

En septembre 2006 s'est tenu un "chat" (discussion en ligne) entre le service économique et juridique du Minéfi en charge des questions relatives au code des marchés publics et des internautes. Voici les réponses aux diverses questions posées qui viennent juste d'être publiées par le Minéfi.

Rubrique traitées :

- 39. Accords-cadres
- 40. Marchés à bons de commande (art.77)
- 41. Marchés à tranches conditionnelles
- 42. Système d'acquisition dynamique
- 43. Rapport de présentation (article 79)
- 44. Rejet des candidatures et des offres
- 45. Exécution et suivi des marchés (paiement, pièces justificatives de la dépense)
- 46. Recensement économique des marchés
- 47. Variantes
- 48. Entités adjudicatrices - Opérateurs de réseaux
- 49. Formulaires
- 50. Marchés d'assurances
- 51. Article 49
- 52. Petites et moyennes entreprises
- 53. Divers

39. ACCORDS-CADRES

Généralités

Quelle différence faites-vous entre un marché à bons de commande et les accords-cadres ?

Les accords-cadres sont des contrats d'exclusivité passés avec un ou plusieurs opérateurs économiques sur la base desquels seront conclus des marchés après remise en concurrence de ces seuls opérateurs économiques. Le marché à bons de commande est un marché qui ne donne pas lieu à remise en concurrence entre ses titulaires si plusieurs titulaires ont été attributaires du marché. Il s'exécute directement par l'émission de bons de commande selon les règles fixées par le marché pour l'attribution de ces bons.

Y aura-t-il à disposition des acheteurs des modèles d'accords-cadres ? Est-il envisagé de créer des formulaires adaptés aux accords-cadres ?

Non, il n'est pas prévu de définir des modèles ou des formulaires spécifiques concernant les accords-cadres puisque le contenu est directement tributaire des prestations objet de l'accord-cadre.

Concernant les accords-cadres, est-il prévu des "guides recommandations" du MINEFI ?

Une fiche explicative devrait bientôt être mise en ligne sur le site Internet du MINEFI, dans la rubrique "Marchés publics".

Quel est l'intérêt de la technique des accords-cadres lorsque cet accord est mono titulaire ? Un accord-cadre avec un seul opérateur, n'est-ce pas finalement un marché à bons de commande classique ?

Il s'agit de procédures très voisines qui ne présentent pas, lorsqu'elles se présentent, de divergences sensibles. C'est en amont de l'engagement de ces procédures que l'option présente toute son importance. Sauf cas particulier des procédures qui ne peuvent concerner qu'un titulaire bien précis, il n'est jamais certain, a priori, que la procédure n'aboutira à la sélection que d'une offre. En conséquence, lors de la préparation de sa procédure, le pouvoir adjudicateur doit toujours

s'interroger sur les avantages et les inconvénients de l'accord-cadre et du marché à bons de commande dans l'éventualité où la mise en concurrence aboutirait à la sélection de plusieurs titulaires.

Des consignes ont-elles été données pour éviter de transmettre systématiquement l'accord-cadre avec le marché qui lui est consécutif tant au contrôle de légalité qu'au comptable public ? Les accords-cadres et les marchés subséquents sont-ils soumis à obligation de transmission au contrôle de légalité ?

Sous réserve de ce que précisera la DGCL, nous considérons actuellement que les accords et les marchés passés dans le cadre d'un accord relèvent du même régime que les autres marchés du code. C'est donc leur montant estimé (pour les accords) ou le montant du marché qui va déterminer à la fois son mode d'adoption et sa transmission au contrôle de légalité. En clair, seuls les marchés et accords pour lesquels le montant estimé ou le prix se situe au-dessus des seuils doivent passer en CAO et être transmis au contrôle de légalité.

Accord-cadre : est-il possible de sélectionner les opérateurs économiques uniquement sur la base du dossier de candidature ou faut-il obligatoirement demander une offre financière ?

Dans la mesure où le prix doit être soit déterminé, soit déterminable, il n'est pas exclu que la sélection des titulaires des accords-cadres se fasse principalement sur les caractéristiques techniques des prestations, le prix n'intervenant qu'à titre indicatif. En tout état de cause, l'accord-cadre devra préciser exactement les modalités selon lesquelles le prix sera définitivement établi lors de la mise en concurrence.

Dans un accord-cadre, doit-il y avoir un article concernant les prix futurs, ou la sélection des opérateurs se fait simplement au niveau de leurs compétences, références et moyens les rendant aptes à exécuter les futurs marchés ?

L'accord-cadre n'est pas un simple système de référencement. La sélection des titulaires se fait sur la base d'offres dans lesquelles le prix ou les modalités de sa détermination (article 11) doivent expressément être mentionnés.

Un accord-cadre peut-il être passé selon la procédure adaptée ? Si oui, peut-il donner lieu à plusieurs marchés qui au total dépassent le seuil de 210.000 euros ?

En dessous des seuils de procédure formalisée, il est possible soit de s'inspirer de l'accord-cadre, soit d'appliquer entièrement l'article 76.

- Si l'accord-cadre comporte un montant, il convient de mettre en œuvre une procédure formalisée si ce montant est supérieur aux seuils des procédures formalisées et une procédure adaptée si ce montant est inférieur aux dits seuils. Le montant total des marchés subséquents ne doit pas dépasser le montant de l'accord-cadre.
- Si l'accord-cadre ne comporte pas de montant, il faut prendre en compte la valeur maximale estimée des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre.
- Si l'acheteur public fait une procédure adaptée qui s'inspire de l'accord-cadre, il n'est pas possible de passer des marchés subséquents dont le montant cumulé excède les seuils des procédures formalisées. Dans cette hypothèse, l'accord-cadre aurait dû être passé lui-même selon une procédure formalisée.

Le code prévoit un acte d'engagement pour les accords-cadres. Mais en quoi le candidat retenu à l'accord est-il engagé s'il ne dépose pas d'offre lors des procédures de concurrence des marchés qui en découlent ?

Les textes ne précisent pas que les titulaires d'un accord-cadre s'engagent à déposer une offre lors de la remise en concurrence préalable à l'attribution des marchés subséquents. Il est donc de l'intérêt de l'acheteur de prévoir expressément cette clause dans l'accord-cadre lui-même et de prévoir également les sanctions en cas de non-respect de cette obligation de proposer une offre lors des remises en concurrence : exclusion de l'accord-cadre, dédommagement, etc.

Un accord-cadre conclu sans minimum ni maximum peut-il donner lieu à la conclusion de marchés à bons de commande avec mini maxi sachant que le besoin exprimé s'affine lors des remises en concurrence ?

Tout à fait. Dans ce cas, la remise en concurrence n'est pas réalisée "lors de la survenance du besoin" mais plutôt de manière périodique, chaque période donnant lieu à l'émission de bons de commande selon les modalités prévues par l'accord-cadre.

Les accords-cadres permettent-ils d'imposer aux entreprises des prix plafonds (ou des fourchettes de prix) pendant toute la durée de l'accord ?

Les titulaires d'un accord-cadre sont liés par l'offre de prix formulée au moment de la conclusion de l'accord-cadre. Ce dernier peut prévoir des clauses d'évolution des prix à la hausse comme à la baisse ainsi que des fourchettes ou des prix plafonds qui joueront un rôle déterminant lors des remises en concurrence.

Si lors d'un accord-cadre, un des fournisseurs est défaillant, devons-nous relancer une procédure ou pouvons-nous continuer à travailler avec les fournisseurs restant du contrat cadre ?

Il n'est pas obligatoire de relancer une procédure. Si le nombre de titulaires restants est suffisant pour éviter de remettre en cause l'équilibre de l'accord-cadre, il est possible de ne poursuivre l'exécution qu'avec eux.

Quelles conséquences découlent du fait qu'un fournisseur n'honore que partiellement voire pas du tout une commande ? Doit-il être automatiquement exclu de toute consultation future ou cela dépend-il des règles initiales fixées dans l'accord ?

En cas de non-respect par un titulaire de ses engagements contractuels, il devra être fait application des sanctions prévues dans l'accord-cadre ou dans le marché subséquent. Il appartient donc au pouvoir adjudicateur de prévoir les sanctions qu'il souhaite pouvoir mettre en œuvre.

Lorsque l'accord-cadre est conclu sous la forme d'un acte d'engagement, cela signifie-t-il que les parties ne peuvent plus revenir sur les éléments définis dans cet acte d'engagement (article 11, 3ème alinéa) ? Cette forme engage-t-elle le maître d'ouvrage et les entreprises quant à la réalisation des prestations ?

L'acte d'engagement représente l'engagement contractuel des parties. Elles ne peuvent donc plus revenir sur ce qui y a été défini, sous réserve des modifications à caractère non substantiel autorisées par le 3° du III de l'article 76.

Un accord-cadre peut-il imposer aux titulaires de répondre aux marchés pouvant y faire suite ? Les prix proposés au titre de l'accord-cadre constituent-ils un plafond pour offres au marché aval, même lorsque le cahier des charges de l'accord-cadre doit être précisé au marché aval ?

Il est préférable d'introduire systématiquement dans un accord-cadre une clause selon laquelle les titulaires d'un accord-cadre sont tenus de proposer une offre pour chaque marché subséquent ainsi que les sanctions applicables en cas de non respect de cette obligation. C'est dans l'accord-cadre qu'il convient de préciser si les prix retenus sont fermes ou révisables, avec plafond ou avec plancher.

Pouvez-vous préciser la notion d'accord-cadre ? Un accord-cadre doit-il être déposé en préfecture ? Cela veut-il dire qu'il y a des conventions particulières dans son exécution ? Comment se formalise-t-il ?

Ainsi que l'indique l'article 1er du code, un accord-cadre a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. En d'autres termes il s'agit d'un cadre dans lequel s'inscrira la passation de marchés futurs. Ces marchés, dits marchés subséquents, seront conclus après remise en concurrence des titulaires retenus lors de la conclusion de l'accord-cadre. L'accord-cadre et ses

marchés subséquents, dès lors qu'ils atteignent le seuil de contrôle de légalité, devront être transmis au représentant de l'Etat.

Dans un marché à bons de commande ou un accord-cadre, est-il possible de fixer seulement un engagement minimum en montant ou en quantité (et pas d'engagement maximum) ?

L'article 76 ne mentionne expressément que deux cas : avec minimum et maximum ainsi que sans minimum ni maximum. Le fait de ne prévoir qu'un seul minimum dans le marché ou le contrat ne constituera pas, de ce fait, une violation des règles de mise en concurrence. Dans ce cas, le titulaire bénéficiera d'une garantie plus forte alors que le pouvoir adjudicateur sera tenu, pour l'évaluation de la procédure à mettre en œuvre, de se placer systématiquement dans l'obligation d'organiser des procédures formalisées.

