶ Obtenir le meilleur prix
- ▶ Obtenir une quantité mieux adaptée au besoin
- ▶ Obtenir une qualité mieux adaptée au besoin
- ▶ Obtenir des délais d'exécution mieux adaptés aux besoins en utilisant des clauses incitatives liée au délai d'exécution selon l'article 17 du CMP, à la condition que lesdits délais soient un des critères.

Quels sont les enjeux ?

- Le profit quand on a une réelle concurrence
- La qualité
- L'image de la collectivité

Quels éléments du marché peut-on négocier ? :

- ▶ le prix : mais il faut alors déterminer le prix « sain » d'un marché et ne jamais demander à un fournisseur de réduire sa marge. La baisse éventuelle de son prix doit porter sur les coûts de production ou les coûts de fonctionnement de la société.
- ▶ Les clauses du CCAP (avance, délais d'exécution-s'ils font partie des critères uniquement - les quantités, les garanties, les variations de prix (la partie fixe de la révision est négociable, de même une entreprise doit savoir donner les formules de révision de prix adéquate), les pénalités, les acomptes).
Lorsque la négociation porte sur les éléments du CCAP, l'avis de la Direction des Marchés doit être demandé afin de sécuriser juridiquement et financièrement le marché après négociation.
- ▶ En ce qui concerne les délais on peut ne pas les imposer ce qui permettra de les réduire au moment de la négociation et dont la contrepartie sera une augmentation des pénalités de retard
- ▶ Les variantes si elles sont autorisées (article 50 du CMP) en prenant soin de ne pas orienter le marché.

Quel élément du marché ne peut-on pas négocier ? :

Les clauses du CCTP car in fine on va modifier le besoin, et il ne peut évoluer qu'à la marge sauf en cas de cahiers des charges fonctionnels. Lorsque ces cahiers de charges fonctionnels sont utilisés, les éléments de négociation peuvent porter sur les éléments techniques du marché. Une note méthodologique complémentaire sera alors communiquée.

Une négociation technique peut également être faite en cas de variante. Elle peut alors être considérée comme une adaptation de l'offre (ne doit pas changer l'objet du marché ou les conditions de la consultation) en cours de procédure à la condition que lesdites adaptations ne soient pas discriminatoires entre les entreprises concurrentes, et qu'elles soient justifiées dans l'intérêt du service.

La préparation de la négociation :

- ▶ La préparation à la négociation est importante, longue (2 à 3 heures) et se fait par le service concerné appuyé éventuellement du service des marchés publics ou d'un référent négociation interne qui élabore en annexe à l'analyse des offres préalable une analyse financière et analyse technique de la négociation :
 - On cherche les points les plus intéressants, offre par offre
 - On cherche les points à négocier
 - On se donne un objectif à atteindre au niveau prix, délai, qualité, quantité
 - On se donne une « fourchette » haute et une « fourchette » basse
 - Que peut-on proposer ?
 - Prioriser les objectifs principaux
 - L'objectif principal se négociant en dernier

Les points indispensables d'une préparation à la négociation :

1. un dossier technique ouvert (cahier des charges fonctionnel)
2. pérennité de la relation
3. bénéficier d'un retour d'expérience
4. avoir le temps nécessaire à la négociation :
 - a. éviter que les entreprises ne se croisent
 - b. consacrer une demi journée par entreprise afin d'avoir le temps de négocier
 - c. faire les comptes rendus en séance, résumé, conclusion avec signature de tous les membres
 - d. donner une date pour remettre une offre définitive
 - e. prendre le temps d'un débriefing après chaque négociation

Fiche d'organisation de la négociation :

- ▶ courrier ou courriel d'invitation à adresser par le service des marchés
- ▶ Invitation d'un jury de négociation composé suivant le cas du service gestionnaire et du responsable du service des marchés
- ▶ Réalisation d'une fiche de négociation :

Afin d'avoir une traçabilité de la négociation il peut être proposé de faire une fiche qui recensera les points suivants :

1. le sujet de la négociation
2. l'objet
3. le lieu
4. les acteurs de la négociation
5. les questions
6. la durée approximative de la négociation
7. les points négociables
8. le schéma de progression
9. la conclusion

Après la négociation

Rédaction d'un rapport d'analyse des offres après négociation

La rédaction du règlement de la consultation (RC) en cas de négociation :

Si la procédure est un marché négocié (procédure avec négociation ou marché négocié sans publicité ni mise en concurrence) il y aura obligatoirement négociation puisque telle est la procédure.

