



**GUIDE DES BONNES PRATIQUES
POUR
LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

EDITION JANVIER 2020

Les évolutions réglementaires apportées au droit des marchés publics local depuis 2018¹ rendent nécessaires une nouvelle édition du guide de bonnes pratiques en matière de passation des marchés publics. Celle-ci intègre notamment des développements sur les assouplissements apportés par loi du pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du code polynésien des marchés publics précisée par l'arrêté n° 3111 CM du 24 décembre 2019.

¹ Loi du pays n° 2018-21 du 4 mai 2018 ; loi du pays n°2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du code polynésien des marchés publics ; arrêté n° 3111 CM du 24 décembre 2019.

SOMMAIRE

AVERTISSEMENT	7
PROPOS LIMINAIRE	10
PREMIERE PARTIE LE CHAMP D'APPLICATION	11
1 - QUI DOIT APPLIQUER LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?	11
1.1. LES PERSONNES PUBLIQUES SOUMISES AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS	11
1.2. LES PERSONNES PRIVEES SOUMISES AU CODE	11
2 - LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC ?	12
2.1. UN MARCHÉ PUBLIC EST UN CONTRAT	12
2.2. UN MARCHÉ PUBLIC EST CONCLU À TITRE ONÉREUX	12
2.2.1. L'existence d'une contrepartie	12
2.2.2. Le caractère onéreux du contrat joue un rôle prépondérant pour distinguer le marché public de la délégation de service public ou des subventions	13
2.3. UN MARCHÉ PUBLIC EST CONCLU AVEC UN OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE PUBLIC OU PRIVÉ	14
2.3.1. Qu'est-ce qu'un opérateur économique ?	14
2.3.2. L'opérateur économique peut être public ou privé	15
2.3.3. Les règles régissant la candidature publique	15
3 - LE CONTRAT EST-IL EXCLU DU CHAMP D'APPLICATION DU CODE DES MARCHES PUBLICS ?	16
3.1. LES EXCLUSIONS A RAISON DE LA QUALITE DE L'OPERATEUR	16
3.1.1. Les contrats de quasi-régie ou contrats « in house »	16
3.1.2. L'octroi d'un droit exclusif	20
3.2. LES EXCLUSIONS A RAISON DE L'OBJET DES MARCHES	20
3.3. LES CONTRATS METTANT EN OEUVRE UNE COOPERATION ENTRE ACHETEURS PUBLICS	21
3.3.1. Les contrats de coopération « public-public » prévus par l'article LP 123-3-2°	21
3.3.2. Les autres hypothèses de coopération entre personnes publiques	22
DEUXIEME PARTIE LA PRÉPARATION DE LA PROCÉDURE	23
4 - COMMENT L'ACHETEUR DOIT-IL DÉTERMINER SES BESOINS ?	23
4.1. LA DEFINITION DES BESOINS : UNE ETAPE CRUCIALE	23
4.2. DES SOLUTIONS EXISTENT EN CAS D'IMPOSSIBILITE DE DEFINIR PRECISEMENT LES BESOINS OU LES MOYENS D'Y SATISFAIRE	24
4.2.1. En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins	24
4.2.2. En cas d'incapacité à définir précisément les moyens propres à satisfaire les besoins	25
4.2.3. Dans les autres cas, le besoin doit être précisément défini	25
4.3. LES BESOINS DOIVENT ÊTRE DÉTERMINÉS PAR RÉFÉRENCE À DES SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES	25
4.3.1. Des stipulations destinées à influencer l'offre	25
4.3.2. Une orientation toujours respectueuse de l'égalité des candidats	26
4.3.3. Une application opportune pour la protection de l'environnement	26
4.4. LA POSSIBILITÉ DE DEMANDER DES PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES ÉVENTUELLES (PSE)	27
4.5. L'UTILISATION DES VARIANTES	28
4.5.1. Qu'est-ce qu'une variante ?	28
4.5.2. Quand proposer des variantes ?	28
4.5.3. Comment analyser les variantes ?	29
5 - QUELS SONT LE RÔLE ET LA COMPOSITION DE LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES (CAO) ?	29
5.1. SON RÔLE	29
5.2. SA COMPOSITION	29
5.2.1. Les CAO de la Polynésie française et de ses établissements publics	29
5.2.2. Les CAO des communes et de leurs démembrements	31
6 - ACHETER SEUL OU GROUPÉ ?	33

6.1. LA COORDINATION DE COMMANDES	33
6.2. LE RECOURS À UNE CENTRALE D'ACHAT	33
6.3. LE GROUPEMENT DE COMMANDES	34
7 - QUELLE FORME DE MARCHÉ ADOPTER ?	34
7.1. LE CHOIX DU MODE DE DÉVOLUTION DU MARCHÉ	34
7.1.1. L'allotissement	34
7.1.2. Cas de recours autorisés au marché unique	35
7.1.3. Les marchés de conception-réalisation (art. LP 326-1 et LP 326-2)	37
7.2. LES MARCHÉS « FRACTIONNÉS » ET LA PLANIFICATION DES MARCHÉS DANS LE TEMPS	38
7.2.1. Les marchés à bons de commande (art. LP 221-4)	38
7.2.2. L'accord-cadre (art. LP 221-5)	40
7.2.3. Les marchés à tranches conditionnelles (art. LP 221-3)	41
7.3. LES MARCHÉS RECONDUCTIBLES (ART. LP 215-1)	41
8 - COMMENT SAVOIR SI ON DÉPASSE UN SEUIL ?	42
8.1. REGLES COMMUNES A TOUS LES MARCHES QUELLE QUE SOIT LA NATURE DES ACHATS CONCERNES	42
8.1.1. Le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel est sans incidence sur le calcul des seuils	42
8.1.2. L'acheteur doit évaluer son besoin hors taxes, les seuils étant exprimés hors taxes.	43
8.1.3. L'acheteur doit évaluer son besoin en prenant en compte la forme particulière du marché qu'il envisage de conclure	43
8.1.4. L'acheteur doit tenir compte du mode de dévolution de son marché	43
8.1.5. L'acheteur doit prendre en compte la durée totale de son marché	44
8.1.6. L'acheteur doit effectuer son évaluation sans prendre en compte le coût des frais de transport maritimes ou aériens entre Tahiti et les autres îles de la Polynésie française.	44
8.2. NIVEAU DE COMPUTATION DES SEUILS	44
8.2.1. Le principe : l'évaluation au niveau de la personne morale	44
8.2.2. Cas particuliers	44
8.3. POUR LES MARCHÉS DE TRAVAUX : LES NOTIONS D'OUVRAGE ET D'OPÉRATION (ART. LP 223-5)	45
8.3.1. La notion d'opération de travaux	45
8.3.2. La notion d'ouvrage	46
8.4. POUR LES MARCHÉS DE FOURNITURES ET DE SERVICES : LE CARACTÈRE HOMOGENÈ (ART. LP 223-5)	46
8.4.1. Homogénéité en fonction des caractéristiques propres	46
8.4.2. Unités fonctionnelles	47
8.4.3. Survenance de besoins nouveaux	47
8.5. LA DÉTERMINATION DU MONTANT DU MARCHÉ EN L'ABSENCE DE PRIX VERSÉ PAR L'ACHETEUR PUBLIC	47
TROISIEME PARTIE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE	48
9 - QUELLES MESURES DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE ?	48
9.1. POURQUOI FAUT-IL PROCÉDER À DES MESURES DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE ?	48
9.1.1. La garantie du respect des principes de la commande publique	48
9.1.2. Le cas des offres spontanées	48
9.2. LA DETERMINATION DES MESURES DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE A METTRE EN ŒUVRE	49
9.3. EN DESSOUS DES SEUILS DE PROCEDURE FORMALISEE	49
9.3.1. Les marchés inférieurs au seuil de dispense des procédures	49
9.3.2. Les marchés supérieurs au seuil de dispense des procédures et inférieurs aux seuils des procédures formalisées : les marchés à procédure adaptée (MAPA)	50
9.4. AU DESSUS DES SEUILS DE PROCEDURES FORMALISEES	56
9.4.1. Quelles obligations en matière de publicité ?	56
9.4.2. Quelles obligations concernant la mise en concurrence ?	56
9.5. QUELQUES CAS PARTICULIERS	58
9.5.1. Le cas des marchés exonérés du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence au-dessus du seuil de 8 000 000FCFP HT	58
9.5.2. Le cas des marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet	58
10 - COMMENT SÉLECTIONNER LES CANDIDATS ?	58
10.1. QUI PEUT SE PORTER CANDIDAT ?	58
10.1.1. Le principe de la liberté d'accès à la commande publique	58
10.1.2. Les interdictions de soumissionner	59