L'accord-cadre n'est pas un marché public ni un contrat administratif au sens du CMP et de son instruction. Donc il échappe au délit de favoritisme visé au code pénal ? Le code pénal définit le champ d'application du délit aux seuls marchés et contrats administratifs. La loi pénale s'interprétant strictement.

L'accord-cadre est un contrat administratif ; en effet, même si la loi MURCEF indique que sont des contrats administratifs les marchés passés en application du code des marchés publics, une interprétation large de cette disposition permet d'assimiler au même régime les accords-cadres. Il serait étonnant de soumettre à deux régimes différents l'accord-cadre et les marchés passés sur son fondement.

Sur quels critères sélectionner les candidatures des sociétés en concurrence pour l'accord-cadre : en particulier peut-on se limiter aux seules garanties professionnelles et capacités financières ?

La prise en compte des seules garanties professionnelles et financières est insuffisante. La sélection des candidatures en accord-cadre se fait comme pour les marchés. Il appartient à l'acheteur d'indiquer dans l'avis de publicité les renseignements qu'il souhaite obtenir des candidats comme cela est prévu à l'article 45 et apprécie les candidatures dans les conditions définies à l'article 52. En outre, le pouvoir adjudicateur devra exiger la production d'offres qui seront sélectionnées à partir de critères définis conformément à l'article 53 du code.

Les accords-cadres ne risquent-ils pas d'être l'occasion de saucissonnage ?

Si saucissonnage veut dire manœuvre pour ne pas appliquer les procédures prévues au code, cela ne peut pas s'appliquer aux accords-cadres. En clair : si vous avez passé un accord-cadre selon les procédures prévues au-dessus des seuils parce que votre besoin total a été estimé, vous pouvez parfaitement passer autant de marchés que vous le voulez à l'intérieur de cet accord-cadre. On ne peut plus alors parler de saucissonnage. C'est en cela que l'accord-cadre est un outil qui vous offre une très grande souplesse dans l'achat.

Est-il possible pour les accords-cadres de choisir les meilleures offres sur la base d'un critère prix "taux horaires ou bordereaux de prix unitaires" ?

Si l'on en est au stade de l'AC lui-même, le prix peut être un critère de sélection, mais doit rester un prix indicatif. Il est plus probable que le prix lui-même devra être arrêté lors de la remise en concurrence en tenant compte, si tel est le cas, des précisions techniques apportées en application du 3° du III de l'article 76.

L'article 26 indique qu'un accord-cadre peut être passé dans le cadre de tout type de procédure : AOO, AOR, dialogue compétitif, concours ouvert/restreint, marché négocié, SAD et MAPA. Dans notre esprit, la notion d'accord-cadre se compare donc à la notion de marché forfaitaire, à bons de commande (dont elle est une espèce de variante), etc. Hors le BOAMP a rendu l'accord-cadre incompatible avec les concours ouverts et restreints. Est-ce une erreur d'interprétation de notre part ou de celle du BOAMP ?

Rien dans le code n'interdit de recourir à la procédure du concours pour la passation d'un accord-

cadre, l'article 76 renvoyant à l'ensemble des procédures prévues par le code.

Marchés subséquents

Les marchés subséquents à un accord-cadre qui dépasseraient le seuil des procédures formalisées doivent-ils faire l'objet d'une autorisation de l'assemblée délibérante au sens de l'article L.2122-21-1 du CGCT (dans la mesure où ils ne relèvent pas de la délégation de l'article L.2122-22 pour les marchés sans formalités préalables), ou bien doit-on considérer que l'autorisation donnée pour la signature de l'accord-cadre vaut aussi pour les marchés subséquents ?

Non. Le passage en assemblée délibérante se fait selon les conditions de droit commun et en fonction du degré de délégation prévue par l'assemblée délibérante.

Dans une collectivité locale, qui attribue les marchés subséquents à un accord-cadre passé selon une procédure formalisée ? Y a-t-il obligation de transmettre ces marchés au contrôle de légalité ?

Oui, s'ils sont supérieurs au seuil de 210.000 € HT. Une circulaire du ministère de l'Intérieur devrait venir préciser ces points.

Avec un accord-cadre, doit-on remettre en concurrence à chaque achat tous les candidats retenus ?

Oui, mais seulement les opérateurs économiques concernés par les fournitures à acquérir à l'issue de la remise en concurrence.

Sous quelles formes peuvent être remis en concurrence les différents candidats retenus pour un accord-cadre ?

Lors de la remise en concurrence des attributaires d'un accord-cadre passé au niveau européen, doit-on respecter un formalisme particulier (obligation de dématérialiser, attribution par la CAO, délibération du conseil municipal) ? Cette remise en concurrence peut-elle être adaptée ?

Lors de la passation d'un marché sur la base d'un accord-cadre, dans le cadre de la remise en concurrence des opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur peut-il négocier le cahier des charges avec les candidats ?

Si un accord cadre est passé par appel d'offres ouvert, cela implique-t-il que la passation des marchés subséquents doive respecter cette procédure et en conséquence que la négociation est interdite ?

Quelle est la procédure à utiliser pour passer les marchés d'application d'un accord-cadre ?

Faut-il s'attacher au montant des seuls marchés pour déterminer s'il y a passage en CAO ?

Si un accord-cadre est passé en appel d'offres, comment sont attribués les marchés subséquents dans les deux cas suivants :

- si le montant total annuel du besoin auquel ils répondent est supérieur au seuil des procédures formalisées ?

- si le montant total annuel du besoin auquel ils répondent est inférieur au seuil des procédures formalisées ?

Pour un accord cadre, si on utilise la procédure de l'appel d'offres, quelles sont les formalités de l'appel d'offres à reprendre pour la passation des marchés de l'accord cadre ?

Est-il possible que suite à un accord cadre, on puisse lancer des MAPA, des appels d'offres et des marchés à bon de commande pour des montants divers et des durées diverses ?

La deuxième étape de l'accord cadre est un marché public :

- est-ce que ce dernier doit être passé systématiquement selon les règles de procédure appliquées à l'accord cadre (exemple : si un AC est passé en AO alors obligation de passer le marché par AO) ?

- est-ce que la CAO intervient lors de l'attribution de chaque marché ?

- est-ce qu'un rapport de présentation doit être établi ?

- faut-il respecter le délai de 10 jours avant de pouvoir notifier le marché ?

Les marchés subséquents font l'objet d'une remise en concurrence simplifiée par laquelle le pouvoir adjudicateur demande aux titulaires de proposer une offre correspondant au besoin précisément défini. Les offres remises seront appréciées en fonction des critères définis dans l'accord-cadre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces critères peuvent être différents de ceux qui ont été appliqués pour la sélection des titulaires de l'accord-cadre lui-même.

Il appartient à l'acheteur de déterminer les délais ainsi que les formalités précises de la procédure en tenant compte du délai nécessaire pour l'élaboration des offres par les titulaires de l'accord-cadre.

Est-il possible d'envisager une négociation à l'occasion de la remise en concurrence des marchés passés sur la base d'un accord-cadre multi-attributaires ?

Dans ce cas-là, le code n'autorise pas la négociation. Vous devez remettre en concurrence sur la base des critères qui auront été arrêtés dans l'accord cadre.

J'aimerais avoir confirmation du principe selon lequel un marché conclu sur la base d'un accord-cadre peut avoir une date d'exécution postérieure à la date de validité de l'accord-cadre. Si oui, quelle est la limite de ce principe ?

La date d'exécution du marché passé sur le fondement de l'accord-cadre pourra dans certains cas être postérieure à la date de validité de l'accord-cadre mais ce dépassement devra rester raisonnable afin de ne pas prolonger abusivement l'accord-cadre. Le dépassement devra notamment être conforme aux délais habituels mis en œuvre par la profession concernée pour la réalisation de la prestation. En aucun cas, un marché subséquent ne pourra être conclu après la date d'expiration de l'accord-cadre sur lequel il se fonde.

Les critères de sélection des marchés suite à un accord-cadre doivent-ils être identiques à ceux de l'accord-cadre ?

Non, pas obligatoirement, mais ils doivent être fixés dans l'accord-cadre.

Si les titulaires d'un accord-cadre présentent tous une offre inacceptable, peut-on relancer une procédure de MAPA ou négociée ?

Si toutes les offres sont inacceptables, il sera possible de mettre en œuvre une procédure négociée. Le recours à une procédure adaptée ne sera possible que si le montant estimé global de l'accord-cadre est inférieur aux seuils des marchés formalisés.

Comment s'appliquent les règles de délégation de signature (marché à procédure adaptée ou délégation spécifique préalable) pour les marchés passés en application de l'accord-cadre ?

Il n'y a pas de règle spécifique aux accords-cadres. Les règles de délégation de signature s'appliquent conformément au CGCT pour les collectivités territoriales, au décret du 25 juillet 1985 pour les administrations de l'Etat. Elles sont fixées dans les dispositions statutaires des établissements publics.

Pour des marchés de transport d'enfants par taxi sans connaissance des besoins, je pensais pouvoir passer un accord cadre multi-titulaires avec les prix déjà fixés (cf. barèmes publics). Or l'accord-cadre impose la remise en concurrence, ce qui d'une part ne présente pas d'intérêt, et d'autre part, n'est pas possible dans le temps, la demande d'un taxi n'étant pas prévisible. Quelle solution préconisez-vous ?

La remise en concurrence pour un marché passé dans le cadre d'un accord-cadre peut se faire sur d'autres critères que le seul prix (disponibilité). Mais si, en l'occurrence, vous considérez que la remise en concurrence n'a pas de sens, vous pouvez utiliser le marché à bons de commande avec un ou plusieurs attributaires.

Pour les accords-cadres : l'article 76-III-5 précise que la remise en concurrence pour attribuer les marchés se fait sur la base des critères fixés dans l'accord-cadre. Peut-on alors

fixer les pondérations de ces critères dans les documents de la consultation de chaque marché à passer, et non dans les documents de la consultation de l'accord-cadre ?

Il est possible de définir une fourchette de pondération au moment de l'accord-cadre et de préciser la pondération au moment de la conclusion des marchés subséquents. Cette précision devra être portée à la connaissance des titulaires de l'accord-cadre lors de la remise en concurrence.

40. Marchés à bons de commande (article 77)

Un marché à bons de commande peut être conclu sans minimum ni maximum (article 77). N'y a-t-il plus aucune limite ?

L'article 77 ne fixe plus de conditions pour le recours au marché à bons de commande. Il appartient donc à l'acheteur d'apprécier si un tel marché peut lui permettre de procéder à un achat efficace, dans la mesure où les incertitudes qui pèsent sur la probabilité ainsi que sur le volume des achats se répercutent généralement sur le prix proposé par les prestataires.

Un marché à bons de commande peut-il être conclu uniquement avec un montant minimum ou uniquement avec un montant maximum ?

