



LES DIFFERENTES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Les marchés publics sont des contrats conclus entre un ou plusieurs opérateurs économiques (*entités publiques ou privées exerçant une activité économique générant des dépenses publiques ou privées et dégagant des bénéfices financiers ou assurant la mise à disposition d'un service public*) et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (*Etat, collectivités territoriales, organismes de droit public et associations formées par ces collectivités ou organismes*).

Ils sont soumis, quels que soient leur nature et leur montant, au respect des **principes fondamentaux de la commande publique**, à savoir :

- *la liberté d'accès à la commande publique*, qui interdit au pouvoir adjudicateur de créer ou laisser s'installer un cadre non concurrentiel, notamment en imposant aux candidats des exigences non justifiées par l'objet du marché ou en leur demandant des renseignements autres que ceux autorisés par les textes ;
- *l'égalité de traitement des candidats*, qui prohibe toute discrimination à l'encontre d'un candidat et impose notamment au pouvoir adjudicateur de traiter de façon identique tous les candidats, que ce soit au niveau de l'information ou la négociation.
- *la transparence des procédures*, qui suppose la garantie d'une information claire et précise et d'une concurrence loyale tout au long de la procédure. (communication avec les candidats, publicité des conditions de mise en œuvre des critères d'attribution, avis divers d'information...)

Les marchés publics ont pour objet soit l'exécution de travaux (*marchés publics de travaux*), soit la fourniture de produits (*marchés publics de fournitures*), soit la prestation de services (*marchés publics de services*).

- Les marchés publics de travaux portent sur l'exécution ou la conception - exécution d'ouvrages ou de travaux de bâtiment ou génie civil.
- Les marchés publics de fournitures recouvrent tous les marchés ne relevant pas des travaux ou services et portant sur l'achat, le crédit-bail, la location, la location-vente et la fourniture de produits.
- Les marchés publics de services, enfin, portent sur la remise de prestations relevant des services « prioritaires » ou « non prioritaires » visés respectivement à l'annexe II A ou B de la directive européenne n°2004/18/CE du 31 mars 2004 ou aux articles 29 ou 30 du Code des marchés publics. Les services dits « prioritaires », prévus limitativement par les textes, sont soumis aux règles de passation de marchés de droit commun. Il s'agit par exemple des services d'entretien ou de réparation, des services de transport terrestre, de communications électroniques, de publicité, de voirie, d'études de marché, etc. Les autres services, jugés « non prioritaires », tels que les services d'hôtellerie et de restauration, de transports ferroviaires, les services juridiques, les services sociaux et sanitaires, ou tout autre service non visé à l'art.29, peuvent être passés selon une procédure allégée.

Pour répondre à la diversité des situations et des besoins économiques, le législateur a prévu plusieurs types de procédures, dont les conditions de recours et les modalités d'application diffèrent selon les spécificités des marchés, leur nature et le « *montant estimé de leurs besoins* ».

L'article 26 du Code des marchés publics, récemment modifié par le décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011, prévoit ainsi cing procédures formalisées (appel d'offres ouvert ou restreint, procédure négociée, dialogue compétitif, concours, système d'acquisition dynamique), obéissant chacune à des règles de forme et des conditions particulières et une procédure adaptée, allégée en formalités et réservée aux marchés dont le montant ne dépasse pas les seuils prévus par la loi.

A noter que d'autres procédures plus spécifiques sont également prévues par le Code.

❖ LA PROCEDURE ADAPTEE (art.28 du CMP) :

Il convient avant tout de souligner le caractère facultatif de cette procédure : en effet, même si le marché répond aux critères demandés, le pouvoir adjudicateur peut tout à fait décider de soumettre son marché à l'une des procédures formalisées, présentées un peu plus loin.