10.2. LE DOSSIER DE CANDIDATURE	61
10.2.1. Présentation du dossier de candidature	61
10.2.2. Le contenu du dossier de candidature	61
10.3. QUE SE PASSE-T-IL SI LE DOSSIER DU CANDIDAT EST INCOMPLET ?	65
10.4. L'EXAMEN DES CANDIDATURES	65
10.4.1. L'admission des candidatures	65
10.4.2. Les capacités nécessaires à l'exécution du marché	67
10.4.3. Faciliter l'accès des « petites » entreprises et des entreprises de création récente à la commande publique au stade de la sélection des candidatures	68
11 - QUAND, POURQUOI ET COMMENT NÉGOCIER ?	69
11.1. DANS QUELLES HYPOTHÈSES PEUT-ON NÉGOCIER ?	69
11.1.1. En procédure adaptée	69
11.1.2. En procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence	70
11.1.3. Au-dessus des seuils des marchés formalisés, en procédure négociée avec publicité et mise en concurrence et dans les procédures de concours	73
11.2. QUELS SONT LES AVANTAGES DE LA NÉGOCIATION ?	73
11.3. QUELLES SONT LES CONTRAINTES DE LA NÉGOCIATION ?	74
11.3.1. La négociation n'échappe pas à l'application des grands principes	74
11.3.2. La limitation du nombre de candidats invités à négocier	75
12 - COMMENT MENER UN DIALOGUE COMPÉTITIF ?	75
12.1. LES CAS DE RECOURS AU DIALOGUE COMPÉTITIF	75
12.2. LA PROCÉDURE DU DIALOGUE COMPÉTITIF (ART. LP 324-2)	76
13 - COMMENT CHOISIR SON MAÎTRE D'ŒUVRE ?	77
13.1. EN PROCÉDURE ADAPTÉE	77
13.2. EN PROCÉDURE FORMALISÉE (ARTICLE LP 326-4)	77
14 - COMMENT CHOISIR L'OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE ?	78
14.1. DES CRITERES REpondant PERTINEMENT A L'OBJET DU MARCHE PUBLIC	78
14.1.1. Principes généraux	78
14.1.2. Comment choisir le ou les critères de sélection ?	79
14.1.3. La prise en compte du développement durable dans le choix des critères de sélection	80
14.2. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DES CRITERES	80
14.2.1. Pondération des critères	80
14.2.2. La transparence des modalités de sélection des offres	81
14.3. LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES	82
15 - COMMENT INTÉGRER DES PRÉOCCUPATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS L'ACHAT PUBLIC ?	83
15.1. LES PRÉOCCUPATIONS ENVIRONNEMENTALES	83
15.1.1. Prise en compte possible à toutes les étapes de l'acte d'achat	83
15.1.2. Des outils adaptables au niveau d'exigence de l'acheteur	84
15.1.3. L'exemple des véhicules à moteur	84
15.2. LES PERFORMANCES EN MATIÈRE DE DÉVELOPPEMENT DES APPROVISIONNEMENTS DIRECTS DE PRODUITS DE L'AGRICULTURE	84
15.3. LES PRÉOCCUPATIONS SOCIALES	85
15.3.1. Dans la définition des conditions d'exécution du marché	85
15.3.2. Au stade de l'attribution du marché	87
15.4. LES MARCHÉS RÉSERVÉS	88
16 - COMMENT ACHEVER LA PROCÉDURE ?	88
16.1. LA VERIFICATION DE LA SITUATION DE L'ATTRIBUTAIRE EN PROCEDURE ADAPTEE (ARTICLE LP 321-1)	88
16.2. L'INFORMATION DES CANDIDATS (ARTICLE LP 332-1)	88
16.2.1. Marchés formalisés	89
16.2.2. Marchés à procédure adaptée (MAPA)	90
16.2.3. En cas d'absence d'attribution du marché ou de lancement d'une nouvelle procédure (Art. LP 332-1-III)	91
16.3. LE DELAI DE SUSPENSION DE LA PROCEDURE	92
16.3.1. Quels sont les marchés concernés ?	92
16.3.2. Quels sont les délais à respecter ?	92

16.3.3. Quelles sont les modalités de computation des délais ?	92
16.3.4. Quelle mention particulière doit comporter la décision de rejet de l'offre concernant le délai de suspension observé par l'acheteur ?	92
16.3.5. Pourquoi respecter un délai de suspension ?	92
16.4. LA PUBLICATION D'UN AVIS D'INTENTION DE CONCLURE	93
16.4.1. Quels sont les marchés pouvant être concernés ?	93
16.4.2. Quelles sont les formalités à observer ?	93
16.5. LA NOTIFICATION DU MARCHE	93
16.5.1. Quelles sont les modalités de la notification des marchés passés selon une procédure formalisée ?	93
16.5.2. Quelles sont les modalités de notification des marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence ?	94
16.6. LA TRANSMISSION AU CONTROLE DE LEGALITE	94
16.6.1. Quels sont les marchés de la Polynésie française et de ses établissements publics à transmettre ?	94
16.6.2. Quelles sont les règles de transmission des marchés applicables aux marchés allotis ou fractionnés ?	94
16.6.3. Quels sont les marchés des communes et de leurs établissements publics à transmettre ?	95
16.7. L'AVIS D'ATTRIBUTION	95
16.7.1. Quels sont les marchés concernés ?	95
16.7.2. Dans quel délai, l'avis d'attribution doit-il être publié ?	95
16.7.3. Quel est l'intérêt de la publication d'un avis d'attribution ?	95
16.7.4. Quelles informations faire figurer dans l'avis d'attribution ?	96

Avertissement

Inspiré du guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics édité par la direction des affaires juridiques rattachée au Ministère de l'Economie et des finances, le guide des bonnes pratiques pour la passation des marchés publics de la Polynésie française a été rédigé à destination des acheteurs publics afin de faciliter la compréhension et la mise en œuvre des dispositions du nouveau code polynésien des marchés publics issues de la loi du pays n° 2017-14 du 13 juillet 2017 et de l'arrêté n° 1455 CM du 24 août 2017 elles-mêmes inspirées du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 en vigueur en droit national jusqu'au 1^{er} avril 2016.