Dans le cadre des marchés à procédure adaptée, il convient de prévoir systématiquement une négociation. A l'issue de l'analyse des offres décision sera prise de négocier ou pas. Il convient donc de rédiger la phrase suivante dans les RC : « Une négociation pourra être engagée avec les candidats sauf s'il apparaît que l'offre économiquement la plus avantageuse ne présente pas la possibilité d'amélioration sans compromettre les qualités d'exécution du marché ou risque de présenter une offre anormalement basse »

Le RC peut préciser cependant que la collectivité ne négociera qu'avec un nombre limité de candidats (3 premiers par exemple). En l'absence d'une telle indication il sera obligatoire de négocier avec tous les candidats.

Dans le RC on pourra indiquer les points qui pourront être négociés (TA de Toulouse : référé contractuel 23 Novembre 2010 Sté FM PROJET) ou a contrario les clauses intangibles.

F/ LES FORMES DU MARCHÉ

L'ALLOTISSEMENT

Articles L 2113-10, L2113-11 et R2113-1 à R2113-3 du Code de la commande publique

Les marchés sont, par principe, passés en lots séparés lorsque leur objet et la nature des prestations qui composent le besoin sont susceptibles d'être exécutés par des prestataires distincts. On ne peut opter pour la dévolution sous forme de marché global que si on justifie remplir au moins une des trois conditions dérogatoires :

- 1/ si la collectivité n'est pas en mesure d'assurer elle-même la mission d'OPC
- 2/ la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations

En conséquence la dérogation au principe de l'allotissement doit être motivé. Cette motivation devra apparaître dans le chapitre introductif du rapport d'analyse.

Lorsqu'il est proposé de déroger au principe d'allotissement des marchés, cette motivation doit apparaître dans le RC et le CCAP.

LES ACCORDS CADRES

Articles R2162-1 à R2162-14 du code de la commande publique

Il s'agit de la nouvelle terminologie des marchés à bons de commande.

Il est possible d'avoir des accords cadre mono attributaire ou pluri attributaires soit avec marchés subséquents soit avec une exécution à bons de commande.

Quand on utilise un accord cadre avec marchés subséquents mono-attributaire, en cours d'exécution de l'accord-cadre on demande uniquement au Titulaire de compléter son offre pour répondre au besoin défini. Ce complément ne peut toutefois avoir pour effet de modifier substantiellement les caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre.

Quand on utilise un accord-cadre avec marchés subséquents multi-attributaires, les marchés subséquents sont précédés d'une remise en concurrence des attributaires de l'accord-cadre.

Lorsqu'il s'agit d'un accord-cadre à bons de commande, on ne renégocie rien on ne remet pas en concurrence.

Le recours aux accords cadre de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence est interdit (article R2161-1 du code de la commande publique)

Les accord cadres en MAPA

Pour qu'un MAPA prenne la forme d'un accord-cadre à bons de commande, il doit obligatoirement présenter un maximum d'engagement inférieur aux seuils européens.

Dans le cas contraire, la procédure retenue sera l'appel d'offres européen. (Arrêt du Conseil d'Etat du 17 décembre 2014 et article R2121-8 dernier alinéa du code de la commande publique).

Les accord cadres en procédure formalisée :

Les accords-cadres à exécution à bons de commande peuvent avoir un minimum et un maximum, un maximum et pas de minimum ou sans mini et sans maximum mais dans ce cas on doit impérativement fournir l'estimation annuelle HT.

Dispositions communes aux accords-cadres :

Les accords-cadres sont reconduits de façon tacite. Néanmoins vous devez demander les attestations fiscales et sociales de l'année n-1.