Oui. Si le marché ne prévoit pas de maximum, la procédure de passation à mettre en œuvre sera obligatoirement une procédure formalisée.

Pour les marchés à bons de commande passés avec plusieurs opérateurs économiques, donc sans remise en concurrence, comment se décide l'attribution de chaque bon de commande ? Dans le cadre d'un marché à bons de commande multi-attributaire, comment attribue-t-on les différents bons de commande puisqu'il n'y a pas de remise en concurrence (article 77) ?

Lors de la conclusion de marchés à bons de commande avec plusieurs prestataires, les bons de commande sont répartis entre les titulaires selon des modalités fixées au contrat. Pourriez-vous donner quelques exemples de ces modalités (répartition géographique, titulaire le mieux classé sollicité en premier, etc.) ?

L'attribution des bons de commande se fait selon les modalités expressément fixées dans le marché, par exemple, à tour de rôle, par ordre alphabétique, etc.

L'article 77 ne prévoit plus que le montant maximum d'un marché à bons de commande ne doit pas être supérieur à quatre fois le montant minimum. L'acheteur peut-il réellement fixer l'écart qu'il souhaite ?

Oui, vous avez désormais la plus totale liberté mais rappelez-vous que plus vous serez précis dans vos besoins, meilleures seront les offres.

Doit-on renseigner les marchés à bons de commande dans les avis européens comme étant des accords-cadres, puisqu'ils sont identifiés comme tels dans les directives et leur guide d'application et, par voie de conséquence, également dans les avis nationaux (obligation de similitude de renseignements) ?

Les marchés à bons de commande prévus à l'article 77 sont-ils des accords-cadres au sens de la directive 2004/18 ? Quelle case faut-il cocher dans l'avis de marché JOUE à la rubrique qui demande s'il s'agit "d'un marché public" ou de "l'établissement d'un accord-cadre" ?

Les accords-cadres au sens de la directive 2004/18 ont été transposés dans les deux notions françaises d'une part, des accords-cadres de l'article 76 et d'autre part, des marchés à bons de commande de l'article 77. Donc, pour un marché à bons de commande passé en application de l'article 77, il faut cocher dans la rubrique II-1-3 de l'avis de marché JOUE, la case "l'établissement d'un accord-cadre".

Je souhaiterais savoir si, dans le cadre d'un marché à bons de commande, vous considérez que l'engagement juridique correspond à la notification du marché ou bien à la signature du ou des bons de commande ?

L'engagement juridique correspond aux caractéristiques du marché notifié au titulaire. Les bons de commande sont eux une mesure d'exécution du marché.

L'absence de mini et de maxi impose-t-elle nécessairement le fait de joindre les besoins des années précédentes ?

Ce n'est pas une obligation mais plus l'information du candidat sera grande, plus il sera en mesure de proposer une offre intéressante. Cette information est un des éléments indispensables à la bonne définition des besoins.

Est-ce qu'il est possible de conclure un marché à bons de commande en dehors de la procédure de l'accord-cadre ou bien le marché à bons de commande est intrinsèquement lié aux accords-cadres ?

L'accord-cadre et le marché à bons de commande sont deux techniques distinctes d'achat. L'accord-cadre peut donner lieu à la conclusion de marchés à bons de commande, mais un tel marché peut tout à fait être conclu indépendamment d'un accord-cadre.

Quel est le devenir des marchés à bons de commande dévolus en lots identiques de l'ancien article 71-III, dont le recours était possible notamment en vue d'assurer la sécurité de l'approvisionnement ?

Pour ces situations, vous avez aujourd'hui un bien meilleur outil avec les accords-cadres, mais rien n'interdit d'utiliser le marché à bons de commande avec plusieurs attributaires lorsqu'il n'est pas nécessaire de prévoir des remises en concurrence.

Article 77 : "[...] l'émission de bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. [...] Le pouvoir adjudicateur ne peut retenir pendant [...] une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution se prolonge au-delà de la date limite de validité". Selon les objets, il est difficile d'exécuter les commandes pendant la durée de validité du marché. Comment gérer cette condition ? Cela veut-il dire que dans le mois qui précède la fin du marché, plus aucune commande ne pourra être émise si sa durée d'exécution est supérieure à un mois (par exemple) ?

Les bons de commande prévus par le marché ne peuvent être émis, en principe, que dans le cadre de la période d'exécution de ce marché. Ils peuvent donc être émis en fin de période de validité, à charge pour l'acheteur de s'assurer que leur durée d'exécution n'aura alors pas pour effet de prolonger abusivement le marché. Les précautions à prendre sont les mêmes que celles exposées précédemment pour les accords-cadres.

Dans le cadre d'un marché à bons de commande, peut-on contractualiser le catalogue de l'attributaire pour faire face à d'éventuels besoins non compris dans le bordereau de prix établi par la collectivité ?

L'acheteur doit définir son besoin avec précision préalablement à l'engagement de sa procédure. Il ne peut donc se contenter de contractualiser un catalogue pour faire évoluer son besoin, sans l'avoir défini lors de la mise en concurrence initiale.

Dans le cadre d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum, qu'advient-il de la possibilité de passer une commande hors marché à hauteur de 1% ? Comment déterminer le montant des commandes valablement passées hors marché ?

C'est toujours possible (article 77 III) mais cela suppose d'appliquer les 1% à une estimation sincère du montant prévisionnel du marché. La régularité de mise à exécution de cette disposition pourra être constatée lors de l'exécution complète du marché principal.

41. Marchés à tranches conditionnelles

Pour l'affermissement d'une tranche conditionnelle, l'article 72 impose une décision formelle du pouvoir adjudicateur. Pour une collectivité locale s'agit-il d'une délibération ou d'une simple décision écrite (ordre de service par exemple) du représentant légal de la collectivité ?

(l'autorisation initiale de signature du marché intègre par définition la ou les tranches conditionnelles)

L'affermissement d'une tranche conditionnelle relève de l'exécutif.

42. Systeme d'acquisition dynamique (SAD)

Le système d'acquisition dynamique est au sens du code une "procédure" mais qui ne figure pas dans le chapitre IV du titre III qui liste les différentes procédures de marchés publics. Comment donc définir le système d'acquisition dynamique ? S'agit-il d'une procédure formalisée au même titre que l'appel d'offres ouvert ? Comment en pratique notifier les marchés issus du système d'acquisition dynamique ?

L'article 26 indique bien que le système d'acquisition dynamique est une procédure formalisée. La notification consiste donc, comme le précise l'article 81, en l'envoi d'une copie du marché signé au titulaire.

Existe-t-il un guide sur la mise en place et le déroulement des systèmes d'acquisition dynamique ?

Une fiche sera bientôt disponible sur le site Internet du MINEFI, dans la rubrique "Marchés publics".

Quel est l'intérêt du SAD dès lors que l'on peut mettre en place la procédure de l'accord-cadre ?

Il s'agit de deux logiques d'achat différentes. L'accord-cadre est un programme d'achat ferme avec les titulaires qui ont formulé une offre assortie d'un prix, fût-il estimatif, alors que le système d'acquisition dynamique permet de faire évoluer tant les soumissionnaires que les offres jusqu'à la décision finale d'achat.

Un fournisseur dont la réponse est refusée, a-t-il le droit de renvoyer de nouvelles réponses jusqu'à ce qu'il soit accepté dans le SAD, ou bien un refus est définitif ?

Que ce soit la candidature ou l'offre qui est refusée, l'opérateur économique peut reformuler une nouvelle proposition lors de la publication de l'avis simplifié.

Peut-on passer un accord-cadre par le biais d'un SAD ?

Non, ce sont deux procédures différentes qui répondent à des logiques d'achat différentes.

Dans le SAD, comment gérer la candidature de nouveaux adhérents au SAD s'intégrant au moment de la remise des offres ?

Il appartient à l'acheteur de vérifier toute nouvelle candidature afin de contrôler qu'elle correspond bien aux critères qu'il a définis au départ. En outre, avant chaque nouveau marché, l'acheteur est tenu de faire une publicité au JOUE et attendre un délai de 15 jours.

L'article 78 spécifie qu'un SAD donne lieu à des "marchés spécifiques", or le même article 26 prévoit que le SAD donne lieu à des accords-cadres. Quelles options doit-on prévoir ?

L'article 26 ne prévoit pas que le SAD puisse donner lieu à des accords-cadres. Ce sont deux techniques d'achat différentes.

43. Rapport de présentation (article 79)

L'article 75 du code 2004 prévoyait que "tout marché ou avenant fait l'objet d'un rapport de présentation". Dans le code 2006, l'article 79 correspondant ne mentionne pas l'obligation de rapport de présentation pour les avenants. Quelle conduite tenir ?

Dans un souci d'allègement, la production d'un rapport de présentation n'a pas été rendue obligatoire pour tous les avenants. Il appartiendra donc aux acheteurs de décider lesquels selon leur importance méritent un minimum de commentaires. Plus le montant de l'avenant est important, plus ce commentaire devra se rapprocher d'un rapport de présentation.

Doit-on réaliser un rapport de présentation pour un avenant ? Dans la négative, cela s'applique-t-il aux avenants conclus depuis le 1er septembre 2006 ou aux seuls avenants aux marchés notifiés après le 1er septembre 2006 ?

L'établissement d'un rapport de présentation n'est plus obligatoire pour les avenants. Cela concerne les avenants aux marchés notifiés après le 1er septembre 2006.

L'article 79 du nouveau CMP concernant l'établissement du rapport de présentation dispose en son 8° que le rapport de présentation doit comporter "le cas échéant, les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché, un accord-cadre ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique". Cela correspond-il à une déclaration sans suite de la procédure ? Dans ce cas, cela signifie-t-il qu'une procédure classée sans suite doit désormais faire l'objet d'une transmission au contrôle de légalité ?

Cela correspond effectivement à une déclaration sans suite de la procédure. Cela étant l'obligation de transmission des rapports de présentation au contrôle de légalité ne concerne que les rapports transmis en même temps qu'un marché ; donc si la procédure de marché ne va pas jusqu'à son terme, le marché n'étant pas attribué, les documents le concernant n'ont pas à être transmis au contrôle de légalité.

L'article 79 relatif au rapport de présentation dispose qu'en cas de procédure dématérialisée, le pouvoir adjudicateur fournit, en outre, toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique. Quelles sont ces informations ?

Doit-on décrire tout le processus de mise en ligne, de retrait de DCE par les candidats, etc. ?

Le rapport doit effectivement indiquer toutes les informations sur le déroulement de la procédure : mise en ligne des avis, retrait par les candidats etc.

Le rapport de présentation des offres d'un marché présenté devant les membres de la CAO est-il communicable in extenso aux candidats qui en feraient la demande dans le cadre de la CADA ?

Dans la mesure où ce rapport peut contenir des éléments liés au secret industriel ou des éléments nominatifs, il ne peut être communiqué in extenso.

