

Guide pratique



Les bonnes pratiques partagées dans les marchés publics



Avertissement

Pour la bonne lecture du document, les notions :

- « acheteur » désigne indifféremment « pouvoir adjudicateur » et « entité adjudicatrice » ;
- « entreprise » désigne « l'opérateur économique ».

Un glossaire est disponible à la fin du guide.

Les bonnes pratiques sont identifiées de la manière suivante :

>> **Bonnes pratiques pour les acheteurs** <<

>> **Bonnes pratiques pour les entreprises** <<

Édito

La commande publique est un formidable levier de croissance économique d'innovation, de cohésion sociale et territoriale autant de valeurs que le MEDEF défend au quotidien.

En constante évolution et particulièrement fluctuant, le droit de la commande publique peut néanmoins se révéler de plus en plus difficile d'accès notamment pour les TPE/PME.

Il a fait l'objet, ces dernières années, de nombreuses réformes sous l'impulsion du droit européen.

Le Code de la commande publique, prévu à la fin de l'année 2018, viendra parachever le chantier de modernisation lancé par les directives de 2014.

Le succès de ce chantier de modernisation dans lequel le MEDEF s'est particulièrement impliqué, a nécessité et nécessitera une collaboration effective entre les différents acteurs de la commande publique : acheteurs et entreprises.

Pour relever un tel défi, il est impératif que la commande publique garantisse des conditions de « concurrence équitable » en veillant à ce que les mêmes opportunités soient données à tous et notamment aux TPE/PME :

- en améliorant sa transparence ;
- en simplifiant ses procédures ;
- en permettant aux entreprises de travailler avec une trésorerie équilibrée.

Face à de tels enjeux et afin de concrétiser les objectifs qu'il s'est fixés, le MEDEF souhaite accompagner les entreprises et les acheteurs dans l'utilisation des outils existants en matière de marchés publics.

C'est la raison d'être de ce guide : rappeler la réglementation existante et conseiller les praticiens acheteurs et entreprises sous forme de bonnes pratiques partagées.

Ce guide pratique est le fruit du travail collaboratif de juristes issus d'entreprises et d'organisations professionnelles spécialistes des marchés publics. Une attention particulière a été apportée à ce que la représentation y soit équilibrée au regard des différents types de marchés (travaux, fournitures, services). En ce qui concerne les marchés publics de défense et de sécurité, les nombreuses spécificités qu'ils présentent ne sont pas toutes identifiées dans ce guide.

Les rédacteurs de ce guide pratique (qui pourra être amélioré à l'usage) ne prétendent pas à l'exhaustivité mais ils souhaitent donner des éléments de réponses opérationnels et des solutions concrètes destinés à favoriser l'efficacité de la commande publique et la compétitivité de toutes les entreprises.

Bonne lecture !

Gilles de Bagneux

*Président du Comité
de la Commande publique*

Benjamin Valloire

*Président du groupe de travail
Les bonnes pratiques dans les marchés publics*



Sommaire

I. La définition du besoin	7
1. La définition du besoin, « clé d'un achat réussi »	7
2. Comment déterminer ses besoins ?	7
FOCUS : Les labels ou exigences équivalentes	9
1. Les labels	9
2. Les écolabels	9
FOCUS : Comment intégrer le développement durable dans les marchés publics ?	10
II. Le choix du marché	12
1. Les marchés de maîtrise d'œuvre	14
2. Les accords-cadres	14
3. Les marchés publics de conception réalisation	14
4. Les marchés publics globaux	15
5. Les marchés de partenariat	15
6. Les partenariats d'innovation	16
III. Les interdictions de soumissionner	17
1. Les interdictions de soumissionner « obligatoires »	17
2. Nouveauté : les interdictions de soumissionner « facultatives »	17
FOCUS : Conflit d'intérêts et principe d'impartialité	19
IV. La dématérialisation	20
1. Marché Public Simplifié (MPS)	20
2. Document Unique Marché Européen (DUME)	20
3. Généralisation de la dématérialisation	21
V. Le choix de la procédure	23
ANNEXE récapitulative des différentes procédures en matière de marchés publics	25
VI. La candidature	26
1. La présentation de la candidature	26
2. La simplification de la candidature	27

VII. L'analyse des offres	28
1. Le choix de l'offre	28
2. La mise en œuvre des critères	28
FOCUS : Être vigilant sur la détection et le traitement des Offres Anormalement Basses (OAB)	29
1. Qu'est-ce qu'une OAB ?	29
2. Comment détecter une OAB ?	30
3. Comment traiter une OAB ?	30
ANNEXE : Modèle de demande de précisions et justifications de l'offre au soumissionnaire	32
FOCUS : L'information des candidats évincés	35
VIII. L'exécution financière des marchés publics	36
1. Les marchés publics « classiques »	36
2. Les marchés publics de défense et de sécurité	38
FOCUS : Soutenir la trésorerie des TPE/PME	41
FOCUS : Vigilance sur les clauses de variation de prix	42
IX. La modification du contrat en cours d'exécution	43
FOCUS : Les clauses de réexamen	45
X. Le règlement amiable des litiges	47
1. La médiation	47
2. Les Comités Consultatifs de Règlement Amiable (CCRA)	47
3. La transaction	47
4. L'arbitrage	48
Glossaire	49
Remerciements	50



I. La définition du besoin

1. La définition du besoin, « clé d'un achat réussi »

« Une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise de ceux-ci dans les documents de la consultation avant d'être une exigence juridique sont une condition pratique impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions¹ ».

A contrario, une mauvaise définition du besoin expose tant l'acheteur que le titulaire à des risques importants.

Ont été considérés comme des manquements à une bonne définition des besoins :

- la sous-estimation des quantités du marché public² ;
- le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur³ ;
- la possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis⁴.

Le besoin doit être défini, en principe, dans les cahiers des clauses techniques particulières du marché.

>> BONNE PRATIQUE <<

Une meilleure connaissance de la programmation des achats répond également au besoin d'une meilleure visibilité pour les entreprises.

2. Comment déterminer ses besoins ?

1. Le « sourçage »

Afin d'identifier les fournisseurs et les caractéristiques des biens susceptibles de répondre à leur besoin, les acheteurs ont désormais la possibilité d'adopter une démarche active de recherche et d'évaluation d'entreprises avant le lancement de la procédure de marché.

Les fédérations sectorielles et organisations professionnelles sont des interlocuteurs privilégiés pour des relations transparentes équilibrées avec les entreprises.

L'ensemble de ces échanges contribuent à l'élaboration d'une stratégie d'achat efficace et d'une réponse adaptée des entreprises.

1. Voir la fiche technique « La définition du besoin » publiée par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy ([lien de téléchargement](#)).

2. CE, 29 juillet 1998, *Commune de Léognan*, n° 190452.

3. CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 3207143.

4. Article 29 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics (ci-après décret MP).



>> BONNES PRATIQUES <<

- Encourager un sourçage structuré et transparent :
 - appel à compétences ou demande d'informations, actions de communication ;
 - vecteurs plus classiques comme la participation à des salons professionnels ;
 - visite de sites industriels.
- Assurer la traçabilité des échanges par des comptes rendus systématiques des échanges avec les entreprises.
- Communiquer à l'ensemble des candidats et des soumissionnaires toute information échangée dans le cadre de la préparation de la procédure, à l'exception des informations confidentielles détenues dans le cadre d'un marché public et notamment celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises.

2. Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques

Les spécifications techniques décrivent :

- soit les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service ;
- soit le processus, la méthode spécifique de production ou une caractéristique du cycle de vie.

L'acheteur a la possibilité de combiner les deux catégories de spécifications techniques.

Ainsi, pour un même produit, service ou type de travaux, il peut faire référence à des normes⁵ pour certaines caractéristiques et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres caractéristiques.

Ces spécifications techniques doivent toujours être **liées à l'objet du marché public et proportionnées à son montant et à ses objectifs.**

Elles doivent être objectives et neutres et ne sauraient avoir pour effet de fausser la concurrence en créant une discrimination entre les entreprises.

5. Attention, seules les normes visées aux CCTP (cahiers des clauses techniques particulières) sont applicables.

FOCUS : Les labels ou exigences équivalentes

1. Les labels

« Un label est tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures concernés par la délivrance de ce label remplissent certaines exigences.

Les exigences en matière de label sont les exigences que doivent remplir les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures en question pour obtenir le label concerné⁶ ».

Attention aux labels au sens de l'article 10 du décret « marchés publics »

Ils doivent :

- répondre à certaines exigences : être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, vérifiables, non discriminatoires, fixés par un tiers sur lequel le demandeur du label ne peut exercer d'influence décisive. Les labels « maison » ou d'entreprise ne peuvent jamais être exigés par l'acheteur ;
- être établis selon une procédure ouverte et transparente ;
- être détaillés et accessibles à toutes personnes intéressées.

2. Les écolabels

Un écolabel permet d'identifier les performances environnementales d'un produit ou service au sein d'une catégorie donnée, sur la base de considérations liées à son cycle de vie. Il existe différents types d'écolabels, illustrés ci-dessous avec des exemples s'appliquant au secteur du numérique :

- **des écolabels multicritères**, fondés sur des informations scientifiques, portant sur l'ensemble du cycle de vie du produit ou service, comme le label écologique de l'UE⁷, **Blaue Angel**, **EPEAT**, **TCO Development**, **Eco Mark Program (Japon)*** ;
- **des écolabels monocritères**, s'appliquant à une partie du cycle de vie des produits ou services, comme **Energy Star**, qui distingue certains types de matériels informatiques respectant le plafond de consommation d'énergie lors de l'utilisation* ;
- **des écolabels propres à un secteur**, comme les écolabels **FSC** ou **PEFC**, concernant la gestion durable des forêts dans le secteur papetier*.

Les écolabels sont spécifiquement définis dans les marchés publics de défense et de sécurité⁸.

* Liste non exhaustive

6. Article 10, II du décret MP.

7. Règlement (CE) n° 66/2010 du 25 novembre 2009 établissant le label écologique de l'UE.

8. Article 8 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense et de sécurité (ci-après décret MPDS).



FOCUS : Comment intégrer le développement durable dans les marchés publics ?

La définition préalable des besoins de l'acheteur doit prendre en compte des objectifs de développement durable⁹.

Il existe quatre stades/possibilités d'intégration du développement durable dans les marchés publics :

- la définition du besoin de l'acheteur¹⁰ (écolabels, labels) ;
- les critères de sélection des candidats¹¹ ;
- les critères de choix des offres¹² : liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution;
- les conditions d'exécution d'un marché¹³ : liées à l'objet du marché, tous les candidats sont informés desdites conditions.

L'objectif général de développement durable n'impose pas de retenir automatiquement un critère environnemental ou social parmi les critères de choix des offres.

→ **Les clauses sociales et environnementales dans les marchés publics ne doivent pas être des critères RSE¹⁴ qui relèvent de la politique générale de l'entreprise.**

Il convient de faire la distinction entre :

- les indicateurs relatifs à la performance globale de l'entreprise, liés à la mise en œuvre de sa politique générale de responsabilité sociétale (approche globale) qui ne peuvent servir de critères dans le cadre des marchés publics¹⁵ ;
- et les critères d'attribution et les conditions d'exécution pouvant prendre en compte des considérations sociales et environnementales dans le cadre des marchés publics, en lien avec l'objet du marché (approche projet)¹⁶.