Attention depuis le code de la commande publique en cas d'accord-cadre le titulaire a l'exclusivité des commandes (l'article qui permettait selon un certain pourcentage de pouvoir commander chez un concurrent a été abrogé)

Pour éviter tout blocage, penser à mettre les clauses inclusives et exclusives suivantes :

Inclusions marginales, éventuels rendez-vous :

Afin d'assurer la complétude d'opération requérant de fournir des études non explicitement définies dans les documents initiaux, ces dernières pourront être incluses lors d'un réexamen.

Exclusions marginales :

Lors d'un besoin non régulier ou atypique relevant d'usages spécialisés, leurs conditions de mise en œuvre peuvent nécessiter des procédures extérieures à cet accord cadre.

CETTE DERNIERE CLAUSE VOUS PERMET DE PASSER « HORS MARCHE » UNIQUEMENT SI LE PRODUIT N'EXISTE PAS CHEZ LE TITULAIRE DE L'ACCORD-CADRE. VOUS DEVREZ EN EFFET JUSTIFIER DE CELA LORS DE L'ETABLISSEMENT DU BON DE COMMANDE

G/ DEROULEMENT DES PROCEDURES APRES L'ENVOI DE LA PUBLICITE

OUVERTURE DES PLIS, ANALYSE ET ATTRIBUTION DU MARCHÉ

L'ouverture des plis s'effectue par le service des marchés et le service gestionnaire.

Le service gestionnaire se charge ensuite de la rédaction du rapport d'analyse des offres et le soumet pour approbation avant signature au service des marchés.

Le marché est attribué par le Pouvoir Adjudicateur pour les MAPA et marchés formalisés inférieurs aux seuils européens, et par la Commission d'Appel d'Offres pour les procédures formalisées ou marchés de services dérogatoires supérieures ou égales aux seuils européens.

LA REGULARITE FISCALE ET SOCIALE DES TITULAIRES DE MARCHES :

Dés lors que la commande (ou le total des commandes) pour un fournisseur dépasse la somme de 3 000 euros HT par an, vous devez lui demander ses attestations fiscales et sociales.

Il est en est de même pour les marchés formalisés : cette démarche doit s'effectuer avant notification et, dès lors que le marché est pluri annuel, avant chaque reconduction du marché.

En effet, le fait d'accorder une commande publique à une entreprise qui n'est pas à jour de ses cotisations est un délit.

Cette demande sera faite une fois par an dès que le montant de la commande atteint 3000€ HT par fournisseur. En cas de fraude avérée de la part de votre fournisseur, vous êtes pénalement responsable.

La liste des pièces est énumérée aux articles R2143-3 à 2143-10 du code de la commande publique (attestation fiscales (année n-1) et sociales (moins de 3 mois), recours aux travailleurs handicapés, assurances responsabilité civile, décennale -pour les travaux-.....

Le titulaire peut néanmoins, fournir un DUME (Document Unique de Marchés Européens) ou fournir l'adresse internet à laquelle les documents justificatifs et moyens de preuve sont accessibles directement et gratuitement, ainsi que l'ensemble des renseignements nécessaires pour y accéder à savoir :

- Adresse internet :
- Renseignements nécessaires pour y accéder

INFORMATION DES CANDIDATS NON RETENUS ET LES DELAIS DE RECOURS

Lors de la passation des MAPA (quel que soit le montant y compris les consultations 3 devis), vous devez obligatoirement informer par lettre recommandée avec AR ou par recommandé électronique si DCE déposé sur le profil acheteur les candidats non retenus et leur indiquer les voies et délais de recours.

L'absence de la notification des recours aura pour conséquence que le candidat évincé pourra à tout moment (sans limitation de durée dans le temps) faire un recours contre la décision de la collectivité.

A cette fin, je vous informe des différents recours possibles :

1/ d'un recours :

a/ Gracieux auprès de la collectivité dans un délai de deux mois à compter de la réception de la présente. Ce recours interrompt le cours du délai contentieux énoncé ci après et n'est susceptible que d'une seule prorogation

b/ pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Marseille dans un délai de deux mois à compter de la réception du présent courrier.

2/ d'un référé contractuel dans les 30 jours à compter de l'avis d'intention de conclure publié au Journal Officiel de l'Union Européenne ou à défaut dans les 6 mois à compter de la conclusion du contrat.