Ce rapprochement du droit national et du droit local explique les raisons pour lesquelles le guide prend comme référence des analyses de la doctrine administrative ou est illustré par des décisions de la juridiction administrative développées ou rendues à l'occasion de la mise en œuvre de dispositions équivalentes en droit national à celle nouvellement introduites en droit local.

Ce guide n'a, comme son homologue national, aucune portée réglementaire.

Voulu complet sur tous les aspects de la passation des marchés publics, il n'a pas pour autant la prétention d'être d'ores et déjà exhaustif et de constituer, à lui seul, le manuel méthodologique ultime qui permettrait de répondre *ex ante* à tous les cas pratiques, toutes les hypothèses, toutes les interprétations et toutes les interrogations qui pourraient intéresser, pour ce qui le concerne, chaque acteur de la commande publique.

Ce guide a vocation à évoluer, pour tenir compte tant des modifications techniques que des besoins des utilisateurs. Il n'est que la première pierre d'un édifice d'accompagnement des acheteurs publics qui sera rapidement complété d'outils pratiques, tels que des modèles de formulaires par exemple, et enrichi des retours d'expérience et des éléments d'information que chacun des membres de la communauté polynésienne de l'achat public pourra contribuer à étoffer.



Liste des principales abréviations

- AAI : autorité administrative indépendante
- AAPC : avis d'appel public à la concurrence
- CAO : commission d'appel d'offres
- CGCT : code général des collectivités territoriales
- CJA : code de justice administrative
- CPMP : code polynésien des marchés publics
- JAL : journal d'annonces légales
- JOPF : Journal officiel de la Polynésie française
- LOS : loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française
- MAPA : marché passé selon une procédure adaptée
- MAP : marché public
- PF : Polynésie française

Propos liminaire

Sort des marchés publics en cours d'exécution ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée

La loi du pays n° 2017-14 du 13 juillet 2017 portant code polynésien des marchés publics et l'arrêté n° 1455 CM du 24 août 2017 relatif à la partie arrêtés du code polynésien des marchés publics entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

Des mesures transitoires ont été prévues par l'article LP 6 de la loi du pays précitée pour éviter les conséquences d'un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation ou en cours d'exécution.

Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée² ou un avis d'appel d'offres aura été envoyé à la publication dans la presse avant le 1^{er} janvier 2018, ainsi que les marchés notifiés avant cette même date, restent soumis aux seules dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2018, c'est-à-dire les dispositions de la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 et ses arrêtés d'application, tant pour leur passation que pour leur exécution.

Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau code.

² Par « marchés pour lesquels une consultation aura été engagée », on entend les marchés ne donnant pas lieu à la publication d'un avis d'appel d'offres dans la presse, tel est le cas par exemple des marchés passés selon une procédure négociée en application de l'article 31 de la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 qui donnent lieu à une simple consultation écrite des candidats susceptibles d'exécuter un tel marché.

Première partie

LE CHAMP D'APPLICATION

L'acheteur saura s'il doit appliquer le code des marchés publics, lorsqu'il aura répondu aux trois questions suivantes :

- 1° Est-il une personne soumise au code des marchés publics ?
- 2° Le contrat qu'il envisage est-il un marché public ?
- 3° Ce marché public entre-t-il dans le champ des exceptions prévues par le code ?

1 - QUI DOIT APPLIQUER LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ?

1.1. LES PERSONNES PUBLIQUES SOUMISES AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

L'article LP 121-1 du CPMP indique précisément quelles sont les personnes publiques soumises au code.

Il s'agit de :

⇒ La Polynésie française ;

Sont visés toutes les administrations ainsi que les organismes et institutions qui tout en disposant d'une certaine indépendance, sont dépourvus d'une personnalité juridique distincte de la Polynésie. Cela concerne : les services administratifs, les ministères, les autorités administratives indépendantes (AAI) créées en application de l'article 30-1 de la loi organique statutaire non pourvues de la personnalité morale comme l'Autorité polynésienne de la concurrence.

Sont également concernées les institutions de la collectivité et notamment l'Assemblée de la Polynésie française qui bien que dotée d'une forte autonomie ne dispose pas de la personnalité morale de droit public, à l'instar de l'Assemblée nationale³. Il en est de même du Conseil économique, social et culturel qui, dépourvu de personnalité morale propre, doit être, à l'instar du Conseil économique, social et environnemental national soumis aux dispositions du code des marchés publics⁴.

⇒ Les établissements publics à caractère administratif et à caractère industriel et commercial rattachés à la Polynésie française ;

⇒ Les communes de la Polynésie française régies par les dispositions de l'ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007 portant extension des dispositions des dispositions des première, deuxième et cinquième parties du code général des collectivités territoriales ;

⇒ Les établissements publics communaux tels que les régies personnalisées constituées en application des articles L. 2221-1 et R. 2221-1 et suivants du CGCT ou encore les centres communaux et intercommunaux d'action sociale (art. 2573-32 du CGCT) ;

⇒ Les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) constituées sous la forme de syndicats de communes (art. L.5212-1 et suivants du CGCT), les communautés de communes (art. L.5214-1 et suivants du CGCT) et les communautés d'agglomération (art. L 5216-1 et suivants du CGCT) ;

⇒ Les syndicats mixtes (articles L.5711-1 et 5721-1 du CGCT).

Ces personnes publiques sont dénommées par le code « *acheteurs publics* ».

1.2. LES PERSONNES PRIVEES SOUMISES AU CODE

En principe, les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application du code polynésien des marchés publics.

³ Ainsi, les contrats conclus par les assemblées parlementaires sont considérés comme étant passés « au nom de l'Etat » et régis par les prescriptions du code des marchés publics (CE Ass.5 mars 1999 Président de l'Assemblée nationale req.163328).

⁴ (Décision de la Cour de discipline budgétaire et financière n° 182682 du 23 avril 2012)

Il en va autrement dans les cas suivants :

- a) Lorsqu'une personne privée est mandataire d'une personne publique soumise au code, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du CPMP (article LP 121-1) ;
- b) Lorsqu'une association, personne morale de droit privé ne constitue qu'un « faux-nez » d'une personne publique, elle doit être considérée comme une association « transparente » et appliquer les règles des marchés applicables à cette personne publique⁵. Une personne privée doit être regardée comme « transparente » lorsqu'elle « *est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources* ». Elle doit alors être considérée comme un « service » de la collectivité dont elle dépend. Les prestations acquises par cette entité sont entachées de nullité dès lors qu'elles n'ont pas été passées conformément aux mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation des marchés publics applicable à la personne publique concernée. La méconnaissance de cette réglementation peut par ailleurs être constitutive d'un délit de favoritisme.

2 - LE CONTRAT ENVISAGÉ EST-IL UN MARCHÉ PUBLIC ?

La définition des marchés publics figure à l'article LP 122-1.

2.1. UN MARCHÉ PUBLIC EST UN CONTRAT

L'article LP 122-1 du CPMP indique que les marchés sont des **contrats** consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique et définissant à leur charge des obligations réciproques.

Une décision unilatérale par laquelle une personne impose une obligation à une autre ou obtient d'elle une prestation ne peut être un marché. A titre d'exemple, les réquisitions des moyens humains et matériels des entreprises dans le cadre pour les maires de l'exercice de leur pouvoir de police administrative générale (article L. 2212-2 du CGCT).