>> BONNES PRATIQUES¹⁷ <<

- **En matière environnementale** : réduction des émissions de CO₂ des véhicules utilisés dans le cadre de l'exécution du marché, valorisation et recyclage des déchets issus de l'exécution du marché, innovation en matière de procédés, produits et matériaux favorables à l'environnement utilisés dans le cadre de l'exécution du marché.
- **En matière sociale** : quotas de personnes en contrat d'apprentissage qui concourent à l'exécution du marché.

9. Article 30 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après ordonnance MP).

10. *Ibid.*

11. Article 44 du décret MP.

12. Article 62 du décret MP.

13. Article 38 de l'ordonnance MP.

14. Responsabilité Sociétale et Environnementale.

15. Conseil d'État, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921.

16. Sur la distinction clauses sociales et environnementales et critères RSE, voir la fiche technique de la DAJ « L'examen des offres » dans laquelle elle rappelle qu'il n'est pas « possible d'examiner les offres à l'aune d'un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise » ([lien vers la fiche technique](#)) ou encore Conseil d'État, 15 février 2013, *Société Derichebourg polyurbaine*, n° 363921.

17. En raison de leurs spécificités ces bonnes pratiques ne sont pas transposables à l'identique aux marchés publics de défense et sécurité

→ La prise en compte du « cycle de vie »

Le coût du cycle de vie est un nouveau critère introduit dans le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 *relatif aux marchés publics*¹⁸.

Il comprend les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs¹⁹ et ceux imputés aux externalités environnementales²⁰ liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie (si leur valeur monétaire peut être déterminée et vérifiée).

La définition du coût du cycle de vie doit être précisée dans les documents de la consultation par l'acheteur²¹.

>> BONNE PRATIQUE <<

En cas d'indétermination des éléments, il est recommandé d'interroger l'acheteur en cours de consultation.

18. Article 63 du décret MP.

19. Il peut s'agir des coûts liés à l'acquisition du produit, service ou ouvrage, des coûts liés à son utilisation (consommation d'énergie...), des frais de maintenance, des coûts liés à sa fin de vie (coûts de collecte, recyclage...).

20. Pour un ouvrage, il peut s'agir du bilan socio-économique, du taux de rentabilité interne ou du retour sur investissement, des émissions de gaz à effet de serre.

21. Pour définir le coût du cycle de vie, l'acheteur peut se reporter aux différentes normes existantes selon le domaine de l'achat considéré. Voir les guides et recommandations des GEM publiés par la DAJ sur le développement durable (lien de téléchargement).



II. Le choix du marché

En fonction du besoin à satisfaire, l'acheteur public doit choisir le type de marché et la procédure de consultation appropriés pour une exécution la plus efficace possible.

>> BONNES PRATIQUES <<

Pour choisir le contrat le plus adapté, l'acheteur :

- doit tenir compte de la récurrence des besoins et de leur étalement dans le temps, des performances attendues, des conditions de financement...
- peut se faire assister d'experts dans le domaine d'achat considéré.

Afin d'assurer l'efficacité de la commande publique, il est essentiel pour les acheteurs publics de maîtriser les différentes techniques d'achat en fonction des enjeux (allotissement, marché unique, marché global, forme juridique du groupement, etc.).

→ L'allotissement²²

Les marchés publics doivent être passés en lots séparés. L'acheteur public, à ce titre, détermine le nombre, la taille et l'objet (technique ou géographique) des lots.

Cependant, l'acheteur qui souhaite passer un marché unique doit justifier son choix au regard d'une des quatre dérogations ci-dessous :

- l'objet du marché public ne permet pas l'identification de prestations distinctes ;
- les acheteurs ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ;
- la dévolution risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Les marchés publics globaux, les marchés de partenariat et les marchés publics de défense et de sécurité ne sont pas soumis à l'obligation d'allotissement (voir la présentation de ces marchés ci-dessous).

Les différents types de marchés que peut choisir l'acheteur

Marchés publics « classiques »²²	Ils portent sur une seule prestation réalisée ponctuellement. Il peut s'agir d'un marché de travaux, de fournitures ou de services. Les marchés publics dits « classiques » ne nécessitent pas de remplir des conditions particulières pour pouvoir y recourir. Ils ont pour objet une prestation de travaux, fournitures ou services exécutée ponctuellement ou pour une durée déterminée selon la nature des prestations et la nécessité d'une remise en concurrence périodique.
Marchés publics de défense ou de sécurité²³	Ils concernent la fourniture d'équipements destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériels de guerre ou destinés à la sécurité ainsi que tous les travaux, fournitures ou services directement liés à ces équipements.
MAPA²⁴	Voir le chapitre V « Le choix de la procédure ».

22. Article 32 de l'ordonnance MP.

Marchés à tranches optionnelles²⁵	<p>Les marchés publics à tranches conditionnelles deviennent des marchés publics à tranches optionnelles.</p> <p>Ils comportent une tranche ferme (TF) et une ou plusieurs tranches optionnelles (TO) qui doivent chacune constituer un ensemble cohérent.</p> <p>Le titulaire est engagé à réaliser les prestations de la TF et des TO, l'acheteur n'étant engagé à ne commander que la TF.</p> <p>Le marché prévoit une date limite d'affermissement. Si la tranche n'est pas affermée à l'issue de ce délai, le titulaire peut bénéficier d'une indemnité d'attente ou de dédit à négocier à condition qu'elle soit prévue dans le marché.</p>
Accords-cadres²⁶	<p>L'expression « marchés à bons de commande » disparaît au profit des « accords-cadres ». Les bons de commande sont toujours possibles via un accord-cadre.</p> <p>Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs avec une ou plusieurs entreprises ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.</p>
Marchés publics globaux²⁷	<p>Ils associent, selon les cas, la conception, la réalisation, l'exploitation et/ou la maintenance de prestations. L'acheteur peut y assortir des objectifs de performance. Il s'agit des marchés de conception-réalisation, des marchés publics globaux de performance et sectoriels.</p>
Marchés de partenariat²⁸	<p>Ils permettent « de confier à un opérateur économique [entreprise] ou à un groupement d'opérateurs économiques [entreprises] une mission globale²⁹ » ayant pour objet :</p> <ul style="list-style-type: none"> - mission obligatoire : tout ou partie du financement et la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; - mission facultative : tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, entretien, aménagement... <p>La maîtrise d'ouvrage est privée : c'est-à-dire qu'elle est exercée par le titulaire du marché (entreprise) et n'est donc pas un élément de la définition du marché.</p>
Marchés réservés³⁰	<p>Certains marchés publics peuvent être réservés à des entreprises ou établissements à condition qu'au moins 50 % de leur personnel soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.</p> <p>Important : un acheteur ne peut réserver un marché à la fois à des établissements employant des travailleurs handicapés et à ceux employant des travailleurs défavorisés. Il doit choisir entre ces deux catégories de travailleurs.</p>
Marchés de maîtrise d'œuvre³¹	<p>Ils ont pour objet l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission définie à l'article 7 de la loi MOP³². La procédure de passation de principe en bâtiment est le concours.</p>
Partenariats d'innovation³³	<p>Ils ont pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants. Ils comportent une ou plusieurs phases successives dont la structure, la durée et la valeur tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée par le ou les entreprises qui exécutent les prestations séparément.</p>

23. Articles 4 et 5 de l'ordonnance MP.

24. Article 6 de l'ordonnance MP.

25. Articles 27 et s. du décret MP.

26. Article 77 du décret MP et 69 du décret MPDS.

27. Articles 4 de l'ordonnance MP, 78 et s. du décret MP et 70 à 72 du décret MPDS.

28. Articles 33 et s. de l'ordonnance MP.

29. Articles 66 et s. de l'ordonnance MP.

30. Article 67 de l'ordonnance MP.

31. Articles 36 et 37 de l'ordonnance MP. **Attention : ces marchés ont pour objet de favoriser l'insertion. Il est également possible de recourir à des clauses sociales dans les autres types de marchés - voir le chapitre I « La définition du besoin ».**

32. Articles 90 décret MP et 77 et 78 du décret MPDS.

33. Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

34. Articles 93 à 95 du décret MP et 81 à 83 du décret MPDS.



1. Les marchés de maîtrise d'œuvre

La procédure de passation de principe de ces marchés, lorsque leur montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, est le concours³⁵ (sauf pour les marchés publics de défense et de sécurité).

Par exception, les acheteurs publics ne sont pas tenus d'organiser une procédure de concours pour l'attribution des marchés publics de maîtrise d'œuvre :

- relatifs à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- relatifs à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- relatifs à des ouvrages d'infrastructures ;
- qui ne confient aucune mission de conception au titulaire³⁶.

2. Les accords-cadres

Les accords-cadres sont des contrats par lesquels l'acheteur public s'engage à passer des marchés auprès du ou des titulaires de l'accord pendant une période donnée et pour des prestations déterminées.

Ils donnent lieu à des marchés subséquents et/ou à l'émission de bons de commande :

- les marchés subséquents précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent entraîner des modifications substantielles des termes de celui-ci ;
- les bons de commande sont des documents écrits adressés aux attributaires de l'accord-cadre qui précisent celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité³⁷.

>> BONNES PRATIQUES <<

- L'acheteur qui souhaite recourir à des accords-cadres a tout intérêt à en informer largement les potentiels candidats afin de stimuler la concurrence.

Il est recommandé de fixer un montant minimum aux accords-cadres afin d'éviter de s'exposer à des renchérissements de prix. L'attributaire n'étant pas assuré d'amortir ses coûts fixes, il intégrera cet aléa dans le prix.

- L'engagement du pouvoir adjudicateur sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit de l'attributaire de l'accord cadre dans l'hypothèse où ce montant ne serait pas atteint.

3. Les marchés publics de conception réalisation

Les marchés publics globaux dérogent aux conditions de recours des marchés publics classiques et, plus spécifiquement, au principe de la loi « MOP » de séparation des équipes de conception (maîtrise d'œuvre) et de réalisation (entrepreneur).

35. Voir le **chapitre V « Le choix de la procédure »**.

36. Article 90 du décret MP.

37. Article 80 du décret MP. **Attention : les bons de commande ne sont pas remis en concurrence.**

Ainsi, l'acheteur ne peut recourir aux marchés de conception-réalisation que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Pour les ouvrages de bâtiments, depuis le 1^{er} juillet 2017, les marchés publics globaux doivent identifier une équipe de maîtrise d'œuvre dont la mission est définie par voie réglementaire³⁸.

4. Les marchés publics globaux

Les acheteurs peuvent également conclure des marchés publics globaux de performance qui associent :

- l'exploitation ou la maintenance ;
- à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations ;
- afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés comportent des engagements de performance mesurables.

>> BONNES PRATIQUES <<

- Bien que les textes de la commande publique ne prévoient pas de durée spécifique pour l'engagement de performance, il est important que les objectifs de performance soient mesurables dès le stade de l'étude préalable.
- La part de rémunération affectée à l'exploitation-maintenance doit ainsi pouvoir varier par rapport à l'atteinte ou non de ces objectifs.

5. Les marchés de partenariat

Les marchés de partenariat ont pour objet la construction, la réhabilitation ou le démantèlement d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels et tout ou partie de leur financement³⁹. Pour ce faire, le titulaire du marché de partenariat se voit confier une mission globale qui peut également porter sur la conception, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou la gestion d'un service public.

Avant de recourir à un marché de partenariat, il est indispensable de procéder à une évaluation préalable ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet⁴⁰.

Pour les autres types de marchés, il n'est plus nécessaire de réaliser une telle évaluation et ce, quel que soit leur montant.