44. Rejet des candidatures et des offres

Est-ce que les nouvelles terminologies, qui s'appliquent aux offres que l'on considérait auparavant comme "non conformes" et qui maintenant sont soit " inappropriées", soit "inacceptables" ou "irrégulières" ne risquent-elles pas de créer des risques juridiques pour les pouvoirs adjudicateurs s'ils se trompent de terme dans leur courrier de motivation ou la CAO dans ces procès-verbaux ?

Il faut être vigilant dans la mesure où cela peut avoir des conséquences en termes de procédure applicable suite au marché infructueux (article 35-I-1 et 35-II-3). Afin d'éviter les confusions, le code a expressément donné la définition de ces notions par ailleurs inscrites dans les directives.

A quel moment de la procédure se fait l'information des candidats non retenus en procédure formalisée ?

L'information des candidats non retenus se fait à la fin de la phase de sélection des candidatures (articles 58-II ; 61-II par exemple).

Selon l'article 80, I, 1°, les candidats sont informés du rejet de leur candidature ou de leur offre "en indiquant les motifs de ce rejet alors que l'article 83 précise que, sur demande écrite, on communique aux candidats "les motifs détaillés" de ce rejet. Quel contenu doit avoir la réponse avec "motifs du rejet" par rapport aux "motifs détaillés" ?

Lors de l'information des candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre, la motivation peut être succincte. Il s'agira par exemple d'indiquer que la procédure a été déclarée sans suite pour motif d'intérêt général ou que la candidature a été rejetée parce qu'elle ne présentait pas des garanties

suffisantes. En revanche, sur demande des candidats, les motivations présentées de manière succincte devront être détaillées.

Lettres de rejet prévues par l'article 80 : quelles sont les modalités de computation du délai de 10 jours ?

Le délai de 10 jours commence à courir le jour de la notification de la décision de rejet aux candidats non retenus, concrètement cela correspond à la date de réception par le pouvoir adjudicateur du dernier accusé de réception de la lettre de rejet.

En vertu de l'article 80, il faut motiver le rejet d'une offre. Jusqu'à quel point en MAPA ?

L'article 80 ne s'applique intégralement qu'aux procédures formalisées. Même si elle n'est pas encadrée par les délais fixés à l'article 80, l'obligation de motiver les décisions de rejet prévue à l'article 80 s'applique au cas des procédures adaptées.

Article 80 - Pour les motifs de rejet indiqués dans la lettre négative, pouvons-nous indiquer le classement de leur offre ou faut-il rentrer dans plus de détails ?

Est-ce que la seule mention des notes, critère par critère, du candidat non retenu et du titulaire pourrait suffire à remplir l'obligation de motiver les rejets de candidatures ?

L'obligation de motiver "au premier coup" le rejet des candidatures/offres est-elle remplie même si l'entité adjudicatrice se contente d'informer la société de manière très laconique (exemple : votre classement = deuxième position donc votre offre n'a pas été retenue) ? En effet, les entreprises ont toujours la possibilité de demander les raisons du choix de l'administration ; or, si tout a déjà été dit, que préciser de plus ?

L'indication du classement global de l'offre peut suffire au stade de l'information des candidats du rejet de leur offre. Il conviendra d'entrer plus dans le détail, et notamment préciser le classement critère par critère ainsi que tout autre élément ayant justifié la décision de rejet si le candidat le demande (en vertu de l'article 83). Si la motivation a été spontanément donnée de manière complète lors de la notification de la décision de rejet, il pourrait être utile de le préciser aux intéressés.

En application de l'article 83, que doit préciser le courrier aux entreprises non retenues ?

Ce courrier doit indiquer les motifs détaillés du rejet de la candidature ou de l'offre et lorsque l'offre a été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53 (c'est-à-dire en cas d'offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables), les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

La notification du rejet d'une offre peut-elle se faire par fax pour gagner du temps et comptabiliser les 10 jours à compter de l'envoi du fax et donc de l'accusé de réception qui est immédiat ?

Il faut un accusé de réception papier pour faire courir le délai. Toutefois la nouvelle directive recours, actuellement en cours d'élaboration, devrait prévoir que le délai pourrait courir à partir de la date d'envoi d'un fax.

Je reviens sur l'obligation d'informer les candidats non retenus. Les courriers doivent partir une fois le choix du candidat fait. Faut-il néanmoins attendre que ce dernier ait fourni l'ensemble des pièces administratives demandées à l'article 46 du CMP ?

Concernant l'envoi du courrier aux candidats non retenus : à partir de quel moment peut-on leur envoyer ce courrier (doit-on attendre la délibération de l'assemblée délibérante) ?

L'envoi du courrier aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue doit se faire lorsque le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché a produit les attestations et certificats prévus à l'article 46. En effet, si l'acheteur n'attend pas l'accomplissement de ces formalités, pour informer les candidats non retenus, il ne pourra plus alors solliciter le deuxième candidat classé car celui-ci ne sera alors plus lié par son offre.

Lorsque le pouvoir adjudicateur (PA) décide de ne pas attribuer le marché ou de

recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision, etc. Seule la publicité permet en principe d'informer les entreprises du lancement d'une nouvelle consultation. Informer des candidats sur le fait que le PA recommence la procédure est-elle une exception à cette règle ?

Le fait d'avoir indiqué aux candidats les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ne dispense en aucun cas l'acheteur de procéder aux modalités de publicité requises lorsqu'il recommence la procédure.

D'après les dispositions de l'article 80 I 2° b), "ce délai n'est en revanche pas exigé (...) lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant proposé une offre qui répond aux exigences indiquées dans l'aapc ou les documents de la consultation". Cela pourrait-il signifier que des candidats qui ont vu leur offre jugée irrégulière seraient privés du délai laissé pour introduire un référé pré-contractuel dès lors qu'un seul candidat aura déposé une offre conforme ? Ou cela signifie-t-il simplement que la disposition s'applique lorsqu'un seul et unique candidat a remis une offre ?

L'hypothèse visée au b) du 2° de l'article 80 concerne les offres irrecevables dont les auteurs sont avisés en amont, dès la contestation de l'irrecevabilité. Les intéressés sont donc dès ce moment en mesure de contester la décision, bien avant que ne soit prise la décision d'attribuer le marché.

Lors de l'information du rejet des offres des candidats, doit-on les informer de la motivation du rejet de leurs offres ?

Oui, de manière succincte.

45. Execution et suivi des marches (paiement, pieces justificatives de la depense)

Pièces justificatives (PJ)

Les effets combinés des articles 11 et 81 et de l'article 4112 de la nomenclature des PJ obligent-ils le comptable à demander le contrat et la preuve de sa notification au-delà de 4.000 € HT ?

Selon l'article 11 du nouveau code des marchés publics, les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 4.000 € HT sont passés sous forme écrite : un contrat doit-il être produit au comptable comme pièce justificative et sous quelle forme ?

Article 11 du code : le comptable du trésor peut-il suspendre la prise en charge d'un mandat de dépenses, relatif à une commande de fournitures ou de services supérieure à 4.000 € HT, qui ne serait pas accompagné d'un marché écrit au titre des pièces justificatives des paiements des collectivités locales ? Un bon de commande signé par la collectivité et le fournisseur constitue-t-il un marché écrit ?

Peut-on continuer à payer sur simple facture au-delà de 4.000 € HT alors que le nouveau code stipule qu'un marché supérieur à 4.000 € doit être passé sous forme écrite ?

L'article 11 ne précise ni le formalisme ni le support qui doit être utilisé et par conséquent ne restreint pas le choix au seul support papier transmis par courrier. La justice reconnaît désormais la validité des transmissions électroniques, même si parfois, leur valeur probante n'est pas toujours équivalente. Ainsi, on peut en conclure qu'une télécopie ou un message électronique peut remplir la condition de l'écrit posée par l'article 11 du code. Bien évidemment, plus le marché sera complexe ou son montant important, plus les parties auront intérêt à détailler et à matérialiser par écrit leurs engagements réciproques.

Pour les marchés issus d'une procédure formalisée, il doit être produit au comptable, sauf dans le cas des marchés passés dans le cadre de l'article 35, II, 1° du code des marchés publics (urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait), un marché sous la forme d'un acte d'engagement signé des deux parties (cf. article 11, al. 2 et 3 du CMP). Ce marché doit comporter les mentions obligatoires listées à l'article 12. Il doit, sauf exception (article 35, II, 1°), être signé et notifié avant tout début d'exécution des prestations. La

notification consiste en l'envoi d'une copie du marché à son titulaire (cf. article 81).

Pour les MAPA, le comptable public n'est fondé à exiger un contrat que pour les prestations de maîtrise d'œuvre (cf. loi du n°85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP) ou s'il dispose d'une pièce justificative (facture) faisant référence à un contrat. Le comptable public est fondé à demander la production d'un écrit les encadrant pour tout marché comportant des clauses financières complexes (avance, acompte, etc.) sans pour autant que cet écrit soit nécessairement un contrat. Dans les autres cas, le comptable peut payer au vu de la simple facture, tout autre pièce n'étant pas nécessaire à ses contrôles réglementaires.

Avances

Régime des avances : au vu de l'article 87 - I, "une avance est accordée (?) supérieur à 50.000 € HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois". Cela signifie-t-il que pour les marchés supérieurs à 50.000 € HT mais dont le délai d'exécution est inférieur à deux mois, ces marchés ne sont pas soumis à cette obligation de versement d'une avance ? Dans le cas d'une opération allotie, le délai d'exécution à prendre en compte est-il le délai global de l'opération ou le délai d'intervention prévu individuellement pour chacun des lots ?

Le versement d'une avance n'est pas obligatoire lorsque le délai d'exécution est inférieur à deux mois. Toutefois, un marché peut prévoir le versement d'une avance même si elle n'est pas obligatoire. Chaque lot constituant un marché, il convient d'apprécier, lot par lot, si l'avance doit être versée.

L'avance forfaitaire a un caractère obligatoire. Est-il donc indispensable de cocher la case prévue à cet effet dans l'acte d'engagement, ou sommes-nous tenus de l'attribuer sans pour autant avoir été demandée ?

Le code ne prévoit plus d'avance forfaitaire. Pour un marché dont le montant excède 50.000 € HT et dont la durée d'exécution est supérieure à deux mois, l'avance doit être versée dès lors que le titulaire n'a pas expressément indiqué en refuser le bénéfice. A cette fin, l'avance doit, conformément au code des marchés publics (article 87, III, dernier alinéa), être expressément prévue au marché : "le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché. Ils ne peuvent être modifiés par avenant".

Pourquoi avoir fusionné avance forfaitaire et avance facultative ?

Pour simplifier le régime des avances.

Quel est l'impact des changements dans le domaine de l'exécution financière (exemple : régime des avances) ?