Il convient cependant de ne pas s'arrêter aux apparences c'est-à-dire aux qualifications retenues par les personnes en cause, mais d'apprécier la nature exacte du lien qui unit celles-ci. A titre d'exemple, l'octroi d'une subvention par une décision unilatérale mais prévoyant en contrepartie de son octroi, la réalisation de travaux au profit de la collectivité pourrait être qualifié de contrat de marché public (cf. 2.2.2.2).

L'objet du marché, qui précise le besoin de la personne publique, est un élément fondamental qui doit être défini avec précision.

Les marchés publics passés par la Polynésie française et les communes ainsi que par leurs démembrements respectifs ont le caractère de contrats administratifs⁶.

2.2. UN MARCHÉ PUBLIC EST CONCLU À TITRE ONÉREUX

2.2.1. L'existence d'une contrepartie

Le marché public est conclu « à titre onéreux » ce qui se traduit le plus souvent par le paiement d'un prix consistant en une somme d'argent versée par la personne publique en contrepartie de prestations réalisées à son profit.

Néanmoins, en l'absence d'un tel versement, le caractère onéreux peut résider dans la rétribution du contractant par d'autres formes de contreparties ne générant aucune dépense effective à la charge de la personne publique. Il peut s'agir de :

- Une rémunération en nature telle que la mise à disposition gratuite de terrain appartenant à la collectivité⁷.

⁵ CE 21 mars 2007 commune de Boulogne Billancourt, n° 2817961

⁶ cf. article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) dans sa rédaction applicable en Polynésie française telle qu'issue de la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 « Les marchés passés par l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, les îles Wallis et Futuna ou par leurs établissements publics respectifs ainsi que ceux passés par les provinces, les communes et les groupements de communes de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française ou par leurs établissements publics respectifs » ont le caractère de contrat administratif.

⁷ Cour administrative d'appel de Paris 19 mars 2013, req. 11PA01978.

- Une rémunération par un tiers résultant d'un abandon par l'acheteur des recettes nées à l'occasion de l'exécution d'un marché. A titre d'exemple, a été regardé comme un prix l'abandon des recettes liées à l'organisation d'un festival de musique confiée à une entreprise de spectacle⁸. De même, ont été regardés comme des « avantages à titre onéreux », l'autorisation d'exploiter à des fins publicitaires des mobiliers urbains et l'exonération du paiement d'une redevance d'occupation du domaine en contrepartie des prestations de fourniture, d'installation et d'entretien dudit mobilier⁹. Un contrat confiant à des huissiers de justice le soin de procéder au recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires, sans dépense directe de l'Etat alors que le cocontractant de l'administration est rémunéré par les frais de recouvrement réglés par le débiteur ou le condamné, est une prestation de service pour le compte de l'Etat avec une contrepartie constituée par un prix (CE 26 septembre 2012, n° 359389 GIE groupement des poursuites extérieures).

Attention : Le contractant ne peut librement encaisser les sommes en cause que si les recettes perçues sont la contrepartie de son activité commerciale. Lorsque les recettes générées peuvent être regardées comme des « recettes publiques »¹⁰, l'autorisation donnée au contractant de percevoir de telles recettes doit reposer sur une disposition normative et respecter les principes de la comptabilité publique.

Pour les communes et leurs établissements publics, ceux-ci ne peuvent, sauf dans le cas où la loi l'autorise spécifiquement, décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public, lequel dispose d'une compétence exclusive pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques en application de l'article L.2343-1 du CGCT applicable localement¹¹.

Pour la Polynésie française et ses démembrements, la compétence exclusive du comptable public s'oppose de la même manière à l'encaissement de recettes publiques par des tiers (article 76 de la délibération n° 95-205 AT du 23 novembre 1995), étant toutefois précisé que le Pays pourrait aménager la rigueur de ce principe dans les conditions précisées par le Conseil d'Etat¹².

2.2.2. Le caractère onéreux du contrat joue un rôle prépondérant pour distinguer le marché public de la délégation de service public ou des subventions

2.2.2.1. Les marchés publics se distinguent des délégations de service public

L'article LP 1 de la loi du pays n° LP 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics dispose « *[qu']une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie, sous son contrôle, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* »¹³.

Trois éléments cumulatifs permettent ainsi d'identifier une délégation de service public :

- L'instrument juridique : une convention entre personne publique et une personne publique ou privée ;
- L'objet de la convention : la gestion d'un service public ;
- L'élément financier : une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

L'élément financier constitue le critère essentiel de distinction du marché public et de la délégation de service public.

Lorsque « *la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation d'un service* », le contrat ne peut être qualifié de marché public. La liaison de la rémunération,

⁸ CE 23 mai 2011 Commune de Six-Fours-les-Plages req. 342520

⁹ CE 4 novembre 2005 Sté Jean-Claude Decaux, req. n° 247298

¹⁰ Sur la distinction entre recettes commerciales et recettes publiques, cf. CE sect. 6 novembre 2009, n° 297877, Sté Prest'action à propos d'un marché de services autorisant le contractant à percevoir les recettes issues de la commercialisation des encarts publicitaires dans un bulletin municipal et conclusions du rapporteur public Nicolas Boulouis, « si le contrat a pour objet de faire exécuter une recette », pour employer ses termes, c'est-à-dire de percevoir le produit d'une créance existante, alors une disposition d'habilitation est nécessaire. Si en revanche le contrat a pour objet de faire naître une recette par l'action du cocontractant alors, la disposition n'est pas nécessaire car le produit perçu n'est pas destiné ou affecté à un organisme public autrement que par le truchement du contrat ».

¹¹ En droit national, les dispositions des articles L. 1611-7 et suivants du CGCT issues de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 sont venues fixer le cadre dans lequel les collectivités territoriales métropolitaines peuvent confier des mandats en matière de recettes et de dépenses publiques en métropole. Elles n'ont pas été étendues en Polynésie française à la date d'édition de ce guide.

¹² CE avis n° 393209 du 16 mai 2017

¹³ La même définition figure à l'article LP 1 de la loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public des communes, de leurs groupements, de leurs établissements publics.

pour une part substantielle, qui peut ne pas être majoritaire¹⁴, aux résultats d'exploitation entraîne la qualification de délégation de service public.

Le caractère « substantiel » de la rémunération assurée par les résultats de l'exploitation doit être apprécié, non d'un point de vue quantitatif, mais, au regard de l'aléa financier qui caractérise, traditionnellement, le contrat de délégation de service public. Un tel lien est reconnu dès lors que le contrat fait peser sur le contractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation¹⁵.

2.2.2.2. Les marchés publics se distinguent des subventions

Tout contrat ou tout acte par lequel une personne publique verse une somme d'argent ne sera pas nécessairement un marché public.

Il pourra s'agir d'une subvention c'est-à-dire « une aide financière donnant lieu à des versements financiers » destinée à « soutenir l'activité générale » ou « la réalisation d'une action ou d'un programme d'actions du bénéficiaire »¹⁶ en faveur d'une personne publique ou privée.

Cependant, certaines subventions peuvent parfois dissimuler en réalité un marché public. C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence administrative a défini des critères de distinction permettant de différencier la subvention du marché public.

⇒ *L'initiative du projet.*

Dans le cadre d'un marché public, le prestataire agit à la demande d'une personne publique pour répondre aux besoins qu'elle a elle-même définis. La subvention, en revanche, est destinée à soutenir financièrement une action initiée, définie et mise en œuvre par un tiers, éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une autorité administrative.