→ L'accès des TPE/PME⁴¹ aux marchés de partenariat

Afin de favoriser l'accès des TPE et des PME aux marchés de partenariat, il est prévu que « le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat⁴² ».

Cette part minimale est fixée à 10% du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement sauf « lorsque le tissu économique dans le secteur concerné ne le permet pas », autrement dit, s'il arrive à démontrer la faiblesse locale des TPE/PME pour les prestations concernées par le marché de partenariat⁴³.

38. Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux.

39. Article 67 de l'ordonnance MP.

40. Article 74 de l'ordonnance MP.

41. En vertu de l'article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, « la catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui :
- d'une part occupent moins de 250 personnes ;
- d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros ».

42. Article 87 de l'ordonnance MP.

43. Article 163 du décret MP.



→ L'encadrement du recours aux marchés de partenariat

Pour recourir à ce type de marché, l'acheteur public doit respecter un seuil minimal qui varie en fonction de la nature et de l'objet du contrat, de ses capacités techniques et financières et de l'intensité du risque encouru⁴⁴.

Seuils au-dessus desquels il est possible de recourir à un marché de partenariat	
Seuil minimal : La valeur du marché ⁴⁴ comprend : - la rémunération du titulaire versée par l'acheteur ; - le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine ; - le cas échéant, les éventuels concours publics.	Objet principal du marché MP : Ces seuils s'appliquent lorsque le contrat porte sur :
< 2 M€ HT	- des biens immatériels, des systèmes d'information, des équipements autres que des ouvrages ; - des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs.
< 5 M€ HT	- des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ; - des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend pas l'exploitation-maintenance.
< 10M€ HT	Les prestations ou les ouvrages autres que ceux mentionnés ci-dessus.

6. Les partenariats d'innovation

Le partenariat d'innovation⁴⁶ se déroule en plusieurs phases :

- une phase de recherche et développement (R&D) ;
- une ou plusieurs phase(s) d'acquisition et de mise en œuvre⁴⁷, le cas échéant.

L'innovation consiste à mettre en œuvre des procédés nouveaux ou sensiblement améliorés⁴⁸.

Le partenariat d'innovation peut se dérouler avec une seule ou plusieurs entreprise (s) selon le choix effectué par l'acheteur.

Un des enjeux de ce type de marché est d'organiser le partage de la propriété intellectuelle entre l'acheteur et les entreprises. Ce marché particulier est encore peu utilisé.

Il a été expérimenté pour :

- **la conception et la réalisation d'un système d'information territorial de caractérisation et de développement du potentiel économique de la Vallée de la Seine ;**
- **le développement, l'expérimentation et l'exploitation d'un service innovant pour la gestion intelligente et mutualisée du stationnement dans le campus urbain de Paris-Saclay ;**
- **l'acquisition de rames à très grande vitesse et des éléments de soutien associés ;**
- **l'organisation d'un hackathon pour le tourisme ;**
- **la mise en œuvre du projet de traitement commun des boues pour le SIAAP et le SYCTOM.**

44. Articles 75 de l'ordonnance MP et 86 du décret MPDS.

45. La valeur à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence.

46. Voir la fiche technique publiée par la DAJ « Le partenariat d'innovation » ([lien vers la fiche technique](#)).

47. Article 93 à 95 du décret MP.

48. Article 25-II, 2° du décret MP et 93 du décret MPDS.

III. Les interdictions de soumissionner

1. Les interdictions de soumissionner « obligatoires⁴⁹ »

Il s'agit des interdictions faites aux personnes physiques ou morales en raison de :

- peines prononcées par un juge pénal ;
- défaut de régularité au regard des obligations sociales ou fiscales constaté soit par un juge, soit par les administrations concernées, soit par un inspecteur du travail ;
- liquidation judiciaire, faillite ;
- violation des règles relatives à la lutte contre le travail illégal.

Outre les interdictions obligatoires de soumissionner à un marché public⁵⁰, il existe des interdictions de soumissionner facultatives⁵¹.

Elles sont notamment liées à la participation préalable à la préparation de la procédure de passation du marché public lorsque cette participation est susceptible de créer une distorsion de concurrence.

2. Nouveauté : les interdictions de soumissionner « facultatives⁵² »

À la différence des interdictions de soumissionner « générales et obligatoires », elles confèrent un pouvoir d'appréciation à l'acheteur pour écarter ou non une entreprise candidate.

Elles se distinguent en deux catégories :

1. Les manquements allégués dans les marchés précédents au cours des 3 dernières années

Le manquement en cause doit être grave ou persistant et avoir entraîné une résiliation ainsi que des dommages et intérêts prévus par les textes.

A contrario, ne sont pas de nature à justifier une exclusion pour manquement :

- l'application des pénalités de retard lors de l'établissement du Décompte Général et Définitif (DGD) ;
- un « retard » d'exécution du marché.

2. Les atteintes au droit de la concurrence et au droit de la commande publique

Ces atteintes se caractérisent par :

- une influence sur le processus décisionnel de l'acheteur ;
- des informations privilégiées créant une distorsion de concurrence ;
- des indices graves et sérieux sur l'existence d'une entente ;
- un conflit d'intérêt.

49. Articles 45 et 46 de l'ordonnance MP.

50. Article 45 du décret MP.

51. Article 48 du décret MP.

52. Article 48 de l'ordonnance MP.



C'est l'exclusion elle-même qui reste « *facultative* » dans la mesure où :

- les acheteurs doivent respecter des principes de proportionnalité et l'organisation d'une procédure « contradictoire » avec les candidats qu'ils envisagent d'exclure ;
- les entreprises doivent pouvoir se justifier avant qu'une exclusion soit effectivement prononcée.

Les exclusions pour ces motifs doivent rester exceptionnelles.

En cas de doute, les acheteurs peuvent se rapprocher des autorités compétentes (DGCCRF, Autorité de la Concurrence, etc.).

En cas de groupement ou de sous-traitance, les textes⁵³ prévoient un système de remplacement en cas d'exclusion d'un des membres du groupement ou du sous-traitant.

53. Article 50 de l'ordonnance MP.

FOCUS : Conflit d'intérêts et principe d'impartialité

Le conflit d'intérêt vise les hypothèses :

- dans lesquelles une personne qui participe à la procédure d'attribution du marché public a un intérêt au choix d'une entreprise particulière ;
- dans lesquelles la concurrence serait faussée du fait de la participation d'une même société en amont et en aval d'un même projet.

Un prestataire qui a participé à la phase préparatoire ne peut pas être exclu d'office de ce même marché⁵⁴.

En effet, une telle exclusion n'est envisageable que si la participation amont entraînerait :

- soit la détention d'informations privilégiées qui risquerait de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats ;
- soit un risque de peser sur les caractéristiques du marché dans un sens favorable à l'un des candidats.

C'est le caractère stratégique des informations recueillies qui sera déterminant.

>> BONNES PRATIQUES <<

- Diffuser à tous les candidats l'intégralité des informations recueillies par l'entreprise intervenue en amont de la consultation pour permettre d'assurer l'égalité de traitement des candidats.
- Ne pas se fonder uniquement sur l'existence de liens capitalistiques pour en déduire une rupture d'égalité, les entreprises pouvant mettre en place des garanties organisationnelles (engagement de confidentialité, étanchéité des informations, déontologie...).
- Laisser un temps suffisant aux entreprises pour répondre à la demande de justifications émise par l'acheteur.

54. Réponse ministérielle du 14 mai 2007 à la question parlementaire n° 26797 et CJUE, 3 mars 2005, C-21/03 et C-34/03, *Fabricom SA*.



IV. La dématérialisation⁵⁵

La dématérialisation des procédures d'achat a été placée au cœur de la modernisation de l'État. Elle doit être généralisée **d'ici le 1^{er} octobre 2018** mais rien n'empêche les acheteurs de mettre en œuvre ces dispositions avant cette date.

Elle est une réponse adaptée à la fiabilité, à la fluidité, à la traçabilité et à la sécurité de la donnée.

Il est donc indispensable pour toutes les parties d'acquérir les connaissances nécessaires et les outils pour y faire face.

→ Pour répondre de façon dématérialisée l'entreprise doit :

- disposer des connaissances et équipements nécessaires :
 - > équipement informatique adapté et flux haut débit,
 - > certificat de signature électronique ;
- accéder à un espace de test pour vérifier l'adéquation entre la configuration du poste de travail et les prérequis techniques de la plateforme ;
- indiquer et disposer d'une boîte mail accessible à plusieurs personnes dans l'entreprise pour recevoir les informations concernant les procédures en cours ;
- prévoir un délai suffisant pour déposer un pli⁵⁶.

1. Marché Public Simplifié (MPS)

Le Marché Public Simplifié permet à une entreprise de répondre à un marché public sur une plateforme **avec son seul numéro SIRET** dès lors que l'acheteur a identifié ce marché comme étant éligible au dispositif MPS.

Le numéro SIRET permet de collecter auprès des administrations de référence les dernières informations à jour connues sur chaque entreprise (INSEE, INFOGREFFE, URSSAF, Identifications Professionnelles FNTP...).

>> BONNE PRATIQUE <<

Inciter l'acheteur à prévoir la possibilité de répondre sous cette forme.

2. Document Unique Marché Européen (DUME)⁵⁷

Le DUME⁵⁸ est un formulaire européen du 5 janvier 2016. Il tient lieu de document unique pour les éléments de la candidature. Il a vocation à remplacer à terme les formulaires DC1 et DC2 (**voir le chapitre VI « La candidature »**).

L'acheteur :

- devra accepter que le candidat présente sa candidature sous la forme de données structurées (ex. XML...) à compter **du 1^{er} avril 2018** pour les marchés lancés par tous les acheteurs ;
- **mais ne peut imposer à une entreprise de présenter sa candidature via le DUME.**

55. Voir le guide du MEDEF « Dématérialisation et numérique dans les marchés publics » ([lien vers le guide](#)).

56. « C'est l'enregistrement de la date et de l'heure de réception sur le profil acheteur qui fait foi (...). Les « plis », dont le téléchargement a commencé avant la date et l'heure limite mais s'est achevé hors délai peuvent être acceptés par la plateforme, mais l'acheteur est tenu de les rejeter » (voir la fiche technique publiée par la DAJ « L'examen des candidatures » - [lien vers la fiche technique](#)).

57. Voir le service permettant de remplir et réutiliser le DUME ([lien vers le « E-DUME »](#)).

58. Article 49 du décret MP.

Le DUME d'une procédure antérieure peut être réutilisé à condition que les informations soient toujours valables. Il peut être exigé en français.

3. Généralisation de la dématérialisation

Différents arrêtés publiés et à venir complètent le décret « *marchés publics* » concernant la dématérialisation.

1. Profil d'acheteur⁵⁹

Un arrêté du 14 avril 2017⁶⁰ définit les fonctionnalités des plateformes des acheteurs appelées également « profils d'acheteur ».

Il a pour objet d'imposer des standards minimaux communs à toutes les plateformes.

L'arrêté distingue deux catégories de fonctionnalités minimales :

- celles que le profil d'acheteur devra obligatoirement offrir aux acheteurs qui y recourront pour leurs procédures de passation ;
- et celles que le profil d'acheteur devra proposer aux entreprises qui souhaitent consulter ces procédures ou y répondre.

Il introduit également l'obligation pour l'acheteur de déclarer son profil.

Chaque profil doit permettre un accès gratuit à l'ensemble de ces fonctionnalités.

Les fonctionnalités énumérées dans l'arrêté du 14 avril 2017 ne sont pas limitatives, elles constituent un socle obligatoire.