La disparition de l'avance forfaitaire et de l'avance facultative au profit d'une avance unique modulable selon les besoins constitue une simplification qui va dans le sens d'une harmonisation. Mais le principe reste le même : les acheteurs peuvent prévoir une avance jusqu'à 30% du montant initial TTC du marché, voire davantage si le titulaire constitue une garantie à première demande. Toutefois, l'avance ne peut dépasser 60% du montant initial TTC du marché.

Par ailleurs, le titulaire a désormais la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Toutefois, cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché, y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution (article 102).

Enfin, pour faciliter les cessions de créances, le pouvoir adjudicateur peut désormais délivrer aux entreprises payées directement dans le cadre d'un marché public soit un exemplaire unique du marché comme précédemment, soit un certificat de cessibilité, dont la forme est définie par arrêté (28 août 2006). Le certificat de cessibilité comporte les mentions strictement nécessaires à l'exécution correcte d'une cession ou d'un nantissement (cf. article 106) et constitue donc un

document moins volumineux.

Avances (article 115) : le CMP indique que le droit du sous-traitant est ouvert dès la notification du marché (article 115, 2°, 4ème alinéa). Comment appliquer cette disposition lorsque le délai d'exécution du marché ne part pas à la notification mais à un ordre de service de commencer les travaux ? Cela veut-il dire que le droit à l'avance pour le titulaire ou le(s) sous-traitant(s) devient exigible à la notification du marché ?

Le code prévoit que le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par le pouvoir adjudicateur.

S'agissant de l'avance prévue à l'article 87 - I alinéa 2 (marché à bons de commande d'un montant minimum supérieur à 50.000 euros HT), le délai d'exécution supérieur à deux mois est-il exigé ?

Oui. Toutefois, il est rappelé que le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où celui-ci n'est pas obligatoire.

Sous-traitance

Un candidat qui a indiqué dans son offre le nom de ses sous-traitants peut-il les modifier par la suite ?

Oui. Toutefois, s'il a fait valoir les capacités du sous-traitant à l'appui de sa candidature, il faudra qu'il puisse justifier que le nouveau sous-traitant dispose des mêmes capacités.

En cas de sous-traitance, quelles sont les pièces à fournir par le titulaire du marché ?

Le titulaire doit produire une déclaration mentionnant la nature des prestations sous-traitées ; le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ; le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ; les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ; les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

Le titulaire remet également au pouvoir adjudicateur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.

Sur la sous-traitance, que signifie "après le dépôt de l'offre" dans l'article 114-2 ? Avant ou après notification du marché ?

Cet alinéa envisage le cas où le titulaire propose un nouveau sous-traitant au marché après la remise des offres. Cela peut recouvrir deux hypothèses : soit entre le dépôt de l'offre et la notification du marché, soit après la notification du marché (ce sera le cas lorsque le sous-traitant est déclaré après la notification et que le titulaire doit quand même apporter les mêmes informations).

Le titulaire doit fournir au pouvoir adjudicateur les éléments qui lui sont nécessaires pour procéder à l'acceptation du sous-traitant et à l'agrément de ses conditions de paiement (remise d'une déclaration contenant ces renseignements). De surcroît, si l'exemplaire unique du marché (ou le certificat de cessibilité) lui a déjà été délivré, il doit impérativement établir qu'aucune cession ni aucun nantissement résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant.

Autrement dit, il doit restituer son exemplaire unique (certificat de cessibilité) pour qu'il soit réduit. Si cette restitution est impossible, il doit fournir soit une attestation du cessionnaire (ou du bénéficiaire du nantissement) précisant que le montant de la cession ou du nantissement ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant soit une mainlevée d'un montant tel que ce paiement direct est rendu possible.

Article 116

La réécriture de l'article 116 supprime des sécurités et alourdit la procédure de paiement du sous-traitant :

- suppression de la mise en demeure préalable du titulaire pour constater son accord tacite ou sa forclusion : ce dispositif inhabituel fait intervenir lourdement dans la sécurisation du

paiement la fiabilité de transmissions quadripartites (maître d'ouvrage, maître d'oeuvre, entreprise, sous-traitant), ce qui est contraire à la sécurité positive.

- création corollaire de l'obligation pour l'entreprise de notifier au maître d'ouvrage son refus (et ce sans délai) ce qui représente pour lui une contrainte forte, un alourdissement de procédure et un risque supplémentaire en cas d'omission.

Le nouveau système vise à mieux garantir et à accélérer le paiement du sous-traitant même lorsque le titulaire ne réagit pas dans les temps. L'article 116 prévoit en effet que le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour signifier son refus au pouvoir adjudicateur. Cette obligation de notifier son refus existait déjà dans le code 2004. Simplement, les délais de vérification du titulaire et du pouvoir adjudicateur ont été fusionnés pour accélérer la procédure. Il n'y a pas de risque particulier d'omission du titulaire en ce sens où il aura été saisi deux fois. Peut-on vraiment parler d'omission involontaire quand on s'abstient de répondre à deux demandes ?

Doit-on comprendre de l'article 116 que le maître d'ouvrage est tenu de payer le sous-traitant sans avoir demandé au titulaire s'il s'est opposé au paiement ?

Le maître de l'ouvrage doit s'assurer que le titulaire a eu connaissance de la demande de paiement du sous-traitant. Pour cela, le sous-traitant lui adresse la preuve que le titulaire a bien reçu sa demande de paiement (accusé de réception, récépissé ou avis postal). Pour sa part, le maître de l'ouvrage adresse au titulaire copie des factures présentées par le sous-traitant. En revanche, le maître d'ouvrage n'a plus à mettre en demeure le titulaire lorsqu'il s'abstient de répondre : si le titulaire n'a pas signifié son refus exprès à la fin du délai de 15 jours, le maître d'ouvrage est tenu de payer le sous-traitant.

Concernant le paiement du sous-traitant de l'article 116, le délai accordé au titulaire du marché pour prendre position sur la demande de paiement commence à courir alors même qu'il n'a pas reçu les pièces justificatives transmises par le pouvoir adjudicateur ? N'est-ce pas contraire à la loi de 1975 et cela n'ampute-t-il pas de beaucoup le délai de 15 jours dont il dispose ?

La demande de paiement que le sous-traitant envoie au titulaire doit être accompagnée de l'original des factures. Si nécessaire, le contrat de sous-traitance peut tout à fait le prévoir.

Ne pensez-vous pas que la procédure de paiement direct des sous-traitants mise en place par l'article 116 alourdisse excessivement la gestion de tels dossiers, au risque d'être contre-productive (le sous-traitant envoie sa facture au titulaire, il envoie sa facture à la collectivité après réception par le titulaire, la collectivité adresse une copie au titulaire, elle informe le titulaire des paiements) ?

Article 116 : suppression de la temporisation pour le sous-traitant pour s'adresser directement au maître d'ouvrage : cela met le maître d'œuvre en charge de la gestion d'un double flux et de la computation du délai de 15 jours, alourdissant de tâches administratives supplémentaires le rôle de ce concepteur, cette double facturation surtout est de nature à augmenter considérablement le risque de double paiement.

L'objectif poursuivi par la révision de la procédure du paiement direct est d'améliorer le sort du sous-traitant en lui laissant la maîtrise des envois et en réduisant les délais de réponse, alors qu'auparavant il restait tributaire de la diligence du titulaire.

Article 116 : la disparition de l'obligation pour l'entrepreneur de motiver son refus : cela supprime un droit de regard (certes minime) qu'avait le maître d'ouvrage sur la liquidation de la dépense sous-traitée.

Il y a toujours obligation de motiver le refus (article 8 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance). Il faut noter cependant que, lorsque le titulaire refuse le paiement, le maître d'ouvrage est tenu de ne pas payer le sous-traitant et d'attendre le règlement du litige : s'il paie sans attendre, il court le risque de devoir payer également le titulaire à l'issue du litige. A l'inverse, lorsqu'il y a accord ou silence du titulaire au terme du délai de 15 jours, le maître d'ouvrage dispose

de la possibilité de vérifier le service fait, au regard des travaux exécutés et des prix stipulés par le marché, et de tirer toutes les conséquences de ce contrôle.

Article 116 : introduction d'une formalité de transmission par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur des "factures" produites par son sous-traitant : cette disposition est-elle substantielle, peut-elle donner lieu à prolongation du délai de 15 jours imparti à l'entrepreneur, peut-elle motiver une qualification de comportement fautif du maître d'ouvrage en cas d'omission de sa part ?

Oui, cette formalité est substantielle, mais elle ne donne pas lieu à prolongation du délai. Le maître de l'ouvrage ne peut s'en dispenser, donc s'il ne s'acquitte pas de cette obligation, la faute du maître de l'ouvrage pourra être invoquée.

Article 116 : obligation pour le sous-traitant de libeller sa demande de paiement au nom du maître d'ouvrage : cela signifie-t-il la création d'une nouvelle pièce justificative du paiement pour accompagner ou pour remplacer l'attestation de l'entrepreneur exigée jusqu'à présent ?

Il ne s'agit pas de la création d'une nouvelle pièce justificative : auparavant, le titulaire adressait au maître d'ouvrage la demande qu'il avait reçue du sous-traitant, et qu'il revêtait de son acceptation. A présent, le sous-traitant adresse sa demande, libellée au nom du maître d'ouvrage, au titulaire du marché. Ce dernier signifie au sous-traitant et au maître de l'ouvrage son accord ou son refus. Le maître de l'ouvrage est destinataire, en parallèle, de la demande du sous-traitant accompagnée de la preuve de la réception de la demande par le titulaire. Il convient de préciser que si la demande de paiement, qui peut consister en une simple lettre, est libellée au nom du pouvoir adjudicateur maître d'ouvrage, les factures elles doivent toujours être libellées au nom du titulaire du marché.

Article 116 : le maître d'ouvrage n'a pas entre les mains l'outil de procéder à la liquidation de la dépense sous-traitée par substitution à l'entrepreneur et de délivrer l'attestation de paiement demandée autrement que dans des cas exceptionnels. En effet, le contenu fixé pour la déclaration initiale de l'entrepreneur ne comporte que la nature (évasive) des prestations sous-traitées et les conditions de paiement, ce qui est inutile si on ne dispose pas du cadre de décomposition du principal de la dépense.

L'acte spécial mentionne la nature des prestations sous-traitées et le montant maximum des sommes à payer directement au sous-traitant.

Article 116 : la procédure de mise en demeure préalable du titulaire peut-elle être rétablie par clause contractuelle ? Par ailleurs, le point de départ du délai de paiement du sous-traitant en cas de silence de l'entreprise principale est-elle fixée par l'article 116 ou par le décret du 21 février 2002, pour le calcul des intérêts moratoires à la charge du maître d'ouvrage ?