Allégée en formalités, la procédure adaptée est réservée aux seuls marchés dont le « *montant estimé des besoins* » ne dépasse pas les seuils spécifiques de l'article 26 du Code des marchés publics, à savoir :

- 200 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées (art.26, II, 2°). Concernant les marchés de fournitures et de services de l'Etat et de ses établissements publics, ce seuil est ramené à 130 000 € HT.
- 5 000 000 € HT pour les marchés de travaux. (art.26, II, 5°)

Cependant, tout marché public portant sur une **prestation de services** relevant de l'annexe II-B de la directive n°2004/18/CE et qui ne figure pas dans la liste des services de l'article 29 du Code des marchés publics pourra, **quel que soit le montant estimé de ses besoins**, bénéficier de cette procédure adaptée. (art.30)

Ainsi, **les marchés de services sociaux ou sanitaires** (services hospitaliers ou services de soins médicaux et dentaires, services de protection maternelle et infantile ou d'aide sociale à l'enfance...), rentrent dans ce cas de figure et pourront être passés selon cette procédure, peu importe le montant de leurs besoins. Néanmoins, le pouvoir adjudicateur devra ici veiller au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables à la profession. (art.30, II, 4°CMP)

La procédure adaptée se caractérise principalement par deux éléments :

- la faculté pour les parties de négocier tout élément de l'offre, notamment le prix ;
- la libre détermination, par le pouvoir adjudicateur, des modalités de publicité et de mise en concurrence, au regard des trois éléments suivants : la nature et les caractéristiques des besoins à satisfaire, le nombre ou la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre et enfin les circonstances de l'achat.

Cette « liberté procédurale » trouve cependant sa limite dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, rappelés en introduction (*liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence*). Il devra notamment être veillé à l'accessibilité et la précision des informations données aux candidats potentiels, via un support de publicité pertinent et adapté à l'objet du marché (presse écrite spécialisée, affichage ou internet), ainsi qu'à la transparence et la non-discrimination des candidatures.

En outre, le pouvoir adjudicateur ne pourra jamais exiger des opérateurs plus de documents ou de renseignements que ceux prévus pour les procédures formalisées.

Une dispense de formalités préalables de publicité et de mise en concurrence est possible dans les cas suivants :

- lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, son montant, ou son faible taux de concurrence dans le secteur ;
- dans l'une des dix situations spécifiques prévues à l'article 35, II du CMP (par exemple pour les marchés passés en situation d'urgence impérieuse ; les marchés de fourniture de produits fabriqués à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement ; certains marchés complémentaires ou similaires ; les marchés ne pouvant être confiés qu'à un opérateur déterminé ou les marchés de services attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours...);
- lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 15 000 € HT.

Sauf les cas de dispense ci-dessus énumérés, l'obligation de publicité préalable s'impose au pouvoir adjudicateur, mais celui-ci est tenu à des exigences variables au regard de la nature du marché et des seuils de procédure de l'article 26 (art. 40 du CMP) :

- pour les marchés de fournitures, services ou travaux d'un montant compris entre 15 000 € et 90 000 € HT, ainsi que pour les marchés portant sur des services non mentionnés à l'article 29 et d'un montant égal ou supérieur à 15 000 € HT, le pouvoir adjudicateur pourra

librement déterminer les modalités de mise en œuvre de cette publicité, adaptées aux caractéristiques et à la nature du marché.

- pour les marchés d'un montant compris entre 90 000 € et 200 000 € ou 5 000 000 € HT, le pouvoir adjudicateur devra publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ou un journal habilité à recevoir des annonces légales ainsi que sur son profil d'acheteur. Le pouvoir adjudicateur appréciera en outre la nécessité de publier aussi cet avis dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné, au regard des caractéristiques du marché.
- pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 200 000 € ou 5 000 000 € HT, le pouvoir adjudicateur devra publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), ainsi que sur son profil d'acheteur.

❖ **LES PROCEDURES FORMALISEES :**

A côté de la procédure adaptée, allégée en formalités et réservée uniquement à certains marchés, l'article 26 du Code des marchés publics prévoit **cinq procédures formalisées**, soumises à des règles et conditions distinctes en fonction des spécificités du marché, de sa nature et de son montant.