À noter parmi ces fonctionnalités :

- l'identification ;
- la confidentialité ;
- un espace de test pour simuler les remises de dossiers ;
- le dépôt des offres, signées électroniquement ou non, des dépôts successifs si la procédure le requiert (ex. en cas de procédure négociée) ;
- la mise à disposition d'une assistance ou d'un support utilisateur relatifs aux problèmes techniques ;
- la consultation et le téléchargement des données essentielles (cf. III-2°) ;
- un moteur de recherche par mots clés...

>> BONNES PRATIQUES <<

L'acheteur peut proposer d'autres fonctionnalités :

- un système de messagerie plus perfectionné ;
- un système d'alerte électronique pour avertir automatiquement les entreprises de l'ouverture des nouvelles procédures ;
- un module d'archivage...

59. Article 31 du décret MP, voir la fiche pratique publiée par la DAJ « Le profil d'acheteur » ([lien vers la fiche pratique](#)).

60. Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs (JO 27 avril 2017).



2. Données essentielles⁶¹

Un autre arrêté du 14 avril 2017 fixe la liste des données essentielles devant être publiées par les acheteurs sur leurs profils d'acheteur.

L'arrêté comporte en annexe trois référentiels de publication spécifiques à chaque type de contrat (marché public, contrat de concession, marché public de défense ou de sécurité).

Pour les marchés supérieurs à 25 000 euros HT, les acheteurs doivent publier les informations relatives :

- à la nature des prestations ;
- à la procédure d'attribution ;
- à l'objet, le lieu d'exécution ;
- au montant global HT ;
- à la durée ;
- à la forme du prix ;
- au nom du titulaire ;
- aux modifications apportées au marché initial.

La publication de ces données essentielles permettra un meilleur suivi de la politique d'achat public.

→ Pour les marchés publics de défense ou de sécurité l'acheteur doit lister les données suivantes :

- le numéro d'identification unique attribué au marché public,
- l'identification de l'acheteur ;
- la nature et l'objet du marché public ;
- la procédure de passation utilisée.

3. Arrêtés à venir

D'autres arrêtés sont en cours de préparation. Ils concernent notamment :

- la copie de sauvegarde (article 41 du décret MP) ;
- les outils et dispositifs d'échanges électroniques (article 42 du décret MP) ;
- la signature électronique (article 102 du décret MP) ;
- le certificat de cessibilité de créance (article 127 du décret MP).

61. Article 107 du décret, arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique (JO 27 avril 2017).

V. Le choix de la procédure

Au-dessus des seuils européens, le pouvoir adjudicateur⁶² est soumis à une procédure formalisée dont l'appel d'offres est la procédure de droit commun.

En dessous de ces seuils, l'acheteur est soumis à beaucoup moins de formalisme, il peut passer des Marchés à Procédure Adaptée (MAPA) – voir le tableau récapitulatif des seuils ci-dessous.

>> BONNES PRATIQUES <<

- En cas de détection d'une irrégularité dans les offres, l'acheteur doit autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières, sans que cela débouche sur des nouvelles négociations.
- En cas de recours au dialogue compétitif : il est recommandé à l'acheteur de prévoir le versement de primes aux participants afin d'encourager les entreprises à participer à la procédure.
- **En matière de négociation : lorsque la procédure prévoit une négociation, l'acheteur doit veiller à ce qu'elle ne porte pas exclusivement sur le prix.**

62. En effet, l'appel d'offre n'est pas la procédure de droit commun des entités adjudicatrices.



Tableau récapitulatif des procédures et des seuils applicables dans les marchés publics⁶³

Procédures formalisées	
<p>Seuils pour les marchés de fournitures et de services :</p> <ul style="list-style-type: none"> > 135 000 € pour l'État et ses établissements publics > 209 000 € pour les collectivités et les EPS > 418 000 € pour les entités adjudicatrices (opérateurs de réseaux et MPDS) <p>Seuils pour les marchés de travaux : > 5 225 000 €</p> <p>Seuil de dispense de procédure relevé à 25000 euros HT⁶³</p>	
Appel d'offre	<p>Il peut être ouvert (sauf MPDS) ou restreint.</p> <p>L'acheteur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs et préalablement portés à la connaissance des candidats.</p>
Procédure négociée	<p>L'acheteur négocie les conditions du marché public avec une ou plusieurs entreprises, sans toutefois pouvoir modifier les exigences minimales ainsi que les critères d'attribution.</p> <p>Procédures négociées avec publicité préalable :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs⁶⁴ ; - la procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour les entités adjudicatrices⁶⁵. <p>Procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables⁶⁶.</p>
Dialogue compétitif	<p>L'acheteur dialogue avec les candidats afin de définir la ou les solutions permettant de répondre à ses besoins et sur la base desquelles seront remises les offres.</p> <p>Cette procédure⁶⁷ se déroule en phases successives et donne lieu à l'élaboration d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini, permettant aux candidats d'exprimer des solutions innovantes.</p>
Concours	<p>L'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie⁶⁸...</p> <p>Il détermine les modalités du concours en respectant l'anonymat des candidats.</p> <p>La procédure est obligatoire pour l'ensemble des acheteurs soumis à la loi MOP qui souhaitent recourir à des marchés de maîtrise d'œuvre⁶⁹.</p>
Procédures adaptées	
Seuils < aux seuils des procédures formalisées	
MAPA	L'acheteur détermine librement les modalités (règles d'attribution du marché). Il est libre d'appliquer dans son intégralité une des procédures formalisées.

63. Les seuils des marchés publics sont relevés tous les deux ans par la Commission européenne, puis appliqués en droit français par décret (cf. décret n° 2015-1904 du 30 décembre 2015). De nouveaux seuils s'appliqueront à partir du 1^{er} janvier 2018.

64. Décret n°2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics.

65. Les pouvoirs adjudicateurs sont (article 42- b) de l'ordonnance MP) :

1. Les personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales, intercommunalité, communauté d'agglomération) ;
2. Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
 - soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
 - soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
3. Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

66. Les entités adjudicatrices sont (article 42-1° c) de l'ordonnance MP) :

1. Les pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques qui exercent une activité d'opérateur de réseaux :
 - production, transport ou distribution de gaz, d'électricité, d'eau potable ;
 - exploitation de réseaux de transports ;
 - activités visant à fournir des services postaux ;
2. Les organismes de droit privé qui bénéficient de droit spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres entreprises à exercer cette activité.

67. Articles 42-3° de l'ordonnance MP et 30 du décret MP.

À noter : cette procédure peut être utilisée pour deux nouveaux cas (articles 23 alinéas 14 et 15 du décret MPDS, 30 alinéas 8 et 10 du décret MP).

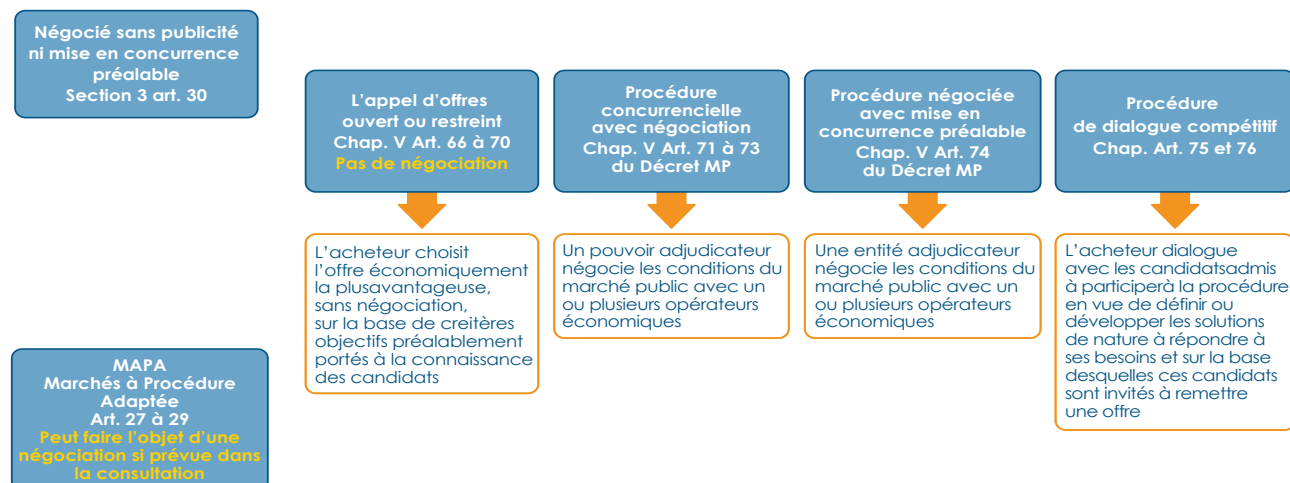
68. Articles 75 et 76 des décrets MP et MPDS.

69. Article 8 de l'ordonnance MP.

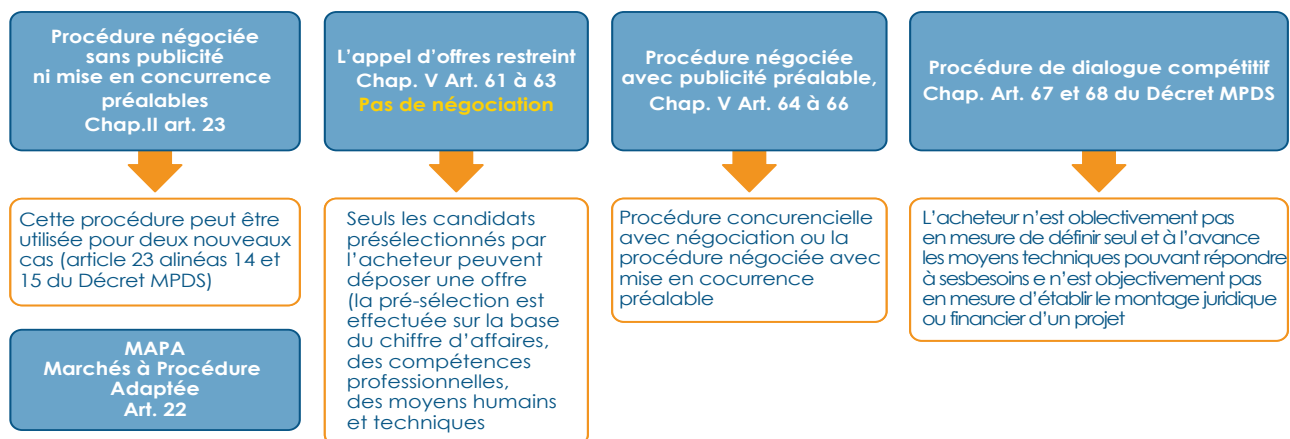
70. Décret n° 2017-516 du 10 avril 2017.

ANNEXE récapitulative des différentes procédures en matière de marchés publics

Les procédures de mise en concurrence (Ord. Art 42) - décret MP



Les procédures de mise en concurrence (Ord. Art 42) - décret MPDS



Pour rappel, l'appel d'offres ouvert n'est plus une procédure utilisable pour les MPDS

VI. La candidature

Les documents de la consultation précisent les modalités de passation du marché et les conditions de présentation des candidatures et des offres.

Ils contiennent notamment l'avis d'appel à la concurrence, le règlement de la consultation et indiquent les documents à fournir par les candidats.