Non. Cette partie du code est prise pour application de la loi de 1975 relative à la sous-traitance. La procédure de mise en demeure qui prévalait dans le code 2004 ne peut être rétablie par une clause du contrat. Elle n'a d'ailleurs plus aucune utilité en raison des nouvelles dispositions de l'article 116. Elle est avantageusement remplacée par le paiement direct du pouvoir adjudicateur prévu au 5^e alinéa après transmission du dossier reçu du sous-traitant.

Le code 2006 prévoit trois cas pour le point de départ du délai de paiement du sous-traitant :

- la date de réception de l'accord du titulaire ;
- l'expiration du délai de 15 jours, si le titulaire n'a pas notifié de réponse ;
- la réception de l'avis postal, si le titulaire a refusé ou n'a pas retiré le pli que lui a adressé le sous-traitant.

Depuis le 1er septembre 2006, ce sont les dispositions de l'article 116 du code qui s'appliquent.

Avenants et décisions de poursuivre

Article 118 : dans le cas d'un marché à bons de commandes, avec mini-maxi, si le montant des prestations exécutées atteint le seuil maximum initial du marché, peut-on conclure un avenant autorisant la poursuite de l'exécution de ce marché ? Si oui, un nouveau seuil maximum doit-

il être défini ?

Oui, dans les limites prévues à l'article 20, c'est-à-dire qu'à moins de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché ou en changer l'objet.

Par ailleurs, l'article 118 indique que "dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée à la conclusion d'un avenant ". Autrement dit, il est nécessaire de passer cet avenant en amont, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être procédé à la poursuite de l'exécution des prestations tant que l'avenant n'est pas conclu et que celui-ci ne peut, en tout état de cause, être pris après la fin du marché.

Autres

Pourquoi avoir créé le certificat de cessibilité ?

La création d'un certificat de cessibilité, pouvant remplacer l'exemplaire unique du marché, répond au souci de simplifier les procédures de cession ou de nantissement de créances sur marché public. Quand le titulaire du marché veut céder ou nantir la créance résultant de son marché, la personne publique devait alors lui délivrer une copie de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, par elle, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché. Ce document, suivant les marchés, peut avoir un caractère volumineux ce qui ne facilite pas sa transmission entre les pouvoirs adjudicateurs, les titulaires des marchés, les cessionnaires des créances et les comptables publics concernés.

Le certificat de cessibilité dont le modèle est défini par l'arrêté du 28 août 2006 comprend, en deux pages standard et normalisées, les données nécessaires à l'exécution de ces opérations.

Pouvez-vous confirmer que l'exécution d'un marché débute avec sa notification, ceci dans le cadre de dossiers de consultation en cours, pour savoir de quel CMP ils dépendent (cf. 1.3 de la circulaire d'application) ?

L'exécution d'un marché débute bien à la notification, sauf si le marché en dispose autrement. Le marché peut en effet prévoir en effet que l'exécution commence de manière différée avec l'émission d'un ordre de service.

Ce qui compte pour déterminer le code applicable, c'est bien la date de notification du marché, et non la date d'exécution, puisque celle-ci est postérieure à la date de notification.

46. Recensement économique des marchés

Le recensement des marchés concerne-t-il tous les marchés : dès le premier euro ? Le recensement des marchés sera-t-il obligatoire pour tous les marchés ou accords-cadres supérieurs à 4.000 € ou uniquement sur les procédures formalisées ?

A partir du 1er janvier 2007, le recensement sera obligatoire pour tous les marchés et contrats d'un montant total HT, toutes tranches confondues et sur la durée maximale possible, supérieurs à 90.000 €.

La fiche de recensement s'applique-t-elle également aux MAPA ?

Oui, mais uniquement aux marchés d'un montant supérieur à 90.000 € HT. J'ai bien conscience de la contrainte que nous imposons aux acheteurs. Si nous voulons avoir une bonne visibilité sur l'impact économique de l'achat public dans notre pays, nous avons besoin de l'information la plus exhaustive possible. Cette information peut être utile à tous. Encore faut-il que tout le monde joue le jeu. Merci de votre collaboration !

Jusqu'à la mise en place de la nouvelle procédure de recensement au 1er janvier 2007, comment effectue-t-on le recensement ? Doit-on y intégrer les accords cadres et comment, les fiches de recensement étant obsolètes ?

Jusqu'au 31 décembre 2006, la fiche actuelle de recensement doit être remplie aussi pour les

accords-cadres, en remplissant tous les champs possibles : montant, acheteur, fournisseur, code CPV, forme des prix, etc.

A partir du 1er janvier 2007, une case spécifique sur la nouvelle fiche de recensement devra être cochée lorsque le marché est passé sur la base d'un accord-cadre.

Le recensement est imposé pour les marchés passés en application de la loi du 3 janvier 1991. Pourtant la majeure partie de cette loi a été abrogée. Quels sont désormais les marchés concernés ?

Les contrats qui restent soumis à la loi du 3 janvier 1991 (articles 9, 10, 11-1 et 11-2) sont les concessions de travaux, qui sont également dans le champ des directives marchés publics.

Le décret n°2006-1071 (recensement économique des marchés publics) prévoit en son article 2 que la fiche de recensement est transmise à l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP). Cet observatoire est-il opérationnel, et qu'en est-il de la transmission antérieurement effectuée auprès du comptable ?

L'Observatoire économique de l'achat public est opérationnel. Les fiches de recensement, en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs qui disposent d'un comptable public, sont transmises à ce dernier avec le dossier des pièces justificatives à l'occasion de la première demande de paiement.

Les acheteurs qui n'ont pas de comptable public transmettent les fiches par courrier postal à l'adresse suivante : Observatoire économique de l'achat public (OEAP) - MINEFI/DAJ/1C - Teledoc 321 - 6 rue Louise Weiss 75703 Paris Cedex 13.

Les formalités concernant le recensement économique au cours du premier trimestre de l'année suivante ont-elles changées ?

Il ne faut pas confondre les obligations statistiques relevant du recensement des marchés avec les obligations de transparence découlant de l'article 133 du code, par le biais de la liste annuelle des marchés passés l'année précédente.

Concernant cette liste, l'arrêté du 27 mai 2004 pris en application de l'article 133 a été remplacé par l'arrêté du 8 décembre 2006 publié au JO du 17 décembre 2006.

Concernant le recensement économique proprement dit, ses modalités ont fait l'objet d'une consultation publique en septembre et octobre 2006. Un arrêté déterminant ces modalités, prenant en compte les résultats de la concertation, a été soumis à l'Observatoire économique de l'achat public le 15 novembre 2006 : cet arrêté daté du 11 décembre 2006 et relatif au recensement économique de l'achat public a été publié au Journal officiel du 19 décembre 2006.

Les marchés sont recensés au fur et à mesure de leur notification, par l'envoi de la fiche de recensement aux comptables publics, en l'absence de ceux-ci directement à l'OEAP.

Dans le code, on parle d'obligations statistiques des marchés dévolus aux PME, comment cela s'organise-t-il ?

L'observatoire est chargé de fournir des statistiques spécifiques relatives aux parts des PME dans la commande publique. Les bases du recensement sont traitées par l'OEAP et croisées avec l'INSEE, qui permettent d'identifier de manière certaine des PME. Il n'est donc plus nécessaire de demander à l'acheteur ce type d'information. Ces fichiers enrichis font ensuite l'objet d'analyses statistiques et économiques.

47. Variantes

Que faut-il comprendre au sujet des variantes entre l'article 50 et l'article 157 ?

Le régime des variantes diffère selon qu'on est pouvoir adjudicateur (article 50) ou entité adjudicatrice (article 157). Pour les pouvoirs adjudicateurs, le silence de la part de l'acheteur dans l'avis de publicité vaut refus des variantes ; pour les entités adjudicatrices, le silence vaut acceptation des variantes. Cette différence est issue des directives elles-mêmes qui prévoient un traitement différent du silence de l'acheteur.

Lorsqu'un candidat propose des variantes qui n'étaient pas autorisées dans le DCE, les variantes sont-elles seulement irrecevables ou faut-il déclarer aussi l'offre de base non conforme ?

Le fait pour un candidat de proposer une variante alors que l'acheteur ne l'avait pas autorisée, conduit seulement à ne pas examiner la variante. En revanche, l'offre de base n'a pas à être rejetée pour ce motif, sous réserve qu'elle soit présentée de manière telle qu'elle soit bien dissociée de la variante.

Lorsque les variantes sont autorisées, doit-on classer indifféremment les offres de base et les variantes, ou procéder à deux classements différents ?

Dans le silence du nouveau code, comment s'articule désormais l'examen des offres de base et des variantes ? Y a-t-il toujours une chronologie d'examen offres de base puis variantes ? Le nouveau code ne spécifie pas la procédure de classement des offres en matière de variantes ; l'ancienne procédure (classement par offres de base puis classement des variantes puis comparaison des deux) est-elle remise en cause ?

Lorsque des variantes ont été proposées, la comparaison des offres et des variantes doit s'opérer séparément. Le choix s'effectue entre la meilleure offre de base et la meilleure variante. Les critères de choix des offres doivent être les mêmes pour l'appréciation des offres de base et celles des variantes. Il convient de préciser à ce sujet que pour que les variantes puissent être examinées, il faut qu'elles soient conformes au cahier des charges.

A l'inverse des variantes, les options ne sont pas prévues par le code des marchés. Peut-on malgré tout envisager lors d'une mise en concurrence ?

Alors que les variantes font l'objet de dispositions spécifiques à l'article 50 du code des marchés publics, celui-ci ne comporte aucune référence aux options.

Ce silence ne doit cependant pas être interprété comme une interdiction pour les acheteurs publics de prévoir des options. En effet, lorsque l'administration impose dans le dossier de consultation l'étude de plusieurs solutions techniques définies par le cahier des clauses techniques particulières (CCTP), on ne parle plus de variante mais d'option.

Point 4.4. de la circulaire d'application du code, il est mentionné : "les options sont des prestations complémentaires qui doivent être limitées de façon à ne pas fausser le jeu de la concurrence". Si ces options sont prévues dès la rédaction des avis et du DCE, en quoi peuvent-elles fausser le jeu de la concurrence ? Concrètement, comment doit-on les organiser dans un DCE (prévoir : un second acte d'engagement uniquement pour l'option ; délai de validité de l'option supérieure à celle de l'offre de base ; clause d'ajustement des prix spécifique, etc.) ?

Si l'acheteur rédige l'option d'une manière telle qu'une seule entreprise soit capable de fournir la technique demandée, cela aboutit bien à fausser le jeu de la concurrence.

Dans le cas d'offres avec variantes, deux possibilités existent, au choix de l'entreprise : soit le candidat établit des actes d'engagement séparés pour la solution de base et pour chacune des variantes, soit il établit un seul acte d'engagement sur lequel seront distinguées l'offre de base et sa variante. Dans le premier cas, le candidat devra signer tous les actes d'engagement.