⇒ *L'absence de contrepartie directe*

La collectivité, qui accorde une subvention, n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire. Lorsque l'administration bénéficie de prestations destinées à répondre à un besoin qu'elle a exprimé et que le versement effectué peut être regardé comme leur contrepartie, ce versement constitue un prix, quelle que soit la qualification qui lui est donnée par les parties : une subvention peut ainsi être requalifiée en prix et le contrat en marché¹⁷.

2.2.2.3. Les marchés publics et les autres contrats

Ne sont pas des marchés publics, les contrats qui excluent une rémunération du cocontractant et se caractérisent, au contraire, par le versement, par celui-ci, d'une redevance ou d'un prix à l'administration. C'est le cas des contrats d'occupation du domaine public, des ventes de biens domaniaux ou encore des offres de concours¹⁸.

2.3. UN MARCHÉ PUBLIC EST CONCLU AVEC UN OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE PUBLIC OU PRIVÉ

Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes, dotées chacune de la personnalité juridique.

2.3.1. Qu'est-ce qu'un opérateur économique ?

L'article LP 121-1 du code dispose que le cocontractant de l'acheteur doit être un opérateur économique, c'est-à-dire une entité, qui offre sur le marché la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services¹⁹.

Les contrats qui sont passés avec des entités n'exerçant pas une activité économique échappent à cette qualification.

Lorsque la nature de la mission confiée au contractant et les conditions d'exercice de celle-ci ne revêtent pas un caractère économique, le contrat à conclure peut être attribué sans mise en concurrence préalable²⁰.

¹⁴ CE 30 juin 1999 SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais)

¹⁵ CE 7 novembre 2008 Département de la Vendée, req. 291794

¹⁶ Cf. articles LP 1 et LP 3 de la loi du pays n° 2009-15 du 24 août 2009 définissant les conditions et critères d'attribution des aides financières et d'octroi de garanties d'emprunt aux personnes morales autres que les communes

¹⁷ CE 23 mai 2011 Commune de Six-Fours-les-plages précité

¹⁸ L'offre de concours est un contrat par lequel une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir, gratuitement, une participation à l'exécution de ces travaux. Cette participation peut être financière ou en nature (fourniture d'un terrain ou de main-d'œuvre ou réalisation de prestations).

¹⁹ La définition de l'opérateur économique figure à l'article LP 122-3.

Cette exception devrait connaître des applications très limitées.

En droit national, celle-ci a essentiellement connue des applications pour certaines prestations d'actions sociales²¹ ou pour certaines activités de prestations de conseil et d'assistance juridique accomplis par l'Etat au profit des collectivités dans le cadre de l'exercice de sa mission de garant de la légalité.²²

2.3.2. L'opérateur économique peut être public ou privé

Il n'existe pas en principe d'exception générale aux règles de publicité et de mise en concurrence qui serait fondée sur un critère organique et qui reviendrait à réserver un traitement de faveur aux contrats conclus entre deux personnes publiques. Ces contrats qui donnent lieu à l'accomplissement d'une prestation rémunérée sont donc soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence²³.

La conclusion d'un marché public peut donc se faire tout aussi bien avec une personne privée qu'avec une personne publique. La candidature d'une personne publique a toutefois été progressivement encadrée par la jurisprudence administrative.

2.3.3. Les règles régissant la candidature publique

2.3.3.1. Condition de l'admission d'une candidature d'une personne publique

Une personne publique peut candidater à l'attribution d'un marché public à la condition que cette candidature réponde à **un intérêt public** c'est-à-dire qu'elle doit constituer « *le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission* »²⁴.

2.3.3.2. Modalités de présentation de la candidature

Une fois que la candidature a été admise dans son principe, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises, afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique et le droit de la concurrence. La personne publique qui soumissionne, devra être en mesure de justifier, si nécessaire par la production « de documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié » :

- que le prix proposé a été déterminé, en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat,
- qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer ce prix, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens (subventions directes par exemple) qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public²⁵.

Ainsi, la candidature de l'Institut géographique national, établissement public à caractère administratif de l'Etat a été regardée comme n'étant pas de nature à fausser la concurrence, dès lors que :

- son régime fiscal est comparable à celui des entreprises privées lorsqu'il accomplit des activités entrant en concurrence avec des entreprises privées,
- il justifie au moyen d'un document établi à partir de sa comptabilité analytique des conditions d'établissement de son prix.

²⁰ Le Conseil d'Etat a jugé que les collectivités publiques peuvent ne pas passer un marché public » lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel » (CE 6 avril 2007 Commune d'Aix en Provence).

²¹ CE, Assemblée 23 octobre 2003 avis numéro 369.315 association Jean-Moulin.

²² CE Assemblée 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris n° 275331.

²³ CE 20 mai 1998 n° 188239 Communauté de communes de Piémont de Barr

²⁴ CE, Ass. 30 décembre 2014 Société Armor SNC, req. 355563 ; Conseil d'Etat 14 juin 2019, Société Vinci Construction maritime et fluvial, req. n° 11444.

²⁵ CE Avis 8 novembre 2000 Société Jean-Louis Bernard Consultants, req. n° 222208 : à, propos de la candidature de l'IGN établissement public à caractère administratif à une procédure de marché relatif au renouvellement du système d'information géographique lancée par le district de l'Agglomération dijonnaise ; CE, Société Armor SNC, req. 355563 précité.

3 - LE CONTRAT EST-IL EXCLU DU CHAMP D'APPLICATION DU CODE DES MARCHES PUBLICS ?

Certains contrats, bien que répondant à la définition de marché public, sont exclus du champ d'application du code. Ces exclusions sont énumérées aux articles LP 123-1, LP 123-2 et LP 123-3.

3.1. LES EXCLUSIONS A RAISON DE LA QUALITE DE L'OPERATEUR

3.1.1. Les contrats de quasi-régie ou contrats « in house »

Il n'y a de marché que conclu entre deux personnes juridiquement distinctes. Réciproquement, une personne publique ne peut en principe passer une commande à une autre personne publique, qu'en la mettant en concurrence dans le cadre de la conclusion d'un marché.

Il est cependant des cas où deux personnes morales distinctes entretiennent des relations si étroites qu'on peut les assimiler à deux services relevant d'une même personne. Ces cas sont envisagés aux articles LP 123-1-I et A 123-1 et A 123-2 du CPMP.

L'exception de quasi-régie ou « in house » procède de l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire d'exiger la mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre une personne publique et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale est placée sous son étroite dépendance et constitue un simple prolongement administratif de celle-ci.

Aux termes de l'article LP 123-1, pour que les relations entre ces deux personnes relèvent du contrat « in house », trois conditions cumulatives doivent être réunies :

3.1.1.1. Un contrôle « analogue »

L'acheteur exerce sur le contractant, le cas échéant de façon conjointe avec d'autres acheteurs publics, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

La notion de contrôle analogue est précisée par l'article A 123-1. Ainsi, un acheteur public « *est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* ».