>> BONNES PRATIQUES <<

- Lire attentivement les documents de la consultation.
- Demander des explications ou des informations complémentaires à l'acheteur par écrit (par courrier ou sur la plateforme mise à disposition). Dès lors que la réponse peut apporter une information spécifique ou un avantage à un candidat pour la compréhension du marché à exécuter, tous les candidats devront être informés.
- Vérifier la conformité des dossiers de candidature aux exigences des documents de consultation.
- S'identifier quand le dossier a été obtenu via la plateforme dématérialisée, pour être tenu informé des éventuelles modifications apportées au marché (**voir le chapitre IV « La dématérialisation »**).
- Si des pièces sont absentes ou incomplètes, l'acheteur pourra demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai approprié.

1. La présentation de la candidature

Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

- une **déclaration sur l'honneur concernant les interdictions de soumissionner**⁷¹ et l'emploi des travailleurs handicapés. Seul le candidat potentiellement **attributaire** doit prouver qu'il n'est pas interdit de soumissionner ;
- les documents et renseignements concernant **son aptitude et ses capacités** (économiques, techniques et financières) :
 - > l'acheteur ne peut exiger que des renseignements et documents figurant sur une liste fixée par arrêté du 29 mars 2016,
 - > la vérification de ces informations peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché.

Des formulaires types de candidature sont mis à disposition par la Direction des Affaires Juridiques de Bercy⁷² :

- « *Lettre de candidature - Désignation du mandataire par ses cotraitants* » dit « *DC1* » relatif aux interdictions de soumissionner ;
- « *Déclaration du candidat individuel ou du membre du groupement* » dit « *DC2* » qui porte sur les aptitudes et les capacités.

71. Articles 45 et 46 de l'ordonnance MP.

72. Les formulaires de déclaration du candidat ([lien vers le site](#)).

Ces formulaires peuvent être utilisés par les candidats individuels ou les groupements.

→ Présentation de candidatures

Une même personne physique ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

En cas de réponse en groupement, l'appréciation des capacités des membres du groupement est globale. Chaque membre du groupement peut ne pas détenir la totalité des capacités requises pour exécuter le marché.

Quelle que soit la nature juridique de leurs liens, une entreprise peut avoir recours aux capacités d'autres entreprises (exemples : sous-traitance pour les marchés publics⁷³ sous-contractance pour les marchés publics de défense et de sécurité⁷⁴).

2. La simplification de la candidature

L'application du principe « **Dites-le nous une fois** » aux candidatures permet d'alléger les dossiers administratifs des entreprises :

- les entreprises ne sont plus tenues de fournir les documents que l'acheteur peut obtenir gratuitement et directement :
 - > via un **système électronique d'informations** géré par un organisme officiel (INSEE, ACOSS, DGFIP...),
 - > via un **espace de stockage numérique** (ex. simple site Internet propre à l'entreprise, coffre-fort électronique proposé par la plateforme de l'acheteur...);
- les entreprises doivent indiquer toutes les informations nécessaires à la consultation de ces espaces numériques. **L'accès doit être gratuit et direct pour l'acheteur** ;
- l'acheteur peut prévoir en amont que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents déjà transmis dans une précédente consultation et toujours valables.

→ Le DUME⁷⁵

Le DUME est un formulaire européen du 5 janvier 2016. Il tient lieu de document unique pour les éléments de la candidature. Il a vocation à remplacer à terme les formulaires DC1 et DC2 (**voir le chapitre IV « La dématérialisation »**).

73. Article 62 de l'ordonnance pour les MP.

74. Article 63 de l'ordonnance pour les MDPS.

75. DUME – Document Unique de Marché Européen (article 49 du décret MP).



VII. L'analyse des offres

1. Le choix de l'offre

Une fois l'analyse des candidatures⁷⁶ effectuée⁷⁷, l'acheteur procède à l'analyse des offres. Elle a pour objectif le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse « sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution »⁷⁸. Ces critères doivent avoir été préalablement publiés dans les documents de la consultation.

L'acheteur choisit des critères parmi une liste non limitative figurant dans la réglementation⁷⁹ et justifiés par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution.

→ Le critère unique⁸⁰

L'acheteur peut se fonder uniquement sur le prix⁸¹ pour attribuer un marché public seulement pour les marchés de services ou de fournitures standardisés « dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique [entreprise] à un autre ».

A contrario, le prix ne peut plus être un critère unique dans les marchés de travaux et dans les autres marchés de fournitures et de services que ceux énumérés précédemment.

Le coût est le seul critère d'attribution unique possible⁸².

Enfin, la pratique du critère unique est interdite en cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation.

2. La mise en œuvre des critères

L'examen des offres en tant que tel se décompose ensuite en deux étapes⁸³ :

- l'acheteur vérifie que les offres sont reçues dans les délais et qu'elles sont régulières, acceptables et appropriées ;
- l'acheteur classe les offres retenues en fonction des critères annoncés⁸⁴.

>> BONNES PRATIQUES <<

Pour choisir l'offre la « mieux-disante » :

- sélectionner plusieurs critères adaptés au marché y compris pour les marchés de services ou de fournitures et à ses conditions d'exécution (tels que le prix, les délais, la qualité, la technique, l'apprentissage, etc.).
- pondérer ces critères, même lorsque la pondération n'est pas obligatoire.
- veiller à ce que la méthode de notation de chaque critère et leur pondération ne conduisent pas à neutraliser l'un des critères.
- **éviter le plus possible que le critère prix ait la pondération la plus élevée.**
- **permettre le plus souvent possible la présentation de variantes par les entreprises.**

76. Par exception, en appel d'offre ouvert, l'article 68 du décret MP permet à l'acheteur de procéder à l'analyse des offres avant l'examen des candidatures.

77. Voir le chapitre VI « La candidature ».

78. Article 52 de l'ordonnance MP qui précise également que le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécient conformément à l'article 38 de ladite ordonnance.

79. Article 62 du décret MP.

80. Ibid.

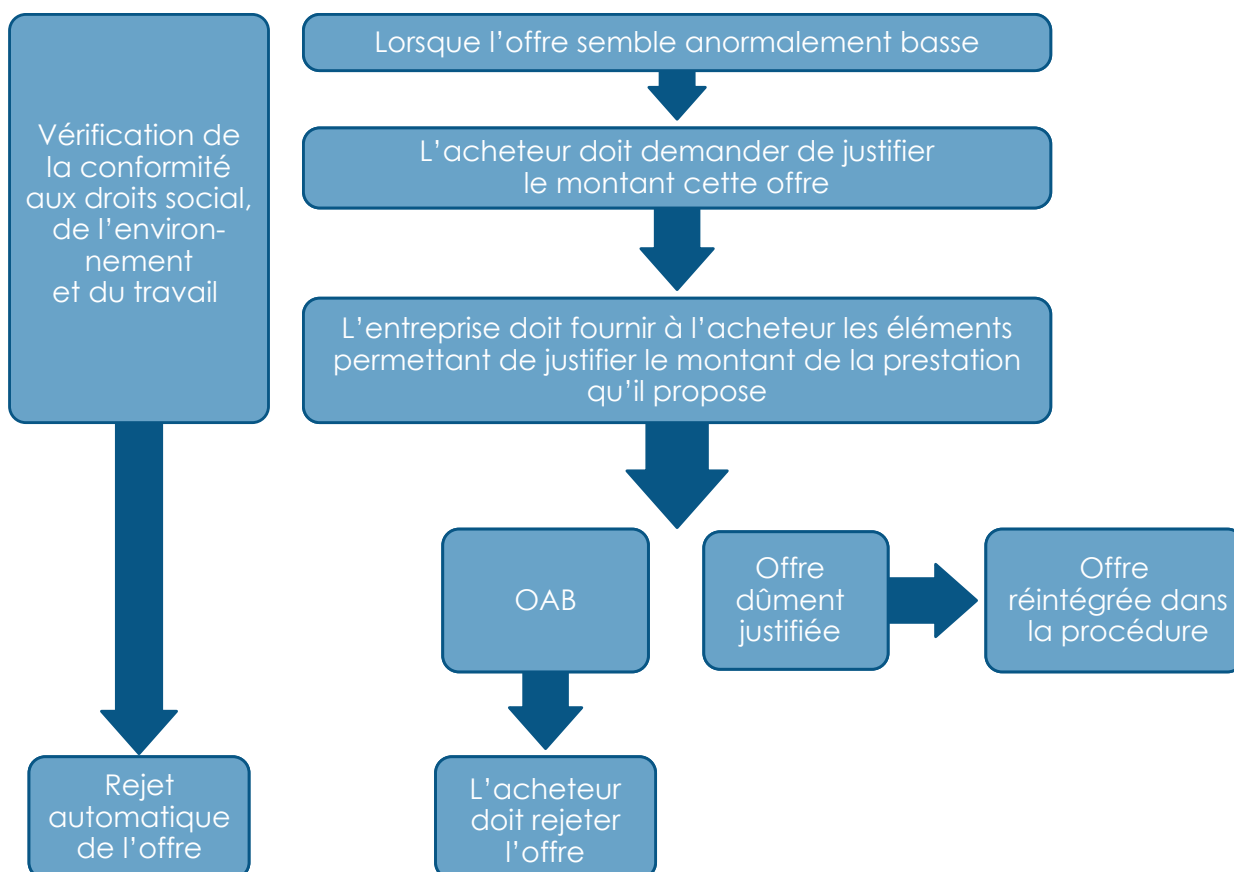
81. Pour une définition, voir le guide « Le prix dans les marchés publics » (lien vers le guide) publié par la DAJ qui définit le prix comme « la somme du coût estimé de la prestation et de la marge du cocontractant (marge = bénéfice + part de la provision qui n'est pas consommée par les aléas) ».

82. Ibid. : « Le coût de la prestation comprend les charges directes - résultant de l'exécution des prestations, comme par exemple l'achat de matières premières, la main d'œuvre, les frais de déplacement imposés par le cahier des charges ou jugés nécessaires par le candidat à la réalisation du cahier des charges -, les charges indirectes (approvisionnement, stockage, impôts, frais de gestion...) et les aléas liés à l'exécution du marché ».

83. Article 59 du décret MP.

84. Voir la fiche publiée par la DAJ « L'examen des offres » (lien vers la fiche technique).

FOCUS : Être vigilant sur la détection et le traitement des Offres Anormalement Basses (OAB)



1. Qu'est-ce qu'une OAB ?

La Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy précise qu'une offre peut être qualifiée d'OAB lorsque son prix ne correspond pas à une réalité économique⁸⁵. La jurisprudence définit l'OAB comme la situation dans laquelle le prix des prestations est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre l'exécution du marché⁸⁶.

L'OAB impose ainsi à l'acheteur de contrôler :

- la capacité technique et économique du candidat à exécuter le marché ;
- la régularité de l'exécution du marché au regard des réglementations nationale, européenne et internationale applicables en matière de droit de l'environnement, social et du travail⁸⁷. Cela concerne notamment le travail illégal, l'abus de détachement, le respect des *minima* sociaux, les prescriptions environnementales...

85. Voir la fiche technique publiée par la DAJ « **L'offre anormalement basse** » ([lien vers la fiche technique](#)).

86. Conseil d'État, n° 366606, 29 mai 2013, *ministre de l'Intérieur contre société Artéis*.

87. Article 60 du décret MP.

2. Comment détecter une OAB ?

La réglementation des marchés publics⁸⁸ fixe des règles strictes pour lutter contre les OAB. Lorsqu'un acheteur émet un doute sur la réalité économique d'une offre présentée par une entreprise, il doit lui demander, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre et vérifier les justifications fournies par les candidats.