Faut-il mentionner expressément dans le RC les exigences minimales que les variantes doivent respecter ? Ou bien peut-on lister les spécifications sur lesquelles porteront les variantes (exemple : délai de livraison) et préciser, de manière générale, que toutes les spécifications du CCTP ne figurant pas dans cette liste constituent les exigences minimales ?

L'article 50 du code des marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs de mentionner dans les documents de la consultation (avis d'appel public à la concurrence ou règlement de la consultation) les exigences minimales que doivent respecter les variantes. L'acheteur a le choix entre deux méthodes :

- soit il indique expressément les exigences minimales, qui peuvent se présenter sous forme de spécifications techniques ou concerner les délais. Ces exigences minimales peuvent être formulées de manière générale et n'ont pas forcément à être détaillées.
- soit l'acheteur liste les points sur lesquels les variantes peuvent porter ; les mentions non précisées dans cette liste constituent alors les exigences minimales qui ne peuvent pas être modifiées par la variante.

48. Entites adjudicatrices - Operateurs de reseaux

Le choix entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice est-il lié à la nature de l'achat ou à l'activité principale de l'acheteur public ?

C'est l'activité de l'acheteur à laquelle se rapporte l'achat en cause qui détermine si on agit en tant que pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice.

Selon vous, un syndicat mixte de transports en commun est-il une entité adjudicatrice ?

Cette activité est effectivement une activité d'opérateur de réseaux telle que définie à l'article 135. Lorsqu'elle est exercée par un syndicat mixte, elle entre bien dans le champ de la deuxième partie du code des marchés publics.

Une communauté de communes ayant compétence "assainissement et déchets" est-elle considérée comme étant pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice ?

La gestion des déchets ne figure pas parmi les activités d'un opérateur de réseaux. En revanche, l'assainissement figure parmi ces activités. Cette communauté de communes sera donc considérée comme une entité adjudicatrice pour tous les marchés ayant trait au traitement et à l'évacuation des eaux usées.

L'article 135 prévoit une extension de la qualification d'entité adjudicatrice aux activités d'assainissement dès lors que le pouvoir adjudicateur intervient dans le domaine de la production et de la distribution d'eau potable. Cette extension couvre-t-elle toutes les activités d'assainissement de l'entité adjudicatrice, y compris l'assainissement non collectif ?

Si par assainissement non collectif, on entend les prestations de service réalisées auprès des particuliers, ce type de prestation n'est pas en tant que tel une activité d'opérateur de réseaux. Pour savoir quelles règles appliquer, il convient d'appliquer les dispositions prévues au dernier alinéa de l'article 176 du code.

L'article 140 dispose : "les marchés et accords-cadres passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans un Etat membre de l'Union Européenne cessent d'être soumis au présent code, dès lors que la Commission européenne a constaté que, dans cet Etat, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité." Sous quelle condition peut-on recourir concrètement à cet article ?

Il n'est pas possible d'y recourir directement. Seul l'Etat peut faire cette démarche auprès de la Commission européenne. Une décision de la Commission du 7 janvier 2005 décrit les modalités d'application de cette procédure.

La procédure de marché négocié pour les entités adjudicatrices n'est pas décrite en entier. L'article 166-V s'arrête à la réception des offres. Et comme l'article 66 n'est pas applicable aux opérateurs de réseaux, que se passe-t-il et qui est compétent pour l'ouverture des offres, la négociation, l'analyse, la proposition de classement et l'attribution ?

Il s'agit d'une omission. Lors de la rédaction de la deuxième partie du code applicable aux entités adjudicatrices certains articles avaient été, dans les avants-projets, rédigés en ne mentionnant que les dispositions qui dérogeaient expressément aux dispositions des articles de la première partie. Or, il s'est avéré que cette méthode d'écriture du texte pouvait dans certains cas s'avérer difficilement compréhensible pour les utilisateurs du code et il a finalement été décidé de réécrire intégralement

certaines dispositions de la deuxième partie et d'exclure par conséquent l'application de l'article de la première partie.

Tel est le cas de l'article 166 qui se substitue à l'article 66 pour ce qui concerne la procédure négociée applicable aux entités adjudicatrices. Toutefois, dans le cadre de cet exercice de réécriture, il a été omis de reprendre à l'article 166 certaines des dispositions de l'article 66 qui étaient également applicables aux entités adjudicatrices, à savoir le V et le VI de ce dernier.

Il convient donc, dans l'attente d'une éventuelle correction, d'appliquer les dispositions manquantes de l'article 66, à savoir l'attribution par la commission d'offres pour les collectivités territoriales ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux.

En qualité d'entité adjudicatrice, l'article 169 vise les accords-cadres et les marchés à bons de commande. L'article 142 précise que les articles 76 et 77 définissant les accords-cadres et les marchés à bons de commande ne sont pas applicables aux entités adjudicatrices.

Le régime des accords-cadres est plus libre dans la directive secteurs (applicable aux entités adjudicatrices) que dans la directive classique (applicable aux pouvoirs adjudicateurs). C'est pourquoi seules s'appliquent aux entités adjudicatrices les dispositions figurant à l'article 169.

Quelle est la définition des accords cadres pour une entité adjudicatrice ?

L'article 1er s'applique aux entités adjudicatrices (cf. article 134 II) et donc la définition des accords-cadres qui y figure.

Quelles sont les entités exerçant une activité d'opérateur de réseau de transport par chemin de fer soumises au code des marchés publics ?

Il s'agit des régions qui sont responsables du transport ferroviaire régional et des autorités organisatrices de transports urbains, des départements organisateurs des transports scolaires ainsi que des collectivités territoriales exploitant des remontées mécaniques.

L'article 134 du code 2006 définit les entités adjudicatrices au travers de la notion d'activité d'opérateurs de réseaux. Puis le 5° définit l'opérateur de réseau en matière de transport. Une collectivité qui organise les services de transports scolaires (itinéraires, capacité de transport, fréquence de services) est donc opérateur de réseau et de ce fait entité adjudicatrice ? N'y a-t-il pas de contradiction avec les directives européennes dans ce domaine précis ?

Les départements, pouvoirs adjudicateurs, sont-ils des entités adjudicatrices quand ils exercent leur compétence "transports interurbains de personnes et transports scolaires" ?

Il ressort de la définition de l'article 135-5° qu'une personne publique agit en tant qu'opérateur de réseaux dès lors que deux critères tenant à l'existence d'un réseau et à la mise à disposition ou l'exploitation de celui-ci sont réunis. Dès lors, une collectivité territoriale qui organise le transport scolaire est opératrice de réseaux. Il n'y a aucune contradiction avec la directive qui a été strictement transposée.

Comment procéder à la computation des seuils quand un pouvoir adjudicateur est également entité adjudicatrice ? Faut-il se caler sur les règles les moins favorables ?

Il convient d'appliquer les règles prévues à l'article 176 pour savoir si le marché est passé en qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice ; la réponse à cette question préalable permettra ensuite de savoir quels seuils il faut respecter.

49. Formulaire

Quand les formulaires DC4 et DC5 seront-ils mis à jour ? Peut-on espérer une modification dans les meilleurs délais des imprimés de procès-verbaux pour les différentes CAO ainsi que les imprimés pour l'exécution des marchés ?

L'ensemble des formulaires est en cours de réexamen pour mesurer l'impact de la réforme 2006 sur leur contenu. La mise à jour des formulaires dits "EXE" sera probablement différée jusqu'à la

refonte des CCAG qui est en cours.

Les candidats peuvent-ils valablement remettre une candidature avec la version actuelle du DC5 ?

Non, il faut qu'il soit complété au regard des informations que demande l'acheteur public dans l'avis de publicité. Mais le nouveau DC5 sera très prochainement disponible sur le site du MINEFI.

L'article 42 du nouveau code se réfère aux mentions qui doivent être reportées au règlement de la consultation. Dans la mesure où l'arrêté du 10 juin 2004 a été abrogé par le nouveau texte, quelles sont désormais ces mentions ?

Les mentions à faire figurer dans le règlement de la consultation sont laissées à l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Elles fixent les règles d'organisation de la procédure et du choix des prestataires.

Devons-nous obligatoirement rédiger un règlement de consultation pour tous les marchés supérieurs à 4.000 € HT ?

L'article 42 prévoit que pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

50. Marchés d'assurances

En matière d'assurance, et sur la base de la circulaire du 18 décembre 2001, en cours de réécriture, dans la mesure où les réserves ne bouleversant pas l'économie du cahier des charges sont remises, peut-on se dispenser d'une solution de base pour lesquels les assureurs doivent répondre sans réserve, dès lors que leurs offres ne sont pas en contradiction avec les éléments intangibles (notion du CMP 2001) précisées au règlement de consultation ?

La remise d'une variante, lorsqu'elles sont autorisées, ne dispense pas les candidats de remettre une offre conforme à la solution de base ; l'intérêt de proposer une variante dans le domaine des assurances est de favoriser l'adéquation entre les besoins du pouvoir adjudicateur, tels qu'ils sont strictement déterminés par le cahier des charges, et les offres que les candidats peuvent remettre compte tenu de leur pratique et de leurs contraintes. Les variantes permettent d'élargir le choix du pouvoir adjudicateur à des solutions sur lesquelles les candidats pourront se montrer éventuellement plus compétitifs.

La future circulaire assurance pourra-t-elle envisager plus de cas pratiques, ne serait-ce que dans le cadre du groupement de candidat ? Envisagez-vous d'associer à cette étude les assistants indépendants au maître de l'ouvrage qui ne sont pas courtiers d'assurance ?

La future circulaire reprendra le cadre juridique de la passation des marchés publics d'assurances. Elle a été réécrite dans le cadre d'un groupe de travail mis en place par le ministre délégué aux Collectivités territoriales relatif aux marchés publics d'assurances, ce groupe étant constitué des associations représentant les collectivités territoriales et des assureurs.

En revanche, s'agissant des cas pratiques, il est prévu d'élaborer un "guide des bonnes pratiques des marchés d'assurances" qui aura pour objectif d'apporter des réponses plus concrètes aux problèmes rencontrés tant par les acheteurs que les assureurs en ce domaine.

En matière d'assurance, dans la mesure où les sociétés d'assurance sont sous le contrôle financier du ministère des Finances, ne pourrait-on pas alléger pour cette profession le formalisme de la première enveloppe administrative ?

La première enveloppe a pour objet d'apprécier la candidature et donc les capacités financières, techniques ou professionnelles par rapport à un marché précis. Il n'est pas possible de préjuger de la capacité de telle ou telle entreprise d'assurance sans vérifier, lors de chaque procédure, leurs capacités au regard du marché en question, les exigences en cette matière variant d'un marché à l'autre.