L'exercice d'un contrôle analogue sur la structure par l'acheteur impose **une analyse au cas par cas des modalités d'organisation ou de fonctionnement de la structure**. Le « contrôle » renvoie à l'idée de direction et doit se traduire par un lien de dépendance institutionnelle très fort. Certains indices peuvent être considérés comme décisifs, comme par exemple :

- la désignation de plus de la moitié des membres de l'organe d'administration ou de direction²⁶ de l'entité contrôlée ou du dirigeant par l'acheteur public ;
- l'absence d'autonomie de l'entité contrôlée dans son fonctionnement et son activité notamment les prestations qu'elle doit exécuter, leur contenu et leur tarif.

La composition du conseil d'administration d'un grand nombre d'établissements publics de la collectivité prédispose ces derniers à la reconnaissance d'un contrôle analogue (beaucoup d'établissements publics disposent d'un conseil d'administration composé quasi-exclusivement de membres du gouvernement ou désignés par le conseil des ministres), mais une analyse des textes institutifs demeure toutefois indispensable.

L'article LP 123-1 dispose que le contrôle peut être exercé conjointement par plusieurs acheteurs publics. Il en est ainsi lorsque plusieurs d'entre eux participent conjointement à la création d'une structure leur permettant d'assurer en commun la mise en œuvre d'une mission de service public. Tel peut être le cas dans le cadre d'une association créée à l'initiative de plusieurs personnes publiques²⁷, d'un groupement d'intérêt public²⁸ ou

²⁶ CAA Paris 30 juin 2009 n° 07PA02380 Ville de Paris

²⁷ CE section, 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence : Est un prestataire in house, l'association pour le cinquantenaire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence qui réunit les conditions suivantes :
- créée par l'Etat, une région, un département et une commune
- objet statutaire exclusif : programmation et organisation du festival international d'art lyrique
- CA : 15 membres dont 11 désignés par les collectivités publiques
- Ressources : pour moitié constituées de subventions + autres aides (mise à disposition de locaux + garantie d'emprunt.
CE section 01 07 2016 Syndicat d'agglomération nouvelle de Marne-la-Vallée

d'organismes à capital exclusivement public, comme les sociétés publiques communales (SPL dont la création est désormais autorisée par l'article L. 1864-1 du CGCT).

Dans les sociétés à capital entièrement public comme les SPL réunissant au moins deux acheteurs publics, la condition de contrôle analogue est remplie lorsque chaque acheteur participe tant au capital qu'aux organes de direction de la structure créée²⁹.

La participation d'un acheteur aux organes de direction peut toutefois être exercée de manière indirecte, une même personne pouvant aux termes du a) de l'article A 123-1 du code représenter plusieurs acheteurs publics. Tel est le cas par exemple lorsqu'il est fait application du mécanisme de l'assemblée spéciale prévu par l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales³⁰ (CGCT) pour la représentation des communes membres d'une société publique communale.

La reconnaissance d'une relation de quasi-régie est désormais possible lorsqu'une entité confie la réalisation de prestations à une autre personne morale toutes deux contrôlées par le même acheteur public³¹. Tel est le cas par exemple, des contrats de prestations passés par un établissement public au profit d'un autre établissement public tous deux rattachés à la Polynésie française et soumis à un contrôle analogue de celle-ci.

Trois hypothèses de situation de quasi-régie sont donc désormais envisagées par le code (cf. logigrammes à la fin de la présente rubrique) :

- La quasi-régie simple descendante
- La quasi-régie conjointe descendante
- La quasi-régie simple horizontale dite « entre sœurs » (nouvelle exclusion).

3.1.1.2. Le cocontractant est un opérateur dédié

Cette condition sera remplie si le contractant réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre de l'exécution de tâches confiées pour le ou les acheteurs qui le contrôlent ou au profit d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes acheteurs.

Doivent ainsi comptabilisés dans le pourcentage d'activités réalisées par l'entité dédiée non seulement les tâches confiées par l'acheteur qui la contrôle, mais également les tâches confiées par d'autres personnes morales que l'acheteur contrôle.

A titre d'exemple, devraient être prises en compte les tâches réalisées par un EPIC en situation de contrôle analogue à l'égard de la Polynésie française mais également celles qu'il accomplit au profit d'EPA également contrôlés par la Polynésie française.

La part des activités effectuées au profit d'autres personnes ne doit donc pas représenter plus de 20% de ses activités.

L'article A 123-2 précise que le pourcentage d'activité de 80% réalisé par l'entité dédiée doit être déterminé en tenant compte du chiffre d'affaires total moyen sur les trois derniers exercices comptables précédant l'attribution du contrat. Lorsque les éléments tirés du chiffre d'affaires sur les 3 dernières exercices ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents en raison de la date de création de la structure ou la date de début de ses activités, le calcul doit se baser sur une estimation vraisemblable pouvant résulter des projections d'activité.

Dans l'hypothèse particulière où plusieurs autorités publiques détiennent l'organisme contrôlé, l'activité à prendre en compte est celle que l'entité réalise avec l'ensemble des acheteurs publics et non avec tel ou tel acheteur public.

Est un prestataire in house, l'association centre art et de culture de marne la vallée :

Crée par le syndicat et l'Etat pour gérer le centre d'art

-Objet statutaire : réalisation de mission de SP

-AG et CA comprenant majoritairement des représentants de l'Etat du SAN et d'autres personnes morales de droit public

-Financement essentiellement d'origine publique, la part des recettes liées aux résultats d'exploitation du centre étant comprise entre 14 et 22%.

²⁸ A titre d'exemple, est un prestataire in house un GIP crée à l'initiative de plusieurs établissements hospitaliers et un syndicat inter hospitalier dont l'objet est de leur fournir les prestations dont ils ont besoin, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'ils exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leur propre service CE 4 mars 2009 Syndicat national des industries d'information et de santé.

²⁹ CE 6 novembre 2013, n° 365079 Commune Marsannay-la-Côte.

³⁰ Selon ce mécanisme, les collectivités ne pouvant être directement représentées au conseil d'administration d'une SPL en raison de leur faible participation au capital peuvent se regrouper en assemblée spéciale et bénéficier collectivement d'au moins un siège au CA.

³¹ Loi du pays n° 2018-21 portant modification du code polynésien des marchés publics.

3.1.1.3. Les capitaux privés

Le cocontractant ne comporte pas, en principe, de participation directe de capitaux privés.

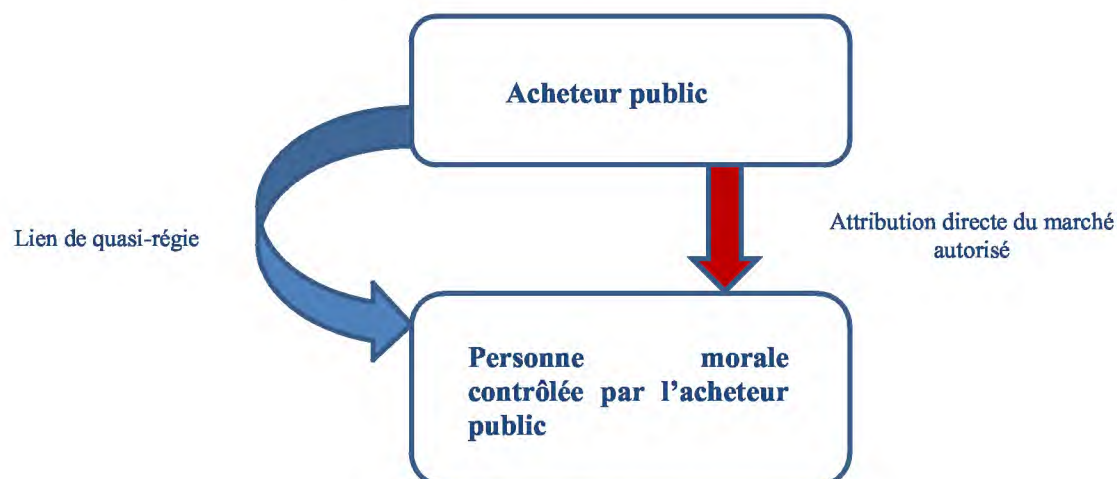
Les participations directes de capitaux privés pourront toutefois être admises dès lors que les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- Les capitaux privés ne doivent conférer aucune capacité de contrôle ou de blocage des décisions de l'entité ;
- Ces formes de participations de capitaux privés sont requises par loi ou une réglementation locale ;
- L'actionnaire privé ne peut exercer une influence sur l'entité contrôlée.