Il s'agit de la procédure d'appel d'offres (ouvert ou restreint), des procédures négociées, de la procédure de dialogue compétitif, de la procédure de concours et du système d'acquisition dynamique.

▪ **La procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint** (art.33 du CMP) :

C'est la principale procédure de passation des marchés publics, par laquelle le pouvoir adjudicateur sélectionne le candidat uniquement au regard de critères objectifs préalablement définis et sans négociation possible. L'appel d'offres est dit « ouvert » lorsque tout candidat peut présenter une offre, sans présélection, et « restreint » lorsque seuls les candidats sélectionnés sont autorisés à remettre une offre.

Le recours à cette procédure est obligatoire, sauf dérogation particulière, pour tout marché public supérieur ou égal aux seuils légaux, à savoir :

- 130 000 € HT (pour l'Etat) et 200 000 € HT (pour les collectivités territoriales) pour les marchés publics de fournitures et de services ;
- 5 000 000 € HT pour les marchés publics de travaux.

Cette procédure impose la publication d'un avis d'appel à la concurrence au niveau communautaire, au niveau national et sur un profil d'acheteur.

▪ **Les procédures négociées** (art.34 et 35 du CMP) :

Ce sont des procédures dans lesquelles le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec les opérateurs économiques, avec ou sans publicité et mise en concurrence préalable.

Leur mise en œuvre n'est possible que dans des situations limitativement énumérées par les textes, notamment en cas d'offres irrégulières ou inacceptables, d'urgence impérieuse, de marchés complémentaires ou identiques, ou encore pour tout marché d'un montant inférieur aux seuils légaux susvisés.

Le formalisme de ces procédures dépend ici de l'existence ou non d'une publicité et mise en concurrence préalable.

▪ **La procédure de dialogue compétitif** (art.36 et 67 du CMP) :

C'est une procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur identifie ses besoins et détermine des solutions innovantes et adaptées en discutant avec les différents candidats retenus, sur la base d'un programme fonctionnel préétabli par le pouvoir adjudicateur. Une fois prononcée la clôture des discussions, chaque candidat est invité à remettre une offre finale formalisant les solutions proposées au cours du dialogue, afin que le pouvoir adjudicateur puisse choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette procédure, succédant à l'ancien appel d'offre sur performances, est réservée à la passation de marchés complexes, dans lequel le pouvoir adjudicateur ne peut identifier seuls ses besoins et déterminer les moyens techniques de nature à les satisfaire ou établir le montage juridique ou financier d'un projet.

▪ **La procédure du concours** (art.38 et 70 du CMP) :

C'est une procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury de concours, un plan ou un projet, avant d'attribuer un marché à l'un des lauréats. Cette procédure de concours, ouvert ou restreint, suppose une prestation intellectuelle, relevant notamment du domaine de l'aménagement du territoire, l'urbanisme, l'ingénierie ou le traitement des données.

A noter que tous les participants seront indemnisés au titre des prestations effectuées.

▪ **Le système d'acquisition dynamique (SAD)** (art. 78 du CMP) :

C'est une procédure entièrement électronique, issue de la directive de 2004 et du Code des marchés publics de 2006.

Réservée aux marchés de fournitures et de services courants, le SAD est une procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs économiques présélectionnés sur la base d'une offre indicative. Tous les marchés conclus dans ce système sont dits « spécifiques ».

Le système d'acquisition dynamique a pour particularité de rester ouvert pendant toute la durée de son exécution, limitée à 4 ans, afin de permettre :

- aux opérateurs économiques admis dans le SAD d'améliorer leurs offres indicatives, dans la limite des délais impartis pour élaborer leurs offres définitives ;
- aux opérateurs économiques qui souhaitent intégrer le SAD existant d'adresser par voie électronique leur candidature et offre indicative afin d'être présélectionnés pour des marchés ultérieurs. Chaque candidature est évaluée dans un délai maximum de 15 jours.