Pour détecter une OAB, l'acheteur se fonde sur différents critères :

- le prix de l'offre⁸⁹ ;
- l'utilisation d'une formule mathématique⁹⁰ ;
- la comparaison avec les autres offres ;
- la comparaison avec sa propre estimation ;
- les obligations qui s'imposent aux soumissionnaires⁹¹.

Les articles 60 du décret MP et 57 du décret MPDS dressent une liste non exhaustive d'**exemples de justification d'une offre paraissant anormalement basse** :

- le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- l'originalité de l'offre ;
- la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
- l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

3. Comment traiter une OAB ?

L'acheteur doit obligatoirement rejeter, par décision motivée, une offre qui est anormalement basse ou qui n'est pas conforme aux réglementations nationale, européenne et internationale applicables en matière de droit de l'environnement, social et du travail⁹².

→ OAB et sous-traitance

Le contrôle et le rejet éventuel d'une OAB est désormais étendu au montant des prestations du sous-traitant.

Si ce montant lui semble anormalement bas, l'acheteur peut exiger des justifications et, après vérification :

- soit il rejette l'offre de l'entreprise si la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ;
- soit il n'accepte pas le sous-traitant si ce dernier est proposé après le dépôt de l'offre.

88. Article 53 modifié de l'ordonnance MP, 60 du décret MP et 73 du décret MPDS.

89. Conseil d'Etat, n° 366606, 29 mai 2013, ministre de l'Intérieur contre société Artéis.

90. CJCE, C-285/99, 27 novembre 2001, Impresa Lombardini SPA.

91. Conseil d'État, n° 406224, 30 mars 2017.

92. Articles 53 de l'ordonnance MP et 60 du décret MP.

>> BONNES PRATIQUES <<

- Prévoir dans les documents de la consultation en amont des modalités pour détecter, traiter et évincer les OAB en aval.
- Mettre en place une méthode de détection mathématique inscrite dans le règlement de la consultation.
- Demander par écrit, lorsqu'une OAB a été détectée, des justifications précises au soumissionnaire et à ses sous-traitants sur la composition de ses prix dans un délai de X jours et non se contenter de l'engagement de ce dernier de maintenir le prix de son offre (cf. modèle de lettre type, annexe n° XX).
- Rejeter l'offre comme étant une OAB et en informer le soumissionnaire par écrit si les précisions apportées ne justifient pas de manière satisfaisante le prix (dans le cas contraire, l'acheteur la réintègre dans la procédure).



ANNEXE : Modèle de demande de précisions et justifications de l'offre au soumissionnaire

Lettre avec A.R. ou A.R. électronique

En application de l'article..... du règlement de la consultation pour le marché relatif à votre offre relative au(x) lots n°..... semble potentiellement anormalement basse.

Dans le but de permettre d'apprécier sa composition, veuillez préciser si vous vous trouvez dans un ou plusieurs des cas de figure suivants :

1. Votre entreprise mettra-t-elle en œuvre un procédé particulier ?

1.1. Oui Non

1.2. Si oui, lequel ou lesquels :

.....
.....
.....
.....

1.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ⁹³ ?

.....
.....
.....
.....

2. Avez-vous, pour aboutir à votre prix, adopté des solution(s) technique(s) particulière(s) ?

2.1. Oui Non

2.2. Si oui, laquelle ou lesquelles :

.....
.....
.....
.....

2.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ?

.....
.....
.....
.....

93. Il est rappelé qu'au terme du règlement de la consultation, les composantes d'un prix sont les suivantes : main d'œuvre, matériaux, fournitures et matériels, frais de chantier, frais généraux, bénéfices et aléas (s'applique aux points suivants de la présente annexe 2.3, 3.3 et 4.3).

3. Avez-vous intégré dans votre prix les obligations applicables :

3.1. dans le domaine du droit de l'environnement

Oui Non

(L'acheteur peut préciser les attentes spécifiques de son marché)

.....
.....

3.2. dans le domaine du droit social et du travail et dans les conventions collectives

Oui Non

3.3 Si oui, l'entreprise respecte-t-elle :

- la rémunération minimale conventionnelle dans le secteur concerné ?

Oui Non

- le remboursement des frais de déplacement ?

Oui Non

- la durée maximale du travail ?

Oui Non

- l'affiliation à la caisse de congés payés, le cas échéant ?

Oui Non

- l'adhésion au Service de santé au Travail ?

Oui Non

- les règles de santé et de sécurité

Oui Non

4. Si aucune déclaration de sous-traitance n'est jointe, ferez-vous appel à un ou plusieurs sous-traitants pour l'exécution d'une partie des prestations ?

4.1. Oui Non

4.2. Si oui

- Pour quelles tâches ?

.....
.....
.....
.....



5. Disposez-vous de condition(s) exceptionnellement favorable(s) pour exécuter le présent marché ?

5.1. Oui Non

5.2. Si oui, laquelle ou lesquelles :

.....
.....
.....
.....

5.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes, si nécessaire joindre en annexe les explications détaillées) ?

.....
.....
.....
.....

6. Votre offre comporte-t-elle une originalité particulière ?

6.1. Oui Non

6.2. Si oui, laquelle ou lesquelles :

.....
.....
.....
.....

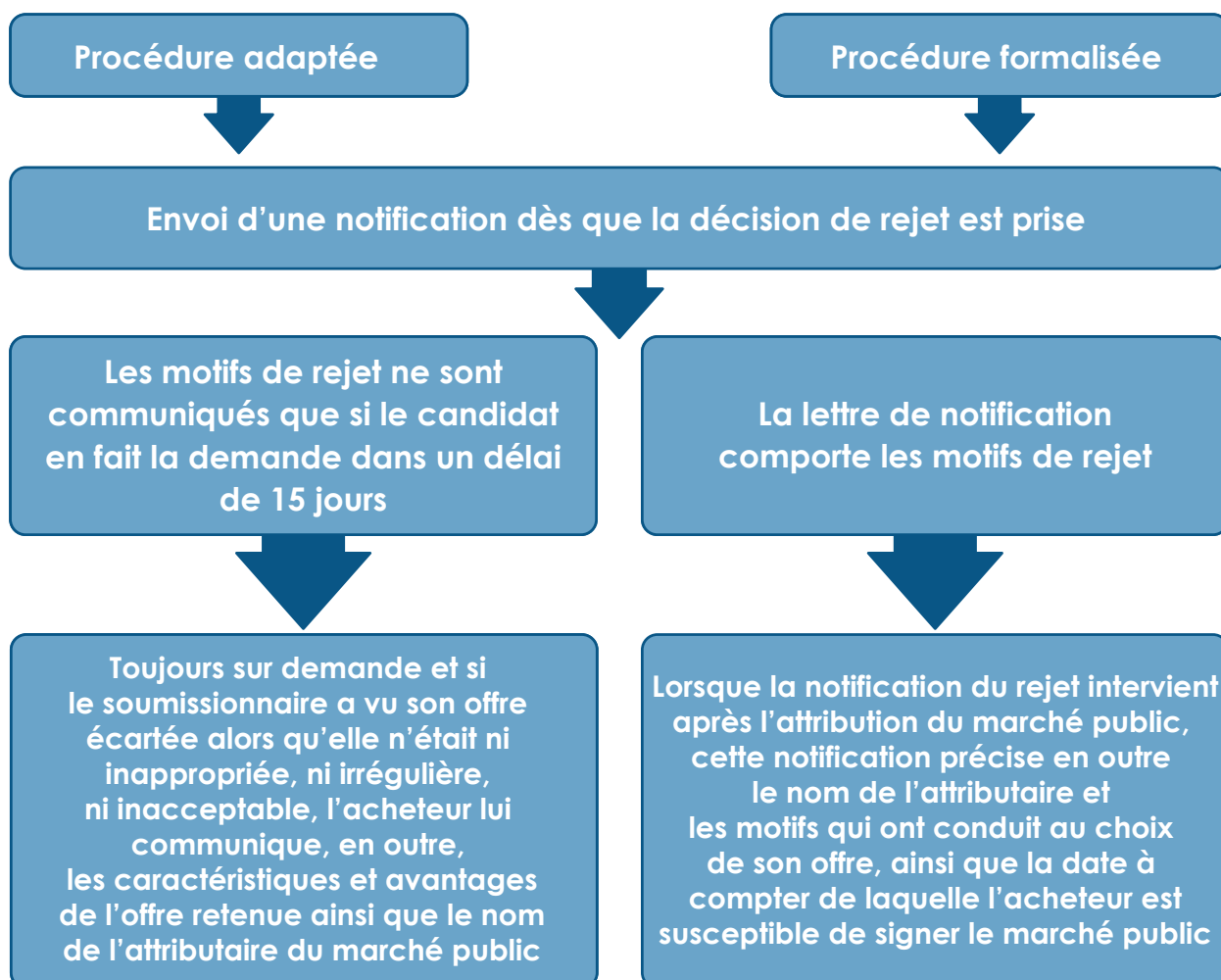
6.3. Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ?

.....
.....
.....

Fait à le

Signature (+ cachet de l'entreprise)

FOCUS : L'information des candidats évincés



>> BONNES PRATIQUES <<

- Ne communiquer dans la lettre de rejet que les informations nécessaires, à savoir les raisons qui ont conduit l'acheteur public à choisir l'offre de l'attributaire.
- Informer précisément le candidat évincé sur son classement et les notes attribuées, sans communiquer l'extrait du rapport d'analyse des offres. Ce dernier constitue un document préparatoire communicable à compter de la signature du marché.



VIII. L'exécution financière des marchés publics

La bonne maîtrise des règles financières propres aux marchés publics est un élément essentiel de leur attractivité pour les entreprises, notamment les TPE/PME (voir le focus : « Soutenir la trésorerie des TPE/PME »).

Elle est également la garantie de la bonne exécution des marchés.

Les tableaux ci-après précisent par ordre chronologique les étapes et modalités de l'exécution financière d'un marché public.

1. Les marchés publics « classiques »

	État et Collectivités territoriales - Établissements publics locaux	Établissements publics de santé	Pouvoirs adjudicateurs qui sont des entreprises publiques SNCF, RATP, EDF, SEML, SPL, SA d'HLM
Avances⁹² (Titulaire et sous-traitant à paiement direct)			
Conditions	Si marché > à 50 000 € HT et délai d'exécution > à 2 mois Montant minimal : 5 % du montant du marché TTC Montant maximal : 60 % TTC		Simple possibilité pour l'acheteur qui en définit librement les modalités
Garanties	Si avance ≤ à 30 % du montant du marché : Caution si accord du maître de l'ouvrage sinon garantie à première demande si prévu dans le marché. Si avance > à 30 % du montant du marché : Garantie à première demande.		
Acomptes⁹³			
Droit à acomptes	Oui		Oui
Périodicité	Maximum 3 mois 1 mois pour les PME et pour les marchés soumis au CCAG-Travaux ou au CCAG fournitures courantes et services.		Liberté contractuelle
Prix			
Les prestations sont soit : - à prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées ; - à prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.			
Variation des prix⁹⁴			
Actualisation	Obligatoire si prix ferme et si un délai > à 3 mois entre l'offre et date de début d'exécution.		Simple possibilité pour l'acheteur qui en définit librement les modalités.
Révision	Clause de révision de prix si marchés d'une durée > à 3 mois nécessitant une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux. Une clause de révision de prix doit permettre de prendre en compte les évolutions de coûts de prestation à l'aide d'une formule paramétrique.		