L'article 51 du CMP dispose que le groupement définitif doit être constitué dès la remise des

candidatures. Or en assurance, la pratique est inverse, le groupement de coassurance, de lignes successives d'assurances (etc.), se recherche souvent après une "attribution avec condition suspensive". Faire autrement, notamment pour des marchés complexes équivaut à créer des ententes, ou à organiser des procédures en contradiction avec le code. Comment peut-on se libérer de la contrainte de l'article 51, dans un contexte de faible concurrence ?

Les contrats de coassurance peuvent effectivement être proposés aux acheteurs publics par des groupements conjoints d'assureurs, à condition que le pouvoir adjudicateur ait expressément prévu la possibilité d'une coassurance. Mais le partage du risque entre coassureurs, établi sur la base d'un pourcentage de couverture attribué par le groupement à chacun de ses membres, doit être proposé au stade de l'offre. Il n'est pas possible de déroger à cette règle dans le cadre de la réglementation des marchés publics.

L'article 51.III dispose que le montant de la rémunération détaillée des prestations de chacun des membres d'un groupement conjoint doit être porté à l'AE. En matière d'assurance, il est très difficile d'obtenir cette ventilation entre la société d'assurance d'une part, et l'intermédiaire d'autre part (opacité des rémunérations, "marge arrière", etc.) en l'absence de cette information, le marché serait-il annulable ?

Le titulaire d'un marché d'assurances, c'est l'entreprise d'assurance ou le groupement d'assureurs. L'intermédiaire d'assurances n'est jamais titulaire du marché puisqu'il ne provisionne pas le risque. Il faut donc dès le stade du dépôt de l'offre que les assureurs indiquent la part du risque qu'ils entendent couvrir dans le cadre du marché. La circulaire de 2001 indique bien que "*Les clauses de tels contrats, qui doivent être établies dans le respect des dispositions du code des assurances, décrivent les engagements respectifs pris par l'apôriteur, les autres assureurs membres du groupement et l'assuré*".

Doit-on écarter l'offre d'un assureur qui aurait omis de répondre formellement à la solution de base (tarifier le risque de RC automobile) mais qui aurait mis en option ou en variante une tarification globale d'une offre intégrant la solution de base, et offrant en plus des garanties de dommages ?

Pour pouvoir valablement examiner une variante, il faut que le candidat ait présenté une offre de base.

En matière d'assurances, il est possible de prévoir une date d'entrée en vigueur du contrat antérieure à la date de notification. Dans quelle mesure ces dispositions, certes prévues par une loi, sont-elles conciliables avec le NCMP ?

Prévoir par une note de couverture que l'assuré sera immédiatement garanti sans attendre la rédaction définitive de la police n'est qu'une faculté offerte par le code des assurances. Il ne s'agit pas d'une obligation. Ainsi, quand le code des marchés publics ne permet pas de la mettre en œuvre, il convient de ne pas l'utiliser.

A priori, la date d'entrée en vigueur du contrat ne pose pas de difficulté particulière pour le renouvellement des contrats, puisqu'en anticipant la procédure de passation par rapport à la date de fin du contrat en cours, il n'y aura pas besoin de prévoir une date d'effet du contrat dès sa signature. Le marché prendra alors effet lors de sa notification, ou, s'agissant des collectivités territoriales, de sa transmission au représentant de l'Etat et de sa réception par ce représentant pour les établissements publics de santé.

En revanche, cela peut éventuellement poser problème pour les nouveaux contrats ou pour les contrats passés en urgence suite à une résiliation, situations dans lesquelles il y a besoin d'une couverture immédiate ; dans ce cas, on pourrait imaginer une dérogation aux règles du code des marchés publics, mais dans les limites des dispositions de valeur législative du CGCT et du code de la santé publique qui subordonnent le caractère exécutoire de certains marchés à la transmission (ou à la réception) du marché au représentant de l'Etat.

51. Article 49

Article 49 du CMP : le pouvoir adjudicateur a-t-il le choix ou l'obligation de verser une prime aux candidats qui auront fourni, conformément au RC, un échantillon, une vision 3D, (etc.) ? Quand doit-on considérer qu'il s'agit d'un "investissement significatif" ?

Les acheteurs ont l'obligation, lorsqu'ils demandent aux candidats de produire, à l'appui de leur offre des échantillons, maquettes ou prototypes qui demandent un investissement significatif, de verser une prime. Par investissement significatif, on entend en particulier ce qui constitue un début d'exécution de la prestation.

Serait-il possible que soient précisées les modalités de calcul de la prime prévue à l'article 49 ainsi que la date de son versement ?

Les modalités de calcul de la prime sont librement déterminées par l'acheteur, sauf lorsqu'on se trouve dans le cas du concours de maîtrise d'œuvre de l'article 74 (et 168 pour les entités adjudicatrices) qui prévoit les modalités précises de ce calcul.

S'agissant de la date, la prime est versée lorsque le marché est attribué.

L'article 49 autorise l'acheteur à exiger un échantillon mais aussi une maquette ou un prototype, ce que le code 2004 n'autorisait pas. De plus le code 2006 laisse l'acheteur décider si ces prestations sont "significatives" auquel cas, une prime est prévue. Ne pensez-vous pas que c'est légaliser des pratiques abusives récurrentes ?

Ces nouvelles dispositions ont précisément pour objectif de limiter ces abus en imposant le paiement de primes là où précédemment les acheteurs pouvaient exiger ces échantillons à titre gratuit.

La remise d'échantillon "classique", par exemple un produit d'entretien, entraîne-t-elle une indemnisation ?

Non, seuls ceux qui impliquent un investissement significatif doivent être indemnisés. Attention prime ne veut pas dire remboursement à l'euro près mais atténuation du risque financier pris par le candidat.

52. Petites et moyennes entreprises (PME)

Vous avez souhaité un code favorable aux PME. Or, il y a beaucoup plus de cas dans lesquels l'acheteur peut négocier sans publicité, remettre en concurrence sans publicité, etc. même si certains quotas peuvent être imposés si et seulement si l'acheteur en a la volonté. Les contrats PPP ont déjà laminé les PME, vous ne croyez pas que le code 2006 risque d'avoir le même effet ?

Les nouveaux cas de marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence prévus dans le code résultent de la stricte transposition des directives marchés publics.

Le code 2006 prévoit un grand nombre de mesures en faveur des PME : tous les marchés seront passés en lots séparés sauf si cet allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier ; l'absence de référence à de précédents marchés de même nature ne peut constituer un critère éliminatoire de candidature ; la nécessaire proportionnalité des critères de candidatures à l'objet et aux caractéristiques du marché est affirmée ; la possibilité d'un quantum de petites et moyennes entreprises parmi les candidatures admises à présenter une offre lorsque ce nombre est limité par l'acheteur public ; la possibilité de demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises ; l'obligation pour les acheteurs de mesurer et rendre compte des commandes passées aux PME est imposée.

53. Divers

Quand une entreprise a mal travaillé, avons-nous les moyens de ne pas la retenir dans une nouvelle consultation, et comment ?

Il est évident que les entreprises, dans leur dossier de candidature, ne feront pas état dans leurs références des marchés pour lesquels elles ont connu des difficultés provoquées par leur faute ou leur incompétence.

La possibilité pour les collectivités publiques de pouvoir systématiquement accéder aux informations relatives aux conditions dans lesquelles les candidats ont exécuté de précédents marchés, notamment lorsque ceux-ci ont suscité un contentieux, leur donnerait indéniablement une visibilité plus complète des entreprises et des dysfonctionnements susceptibles d'apparaître dans ce domaine.

Toutefois, cette possibilité apparaît difficile à mettre en oeuvre et c'est la raison pour laquelle les dispositions de l'article 45 du code des marchés publics, ainsi que l'arrêté du 28 août 2006 pris pour son application, qui fixent de manière limitative la liste des renseignements qui peuvent être demandés aux candidats, ne prévoient pas la possibilité de leur demander, au stade de la première enveloppe ou dans le cadre d'une négociation, des informations précises et certifiées exactes sur l'existence de contentieux concernant leurs précédents marchés, leur contenu et leurs résultats. En particulier, pour pouvoir procéder à une telle demande, il conviendrait de faire la distinction entre les contentieux qui ont pour origine les fautes ou l'incompétence de l'entreprise, et ceux qui ont pour origine certains comportements de la personne publique, en particulier le non-respect des délais de paiement ou la résiliation abusive du marché.

Concernant l'article 15 (marchés réservés), est-il pertinent de mettre en concurrence des CAT et des entreprises d'insertion entre eux ?

Oui, c'est même l'objet de l'article 15. Cet article n'a pas vocation à supprimer toute procédure mais seulement de la limiter à ces seules structures car sinon, elles ne seraient pas en mesure de remporter les marchés dans des conditions de concurrence normales. Le manuel d'application du code rappelle à cet effet que "*cette disposition ne dispense pas les acheteurs d'organiser, entre ces seuls organismes, une procédure de passation des marchés qui sera fonction des seuils fixés à l'article 26 et qui respectera les modalités de publicité prévues à l'article 40*".

La modification d'un groupement en cours de procédure est-elle possible seulement dans les procédures restreintes ? En effet, l'article 51 du CMP vise la date de remise des candidatures, date qui n'a pas lieu d'être dans les procédures ouvertes.

L'article 51 du nouveau code des marchés publics vise aussi bien l'appel d'offres ouvert que l'appel d'offres restreint, sachant qu'en appel d'offres ouvert, la date de remise des candidatures est aussi celle de remise des offres.

Est-il possible pour une société privée de réaliser les procédures des marchés publics en étant mandaté par les établissements publics. La rémunération peut-elle être liée à une partie fixe et à un pourcentage lié au volume d'achat réglé indépendamment par les candidats retenus, celle-ci étant précisée dans le règlement de consultation, et permettant ainsi aux petits établissements d'avoir accès à un service leur faisant gagner beaucoup de temps et surtout garantissant que tous leurs achats sont réellement mis en concurrence ? Est-ce possible pour les marchés de services, de fournitures et de travaux ? Cette procédure garantit également une transparence, une égalité de traitement, et un accès à tous les candidats sans discrimination.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent externaliser certains services liés à la passation d'un marché : définition du besoin, assistance à la dématérialisation. En revanche, il n'apparaît pas possible au regard du code que les phases de sélection des candidats et de passation des marchés puissent être confiées à un opérateur privé.

Le seul mandat possible entre pouvoirs adjudicateurs est celui prévu par l'article 8. Dans le cadre d'un groupement, un pouvoir adjudicateur peut confier la totalité de la procédure à un autre membre du groupement. Encore faut-il que ce dernier soit lui-même un pouvoir adjudicateur au sens du code, ce qui interdit à un opérateur privé d'être coordonnateur d'un groupement d'achat. Mais il peut en être membre sous réserve que le marché passé par les membres du groupement réponde bien également à ses propres besoins.