Quand le candidat est évincé au stade candidature on l'informe en lui donnant les motifs du rejet de ladite candidature. On ne lui communique pas les informations relatives au titulaire.

Quand c'est au stade de l'offre on lui indique : la décision du rejet de l'offre et des motifs de ce rejet avec les notes, le nom du ou des attributaires et des motifs ayant conduit au choix de leur offre,

En MAPA, il n'y a plus de délai « stand still »

Pour les procédures formalisées le délai « stand still » est de 11 jours.

Le délai « stand still » est un délai laissé à un candidat évincé pour faire un éventuel recours. Pendant ce délai le marché ne peut pas être signé.

Un candidat peut être amené suite à la réception du courrier ci-dessus référencé de vous demander des explications : vous ne devez en aucun cas les lui communiquer oralement, mais l'inviter à faire un courrier et c'est le service des marchés qui y répondra après avoir pris attache auprès de vous.

TRANSMISSION AU CONTROLE DE LEGALITE

Les marchés passés selon la procédure adaptée sont dispensés de l'obligation de transmission au représentant de l'Etat lorsqu'ils sont inférieurs à 214 000€ HT. **Au delà, ils sont transmis en Préfecture avant leur notification.**

Les clauses financières à prévoir sont :

- l'avance (obligatoire dès que le marché est d'un montant supérieur ou égal à 50 000€ Ht et d'un délai d'exécution de 2 mois).
- L'actualisation ou la révision de prix.
- Les conditions de paiement des cotraitants et sous-traitants
- Les modalités de paiement (délai global de paiement, intérêts moratoires, indemnité compensatrice, dématérialisation des factures)
- Les pénalités (les pénalités revêtent un caractère définitif et leur application est obligatoire dès lors qu'elles sont prévues)

Le service gestionnaire est responsable de la liquidation financière du marché, la direction des finances s'occupant du mandatement.

La liquidation consiste à :

- vérifier la sincérité de la facture : montant à payer, quantités livrées, application de l'actualisation de prix ou de sa révision, ...
- attester du service fait
- appliquer des pénalités le cas échéant.

Si une des opérations de liquidation ne peut s'effectuer (facture erronée, pas de service fait) la facture doit être rejetée sur Chorus.

La remise gracieuse partielle ou totale de pénalités est de la compétence exclusive du Conseil Municipal et doit en conséquence faire l'objet d'une délibération et d'une modification du marché selon les articles L2194-1 et L2194-2 et R2194-1 à R2194-9 du code de la commande publique). La non application de pénalités hormis des cas prévus aux pièces du marché entraînant un risque pénal pour délit de favoritisme.

Les cessions de créance et agrément des sous traitants sont de la compétence du service des marchés. Vous devez lui transmettre dès réception les pièces fournies par le(s) titulaire(s).

I/ LES MODIFICATIONS DU MARCHÉ

Le terme d'avenant a disparu, on utilise désormais la terminologie de « modification du marché ».

Ces modifications sont limitativement énumérées par le code de la commande publique. In fine si le motif n'est pas énoncé on ne peut modifier le contrat. D'où l'intérêt de bien développer dans la clause dite de réexamen toutes les possibilités dont on pourrait avoir besoin.

Conformément aux dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, l'acheteur peut, en cours d'exécution, modifier régulièrement son contrat initial sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (1.1) ;
- des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires (1.2) ;
- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (1.3) ;
- un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché (1.4) ;
- les modifications ne sont pas substantielles (1.5) ;
- les modifications sont de faibles montants (1.6).

Il faut donc que systématiquement la clause de réexamen figure au contrat.

Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Exemples :

- Fixation du forfait définitif de maîtrise d'œuvre
- Rajout ou suppression de poste d'un bordereau de prix
- Disparition d'un indice

- Prix nouveau
- Modification d'un lieu de livraison
- Transfert de propriété,
- Fusion / absorption non prévue à l'article R2194-6 du code de la commande publique,
- Changement de numéro Siret du titulaire,
- Changement de domiciliation bancaire du titulaire,
- Changement d'adresse du titulaire,
- Modification d'élément important du Kbis du titulaire ...