94. Le régime des avances est régi par les dispositions de l'article 110 du décret MP.

95. Le régime des acomptes est régi par les dispositions de l'article 114 du décret MP.

Délais maximums de paiement ⁹⁵			
Point de départ⁹⁶ : date de réception de la demande de paiement par MOE dans le cas particulier des marchés de travaux	30 jours	50 jours	60 jours
Retenue de garantie			
Conditions	Possible si prévue au marché ⁹⁷	Personnes privées (*) Possible si prévue au marché	Personnes publiques Liberté contractuelle
Montant	5 % max (réserves à la réception et réserves du délai de garantie)	5 % max (réserves à la réception)	
Garanties	Cautionnement si accord du maître de l'ouvrage sinon garantie à première demande.	Caution personnelle et solidaire	
Intérêts moratoires			
Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises, diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.			
Point de départ : à l'expiration du délai de paiement jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.	Taux de la BCE + 8 points de pourcentage. +40 euros indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement. Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal.		

96. Les modalités de variation de prix sont prévues à l'article 18 du décret MP.

97. Décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement.

98. Ce délai court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou le maître d'œuvre. Pour le paiement du solde des marchés de travaux, il court à compter de la date de réception par le maître d'ouvrage du décompte général et définitif.

99. Articles 122 à 124 du décret MP.



2. Les marchés publics de défense et de sécurité

Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense et de sécurité

Avances ⁹⁸	Titulaire et sous-traitant à paiement direct	Pouvoir adjudicateur ou son Représentant ou ordonnateur
<p>Conditions</p> <p>Garanties</p>	<p>Titulaire : Si marché > à 250 000 € HT et délai d'exécution > à 3 mois.</p> <p>PME : Si marché > à 50 000 € HT et délai d'exécution > à 2 mois.</p> <p>Montant minimal du montant du marché TTC :</p> <ul style="list-style-type: none"> - titulaire : 5 % ; - Si PME : 10 %. <p>Montant maximal : 60 % TTC</p> <p><i>Pas de cautionnement en MPDS</i></p> <p>Si avance > à 30 % du montant du marché :</p> <p>Garantie à première demande obligatoire.</p>	<p>Simple possibilité pour l'acheteur qui en définit librement les modalités</p>
Acomptes ⁹⁹		
<p>Droit à acomptes</p> <p>Périodicité</p>	<p>Oui</p> <p>Périodicité :</p> <ul style="list-style-type: none"> - titulaire : 6 mois max - si PME : maximum 3 mois - 1 mois pour les marchés de travaux ou fournitures courantes et services sur demande 	<p>Oui</p> <p>échancier négocié avec l'acheteur</p>
Prix, Type de prix et Forme des prix ¹⁰⁰		
<p>Les prestations sont soit :</p> <ul style="list-style-type: none"> - à prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées ; - à prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. <p>Les types de prix se rattachent au prix initial du marché, pour chaque poste, il convient d'indiquer le type de prix.</p> <ul style="list-style-type: none"> - unitaire ou forfaitaire ; - définitif, ou provisoire. <p>Sur un même poste, pour chacune des deux catégories mentionnées ci-dessus, il ne peut y avoir qu'un seul type de prix : les différents types de prix sont en effet exclusifs les uns des autres.</p> <p>Formes de prix :</p> <ul style="list-style-type: none"> - ferme (actualisable) : un prix qui ne varie pas, pendant l'exécution du marché en fonction de l'évolution des conditions économiques. Il est obligatoire de prévoir une formule d'actualisation dans le marché. La formule d'actualisation est une formule paramétrique, composée d'indices de coûts, qui en principe ne contient pas de partie fixe. - révisable : prise en compte de l'évolution du coût de la prestation à l'aide d'une formule paramétrique. Il est imposé de prévoir un terme fixe¹⁰¹ dans les formules de révision basée sur l'application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. <p>Les formes de prix sont exclusives les unes des autres : le prix d'un poste sera donc soit ferme, soit révisable. On peut trouver plusieurs formes de prix dans un même marché, à condition qu'elles concernent des prestations distinctes et bien identifiées dans un poste particulier. Dans le cas des marchés à tranche l'article 15 du Décret MPDS prévoit que chaque tranche est actualisable.</p>		<p>Oui</p> <p>échancier négocié avec l'acheteur</p>
Délais maximum de paiement ¹⁰²		
<p>Le délai de paiement est contractuel et doit figurer dans le marché</p>		
<p>Le délai de paiement court à compter de la plus tardive des deux dates :</p> <ul style="list-style-type: none"> - date d'arrivée de la facture du titulaire dans un service de l'administration ; - date de la réception des fournitures (prestations) si la date de réception de la facture du titulaire est antérieure à cette date. 	<p>30 jours maximum</p>	<p>Il peut faire l'objet d'une seule suspension par l'ordonnateur, notifiée au titulaire conformément au décret n° 2013-269 du 29/03/2013</p>

Retenue de garantie		
Conditions	Possible si prévue au marché (Article 109)	Personnes publiques
Montant	10 % max	Liberté contractuelle
Garanties	Cautionnement si accord de l'acheteur sinon garantie à première demande.	
Intérêts moratoires		
Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises, diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.		
Point de départ : à l'expiration du délai de paiement jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.	Taux de la BCE + 8 points de pourcentage + 40 euros indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement	
	Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal.	

→ Les avances

C'est un droit pour les entreprises. L'acheteur ne doit pas les inciter à y renoncer.

>> BONNES PRATIQUES <<

- Poursuivre l'amélioration des délais de paiement en lien avec le déploiement de la facturation électronique qui permet une réduction des délais de traitement de facture.
- Prévoir des clauses de révision des prix conformes à l'objet des marchés et éviter les copier/coller qui sont source d'erreur.
- Prévoir des avances au-delà des obligations légales de 5 % et en augmenter les pourcentages dès lors que le marché nécessite un investissement des entreprises en début d'exécution.
- Ne pas conditionner le versement des avances à la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution dans les marchés des collectivités locales.
- Prévoir des acomptes fréquents faisant mieux correspondre les charges des titulaires et les paiements adaptés aux montants et aux conditions de réalisation du marché (modalités, échelonnement de paiement...).
- Limiter les pénalités aux seuls cas de retard d'exécution et prévoir des plafonnements, le cas échéant.
- Privilégier les retenues provisoires pour sanctionner des comportements sans impact sur la durée d'exécution du marché.

100. Le régime des avances est régi par les dispositions des articles 97 à 99 du décret MPDS.

101. Le régime des acomptes est régi par les dispositions l'article 100 du décret MPDS.

102. Le régime des prix est régi par les articles 14 à 16 du MPDS.

103. Article 15 ; IV 2 du décret MPDS.

104. Le décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement s'applique.



→ Les pénalités de retard

La jurisprudence permet à l'acheteur de faire une application raisonnée des pénalités de retard.

Le juge administratif a le pouvoir de moduler leur montant « si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché¹⁰⁵ » rejoignant ainsi la position du juge judiciaire.

>> BONNE PRATIQUE <<

Il est de l'intérêt pour l'acheteur comme pour l'entreprise que le montant total des pénalités de retard soit plafonné car cela contribue à améliorer la compétitivité des offres.

105. Voir la fiche technique publiée par la DAJ « Les pénalités de retard dans les marchés publics » ([lien vers la fiche technique](#)).

FOCUS : Soutenir la trésorerie des TPE/PME

L'accès à la commande publique des plus petites entreprises reste largement contraint par leur capacité financière, notamment au stade de l'exécution des marchés.

C'est pourquoi les TPE/PME doivent être rassurées par le renforcement des outils protégeant leur trésorerie lorsqu'elles répondent à un appel d'offre

>> BONNES PRATIQUES <<

- Le paiement des situations de travaux à 100 % lorsque la retenue de garantie a été cautionnée (par exemple, les ouvrages et matériels en atelier en attente de pose) ;
- L'augmentation des taux des intérêts moratoires dans la commande publique en remplaçant le taux d'intérêt de la Banque Centrale Européenne (ci-après « taux BCE ») augmenté de 8 points de pourcentage par un taux BCE augmenté de 10 points de pourcentage ;
- Le paiement automatique des intérêts moratoires et de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement de 40 euros sont payées dans un délai de 45 jours suivant la mise en demeure du principal ;
- La création d'une obligation d'alerte du maître de l'ouvrage par le comptable public, et ce, dès le dépassement du délai de paiement à l'expiration du délai de paiement pour le mandatement des intérêts moratoires et de la retenue de garantie.



FOCUS : Vigilance sur les clauses de variation de prix

Les formules de variation peuvent avoir une incidence positive ou négative sur les prix des marchés.

Le choix de la formule de variation est donc primordial (index, indices, coefficients de charges salariales, prix...). Quelle que soit l'option retenue pour calculer les évolutions économiques d'un marché, il est important que celle-ci soit adaptée au marché en question.

Il s'agit d'un élément essentiel de la mise en concurrence initiale des candidats. La doctrine de la DAJ de Bercy et la jurisprudence font une interprétation stricte de leur utilisation

Une fois le marché signé et conformément au principe d'intangibilité du prix, une formule de révision des prix ne peut pas être introduite.

>> BONNE PRATIQUE <<

- Alerter l'acheteur dès la mise en ligne des documents de la consultation si une anomalie est détectée concernant la formule de révision de prix. Cette alerte pourra permettre à l'acheteur de modifier les documents de la consultation.

IX. La modification du contrat en cours d'exécution

La nouvelle réglementation marchés publics prévoit désormais les cas dans lesquels il est possible de modifier un marché public en cours d'exécution, sous réserve de respecter certaines conditions.

Conformément aux articles 139 et 140 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et 137 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité, les acheteurs et les entreprises doivent être sensibilisés :

- aux clauses de réexamen (qui doivent être intégrées au préalable dans le cahier des charges initial) ;
- à l'existence d'un double seuil financier pour apprécier les modifications possibles sans ouverture d'une nouvelle procédure de mise en concurrence :
 - < aux seuils européens¹⁰⁶ ;
- et
- < au seuil de 10 % pour les marchés de service et de fournitures ou être < au seuil de 15 % pour les marchés de travaux ;
- à deux types de circonstances particulières, qui ont en commun de n'être pas du fait de l'acheteur, pour lesquelles le seuil est fixé à 50 % du marché initial¹⁰⁷, pour chaque modification :
 - soit des circonstances imprévisibles,
 - soit une difficulté technique ou financière qui rend « impossible » le remplacement du titulaire ;
- à l'exigence de publicité de ces modifications¹⁰⁸ (sauf MPDS).

Le tableau suivant résume les différents seuils applicables aux pouvoirs adjudicateurs¹⁰⁹ et aux entités adjudicatrices¹¹⁰.

Textes	Montant limite des modifications lorsque le contrat est conclu par		Cas d'ouverture des modifications
	une entité adjudicatrice	un pouvoir adjudicateur	
art. 139, 1° DMP ¹⁰⁹ art. 137, 1°, DMPDS ¹¹⁰	Pas de limite de montant.		Modifications prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen.
art. 139 2° DMP art. 137 I 2° DMPDS	Pas de limite de montant.	Le montant des modifications ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial en tenant compte de la mise en œuvre de la clause de variation de prix. En cas de modifications successives, cette limite s'applique au montant de chaque modification.	Lorsque le changement de titulaire : - est impossible pour des raisons économiques ou techniques ; - et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.

106. Seuils européens de procédure des marchés publics publiés au journal officiel tous les deux ans (voir le chapitre V « Le choix de la procédure »).