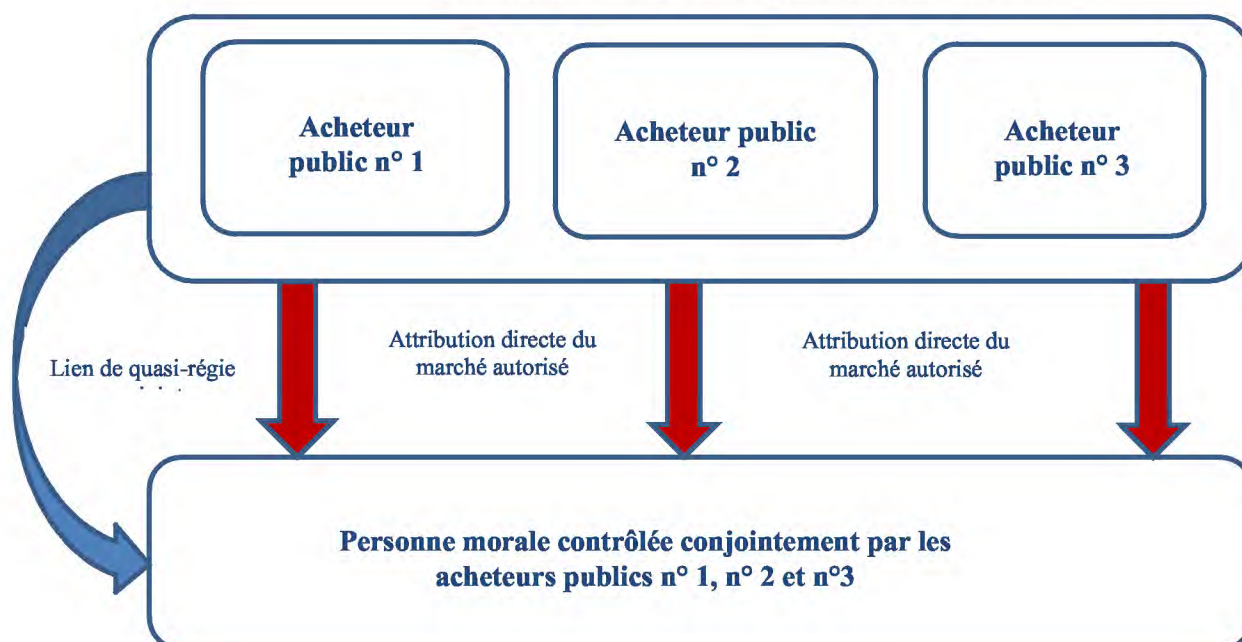
La question de savoir si cette hypothèse permettrait de faire bénéficier les sociétés d'économie mixte locales de l'exception des contrats de quasi-régie n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence administrative. La doctrine administrative, quant à elle, sur la base de dispositions équivalentes en droit national, s'oppose sur cette question³².

³² Voir notamment les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, Direction des affaires juridiques.

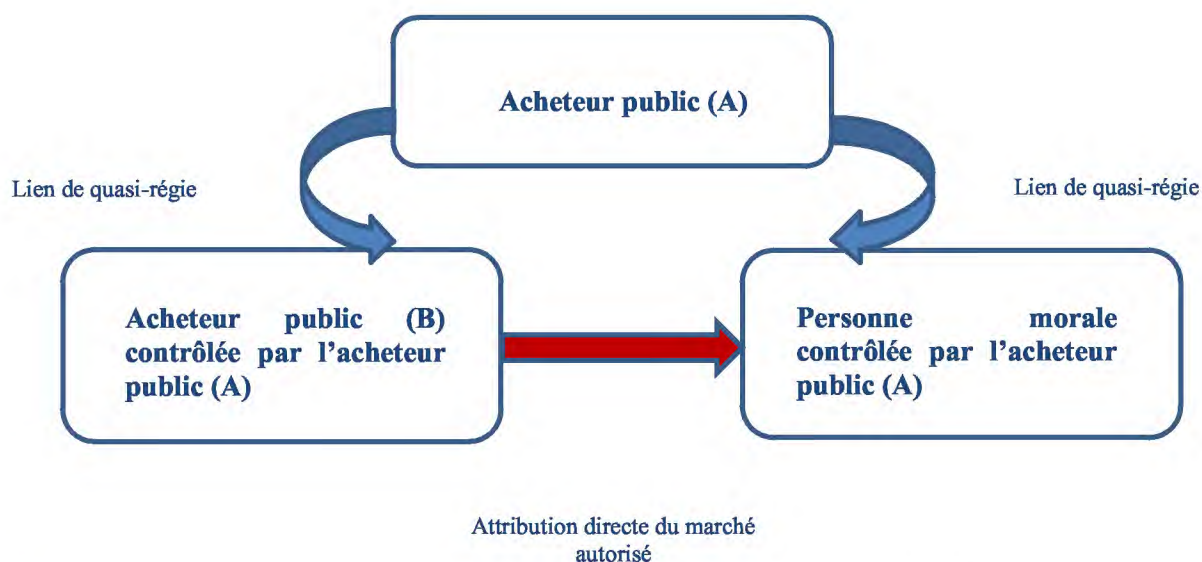
Hypothèse n° 1 : Quasi-régie simple descendante



Hypothèse n° 2 : Quasi-régie conjointe descendante



Une troisième exception : la quasi-régie simple horizontale, dite « entre sœurs »



3.1.2. L'octroi d'un droit exclusif

Cette exclusion, prévue par l'article LP 123-1-II ne concerne que les marchés de service

Le droit exclusif peut être défini comme la situation dans laquelle le cocontractant de l'acheteur se voit confier, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause.

En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services.

Trois conditions doivent être réunies pour que cette exception puisse jouer :

1° L'existence d'un texte qui constitue le fondement du droit exclusif

L'application du code ne peut être écartée que si le droit exclusif dont bénéficie le prestataire découle d'une disposition légalement prise. Le droit exclusif résulte nécessairement d'un texte législatif ou réglementaire. Le texte, lorsqu'il attribue le droit, définit la mission d'intérêt général confiée au cocontractant et précise les obligations qui lui sont imposées. Le contenu, la durée et les limites de l'activité doivent également être précisément définis.

2° L'antériorité du droit exclusif

Ce droit doit être antérieur au marché. Il ne peut être accordé simultanément, c'est-à-dire par le contrat lui-même.

3° La qualité de la personne attributaire du droit exclusif

Le cocontractant de l'acheteur public passant le marché doit lui-même avoir la qualité d'acheteur public soumis au code polynésien des marchés publics (ex : un EPIC).