107. Ce montant s'applique uniquement pour les pouvoirs adjudicateurs.

108. Voir les modalités de publication de l'avis de modification à l'article 140, III du décret MP.

109. Voir le chapitre V « Le choix de la procédure » (note de bas page n°60) pour la définition des pouvoirs adjudicateurs.

110. Ibid. (note de bas page n° 61) pour la définition des entités adjudicatrices.

<p>art. 139 3° DMP art. 137, I, 3° DMPDS</p>	<p>Pas de limite de montant.</p>	<p>Le montant des modifications ne peut être supérieur à 50% du montant du marché initial en tenant compte de la mise en œuvre de la clause de variation de prix.</p> <p>En cas de modifications successives, cette limite s'applique au montant de chaque modification.</p>	<p>La modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.</p>
<p>art. 139 4° DMP art. 137, I, 4° DMPDS</p>	<p>Sans incidence sur le montant</p>	<p>Lorsqu'un nouveau titulaire remplace le titulaire initial :</p> <ul style="list-style-type: none"> - en application d'une clause de réexamen ; - ou en cas de cession. 	
<p>art. 139, 5° DMP art. 137, I, 5°</p>	<p>Pas de limite de montant</p>	<p>Lorsque les modifications ne sont pas substantielles (i.e. lorsqu'elles ne changent pas la nature globale du marché public).</p> <p>Est considérée comme substantielle la modification qui :</p> <ul style="list-style-type: none"> - si les conditions qu'elle ajoute avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, aurait entraînée l'admission d'autres entreprises ou acceptation d'une offre autre ; - modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire ; - modifie considérablement l'objet du marché public initial ; - a pour effet de remplacer le titulaire initial en dehors des hypothèses prévues au 4°. 	
<p>art. 139, 6° DMP art. 137, I, 6° DMPDS</p>	<p>En dessous de certains seuils, il n'y a pas lieu de vérifier si les conditions du 5° sont remplies.</p> <p>Attention : il faut tenir compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.</p>	<p>Lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux.</p> <p>En cas de modification successive, prise en compte de leur montant cumulé¹¹¹.</p>	

La DAJ de Bercy a récemment mis à jour sa fiche sur les modalités de modification¹¹⁴ des contrats en cours d'exécution pour les contrats passés après le 1^{er} avril 2016.

En lieu et place d'un marché complémentaire, il est juridiquement possible de conclure un avenant au marché public initial¹¹⁵.

111. Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

112. Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

113. Article 140, II du décret MP et 137, I, 6° du décret MPDS.

114. Voir la fiche technique de la DAJ « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution » ([lien vers la fiche technique](#)).

115. En effet, les marchés complémentaires n'existant plus, ils peuvent être remplacés par un avenant.

FOCUS : Les clauses de réexamen¹¹⁶

Les clauses de réexamen doivent être anticipées le plus en amont possible et mentionnées dans les documents de la consultation.

En cas de négociation, il est possible d'envisager d'autres clauses de réexamen mais il faudra dès lors les proposer à tous les candidats admis aux négociations. Ces clauses doivent respecter un certain nombre de conditions :

- elles doivent être claires, précises et sans équivoque ;
- elles peuvent être de différentes natures. Le décret mentionne les clauses de variation de prix¹¹⁷ et les options mais cette liste n'est pas limitative. Les options recouvrent notamment :
 - > les tranches optionnelles,
 - > les reconductions,
 - > les prestations complémentaires ;
- elles ne doivent pas avoir pour objet ou pour effet de changer la nature du marché.

>> BONNE PRATIQUE <<

Les marchés de maîtrise d'œuvre passés à prix provisoire prévoient une clause de réexamen de la rémunération. Celle-ci devient définitive au moment de souscrire l'engagement de respecter le coût prévisionnel des travaux.

→ Quelques exemples de clauses

• Pour un marché de maîtrise d'œuvre :

Pour passer de la rémunération provisoire à la rémunération définitive, les parties conviennent de modifier le marché conformément aux dispositions de l'article 139-1 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 en appliquant la clause de réexamen suivante :

- si la rémunération est déterminée au temps passé :

Négociation sur la base de la décomposition du prix forfaitaire comprenant les taux journaliers et le nombre de jours par catégories de personnel affecté à la réalisation des missions de maîtrise d'œuvre.

Le montant définitif de la rémunération des éléments de mission est négocié en fonction de leur durée estimée et de leur complexité induite par le coût prévisionnel du projet accepté par le maître de l'ouvrage et les éventuelles modifications de programme apportées à celui-ci.

Ce montant prend en compte l'éventuel surcoût de l'assurance du maître d'œuvre lié à l'augmentation du coût des travaux.

Le montant de la rémunération des éléments de mission antérieurs est définitif, sauf dans les cas prévus à l'article [XX] du CCAP.

- par application d'une formule :

Le taux de rémunération est par défaut le taux initial de l'acte d'engagement ou est modifié par application de la formule suivante : [XX].

- par application d'une clause incitant à de meilleurs résultats quantitatifs ou qualitatifs (article 30 décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre)

116. Articles 139, 1° du décret MP et 137, 1° du MPDS.

117. Voir le chapitre VIII « L'exécution financière des marchés publics ».



- **Clause de rendez-vous dans les marchés de fournitures :**

Les parties pourront prévoir au travers de la clause de réexamen de se rencontrer, à la demande de l'une d'entre elles pour examiner l'évolution de certaines dispositions relatives à l'exécution de la prestation.

Ces éventuelles évolutions ne devront pas conduire à modifier l'économie générale du marché.

X. Le règlement amiable des litiges

Le litige qui survient lors de l'exécution d'un marché public est généralement réglé selon une procédure prévue dans les documents du marché, notamment les CCAG¹¹⁸ et le CAC¹¹⁹ pour les marchés publics de défense et de sécurité.

Cependant, si le différend persiste et avant de saisir un juge, plusieurs modes de règlement amiable sont possibles : médiation, intervention des comités de règlement amiable des litiges, conciliation, transaction, arbitrage.

1. La médiation

En cas de conflit lors de l'exécution d'un marché public (interprétation d'une clause du contrat...), le titulaire du marché ou l'acheteur peut solliciter la médiation des entreprises sur le site : www.mieist.bercy.gouv.fr/.

Le médiateur n'est ni juge, ni arbitre, ni conciliateur. Il agit comme intervenant neutre, impartial et indépendant, afin d'aider les parties à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend. Il n'a pas de pouvoir décisionnel.

Tous les échanges sont confidentiels. Le dispositif est gratuit. Chacun peut y mettre fin quand il le souhaite.

Désormais, le Code de Justice Administrative (CJA) prévoit que la médiation interrompt les délais de recours contentieux et les prescriptions¹²⁰.

2. Les Comités Consultatifs de Règlement Amiable (CCRA)

Les CCRA sont des organismes consultatifs de conciliation qui peuvent être saisis de tout différend ou litige relatif à l'exécution d'un marché public. Ils ont pour mission de rechercher des éléments de droit et de fait en vue d'une solution amiable et équitable. Ils émettent des avis que l'administration est libre de suivre ou non.

Les CCRA doivent rendre leur avis dans un délai maximal de six mois. Les délais de recours sont interrompus¹²¹.

3. La transaction

Le recours à la transaction est possible à tout moment pendant l'exécution du marché ou en cours de procédure contentieuse, notamment dans les cas suivants :

- indemnisation du titulaire du marché pour des prestations supplémentaires ;
- réparation des dommages subis par l'acheteur ;
- règlement des conséquences d'un marché annulé par le juge.

La transaction est recommandée dans tous les cas où la créance du demandeur peut être évaluée de manière suffisamment certaine.

118. Cahier des clauses administratives générales marchés publics.

119. Cahier des clauses administratives et communes « armement ».

120. Article L. 213-6 du Code de justice administrative.

121. Articles 142 du décret MP et 139 du décret MPDS.



Il s'agit d'un contrat négocié et écrit dont l'objectif est :

- d'arriver au règlement complet du litige par des concessions réciproques équilibrées ;
- de préciser les sommes dues.

Les parties doivent respecter l'accord auquel elles sont parvenues.

4. L'arbitrage

Cette procédure est possible :

- uniquement pour la liquidation des dépenses de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics¹²² ;
- pour les marchés de partenariat¹²³.

Dans ce cas, les parties soumettent leur litige à une tierce personne qui peut être un organisme remplissant habituellement des fonctions d'arbitre et possédant un règlement d'arbitrage. Les parties peuvent choisir de désigner un ou des arbitres et de décider elles-mêmes des règles de l'arbitrage.

Les parties doivent appliquer la décision du tribunal arbitral comme s'il s'agissait d'une décision de justice.

>> BONNE PRATIQUE <<

En cas de litige en cours d'exécution d'un marché, choisir un mode alternatif de règlement des litiges afin d'éviter un contentieux long et coûteux pour les parties.

122. Article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906.

123. Article 90 de l'ordonnance MP.

Glossaire

AAPC	Avis d'Appel Public à la Concurrence
AC	Accord-Cadre
Acheteur	Pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice
AO	Appel d'Offres
BOAMP	Bulletin Officiel des Annonces Marchés Publics
CAC Armement	Cahier des clauses Administratives Communes « Armement »
CCAG	Cahier des Clauses Administratives Générales
CCAP	Cahier des Clauses Administratives Particulières
CL	Collectivités Locales
CT	Collectivités Territoriales
DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes
DUME	Document Unique de Marché Européen
EA	Entité Adjudicatrice
JAL	Journal d'Annonces Légales
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
MOE	Maîtrise d'Œuvre
MOP	Maîtrise d'Ouvrage Publique
MP	Marché Public
MPDS	Marché Public de Défense et de Sécurité
OAB	Offre anormalement basse
OE	Opérateur Economique = candidat
PA	Pouvoir Adjudicateur
Profil d'acheteur	Plateforme de dématérialisation
SAD	Système d'Acquisition Dynamique



Remerciements

L'élaboration de ce guide d'accompagnement s'inscrit dans le cadre des actions engagées par le Comité de la Commande publique de la Direction Droit de l'entreprise du MEDEF.

Le MEDEF remercie les membres du groupe de travail Dématérialisation des marchés publics qui ont contribué à sa rédaction :

Sabine Ayraud

Juriste, chargée de mission, direction des Affaires Juridiques
Fédération Nationale des Travaux publics (FNTP)

Karen Beaudron

Responsable Stratégie Achat Usinage - SAFRAN
GIFAS

Emilie Choux

Juriste, direction Droit de l'entreprise
Mouvement des Entreprises de France (MEDEF)

Christian Cucchiarini

Direction affaires institutionnelles et juridiques
Entreprises Générales de France BTP – EGF BTP

Caroline Draveny

Responsable Juridique Programmes Militaires - SAFRAN
GIFAS

Marie Eiller-Chapeaux

Directeur des affaires juridiques et européennes
Fédération Nationale des Travaux publics (FNTP)

Delphine Kosser

Responsable du département Affaires juridiques et économiques
Confédération du Commerce de gros et International (CGI)

Christophe Merienne

Responsable juridique - EGIS
SYNTEC INGENIERIE

Cécile Roux-Belec

Juriste - DJF, Service Marchés
Fédération Française du Bâtiment (FFB)

Benjamin Valloire

Délégué aux affaires juridiques
SYNTEC INGENIERIE

Françoise Vergrière-Matringes

Présidente de la commission Commande publique
Alliance Française des Industries du Numérique (AFNUM)





MEDEF
55, avenue Bosquet
75007 Paris
Tél. : 01.53.59.19.19

www.medef.fr

Contact :
Emilie Choux
echoux@medef.fr