A titre d'exemple, l'Office des Postes et Télécommunications (OPT) de Polynésie française bénéficie du monopole de droit sur les réseaux et services de téléphonie fixe et le service postal (art D 112-6 et D 212 -9 du code des postes et télécommunications).

3.2. LES EXCLUSIONS A RAISON DE L'OBJET DES MARCHES

En application de l'article LP 123-2, sont également exclues du champ d'application du code des marchés publics :

⇒ les contrats d'acquisition ou de location de biens immobiliers, notamment de bâtiments existants, ou de droits réels sur ces biens.

Attention : les contrats passés avec des tiers mandataires, tels que des agences immobilières, sont, en revanche, des contrats de services soumis au code des marchés publics ;

⇒ les contrats de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L.211-1 du code monétaire et financier ;

⇒ les contrats d'emprunt ;

⇒ Les marchés de services de recherche et développement pour lesquels l'acheteur public n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation,

⇒ les marchés qui ont pour objet la création ou l'acquisition d'œuvres et d'objets d'art au sens de l'article LP 111-20 du code du patrimoine de la Polynésie française ; d'objets d'artisanat traditionnel au sens de la délibération n° 2009-55 APF du 11 août 2009 portant mise en place d'une procédure d'agrément au profit des artisans traditionnels de la Polynésie ;

⇒ les marchés qui ont pour objet l'achat d'objet d'antiquité ou de collection ;

⇒ les contrats de services relatifs à la conciliation ;

⇒ les marchés passés dans le domaine des télécommunications ouvert à la concurrence et qui ont principalement pour objet de permettre l'établissement et l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public et la fourniture au public des services de télécommunications ;

⇒ les marchés de services qui ont pour objet les prestations de soins dispensés par les professionnels de santé médicaux et paramédicaux ;

⇒ les marchés de services passés dans le domaine des activités artistiques au sens de l'arrêté n° 888 CM du 7 juillet 2016 relatif à la reconnaissance des professions artistiques.

Il résulte, en outre, de la jurisprudence que sont exclus du champ d'application du code les marchés conclus et exécutés entièrement à l'étranger³³.

3.3. LES CONTRATS METTANT EN OEUVRE UNE COOPERATION ENTRE ACHETEURS PUBLICS

3.3.1. Les contrats de coopération « public-public » prévus par l'article LP 123-3-2°

Les personnes publiques peuvent accomplir les tâches d'intérêt public qui leur incombent par leurs propres moyens, administratifs, techniques et autres, ou en collaboration avec d'autres personnes publiques.

Conformément à l'article LP 123-3-2°, une coopération peut être établie entre plusieurs acheteurs publics pour l'atteinte d'objectifs communs en lien avec leurs missions de service publics. Sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière, ces acheteurs peuvent coopérer en dehors de toute obligation de publicité et de mise en concurrence dès lors que leur coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général.

3.3.1.1. Réalisation de missions de services publics avec des objectifs communs

La coopération public-public doit avoir pour objet d'assurer conjointement la réalisation de missions de services publics en vue d'atteindre des objectifs communs.

Les acheteurs doivent établir ou mettre en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun.

La mission d'intérêt général doit être commune aux personnes publiques contractantes, de sorte que se trouvent exclus tous les cas où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se bornerait à jouer un rôle d'auxiliaire pendant que la seconde prendrait en charge l'ensemble de la mission

Cela ne signifie pas nécessairement que chaque personne publique doive participer à l'exécution de la mission d'une manière identique. La coopération peut, en effet, reposer sur une division des tâches ou sur un certain degré de spécialisation. Néanmoins, le contrat doit impliquer une exécution conjointe de la même mission, une véritable coopération, par opposition à un marché public ordinaire, où l'une des parties exécute une prestation définie contre rémunération. Une attribution unilatérale d'une tâche par un acheteur à un autre ne saurait être regardée comme une coopération. L'un des acheteurs ne doit ainsi pas pouvoir être considéré comme un donneur d'ordres et l'autre comme un prestataire.

3.3.1.2. La « coopération public-public » n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général

La mise en œuvre des dispositions relatives à la « coopération public-public » est conditionnée à la poursuite exclusive de considérations d'intérêt public.

Les conditions de mise en œuvre de la coopération, notamment les transferts financiers entre les personnes publiques, ne doivent pas pouvoir être regardés comme le résultat d'une activité commerciale. Ainsi, alors même que les acheteurs répondent, par le biais de leur coopération, à des objectifs communs de service public, la condition d'intérêt public exclusif ne peut être satisfaite que pour autant qu'aucune relation commerciale n'en découle. La coopération doit révéler une collaboration authentique, même si elle implique « des droits et obligations réciproques ».

Les coûts et frais de gestion résultant de la coopération doivent présenter un caractère raisonnable par rapport aux pratiques du marché. Un coût qui serait égal ou supérieur aux coûts d'une entité privée pourrait ainsi laisser penser que l'acheteur public agit comme un prestataire réalisant une activité commerciale pour les besoins d'une personne publique, et non comme une entité publique dans le cadre de sa mission d'intérêt public. Plus généralement, la coopération ne peut impliquer des transferts entre les partenaires publics autres que ceux correspondant au remboursement des frais réellement encourus pour les travaux/services/fournitures.

A titre d'exemple, une convention de partenariat conclue entre plusieurs communes pour la mise en place et la mutualisation des services d'incendies et de secours par laquelle chacune contribue par la mise à disposition de moyens humains, matériels et financiers afin d'assurer la couverture opérationnelle des services d'incendies et de secours de leur territoire relève de cette exception.

Le juge administratif a pu considérer qu'une convention d'entente conclue entre collectivités territoriales au sens des dispositions de l'article L. 5221-1 du CGCT n'est pas soumise aux règles de la commande publique dès

³³ CE, 4 juillet 2008, société Colas Djibouti, n 336028.

lors que cette entente ne permet pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques au profit de l'autre (*CE 3 février 2012, Commune Veyrier-du-Lac req. 353737*).

3.3.2. Les autres hypothèses de coopération entre personnes publiques

Il s'agit pour l'essentiel des hypothèses de coopération envisagées par la loi organique statutaire, tel est le cas :

- a) des concours techniques apportés par la Polynésie française aux communes ou à leurs groupements en application de l'article 54 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;
- b) des conventions en matière de réalisation d'équipements collectifs ou projets d'équipements collectifs et en matière de gestion de services publics conclues en application de l'article 55 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française ;
- c) aux concours apportés par l'État et par les organismes ou établissements publics métropolitains mentionnés à l'article 169 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Deuxième partie

LA PRÉPARATION DE LA PROCÉDURE

4 - COMMENT L'ACHETEUR DOIT-IL DÉTERMINER SES BESOINS ?

4.1. LA DÉFINITION DES BESOINS : UNE ÉTAPE CRUCIALE

L'objectif d'un marché public est de satisfaire un besoin de la personne publique.

Par « besoin », on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui la conduisent à délivrer des prestations auprès de tiers pour assurer ses missions de service public (ex : marchés de formation et d'insertion ; marchés de transport scolaire ; etc.).

De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché.

- **Côté personne publique**, pour être efficace, l'expression des besoins impose donc :
 - l'analyse des besoins fonctionnels de ses services sur la base, par exemple, des états de consommation sur les années précédentes ;
 - la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
 - la connaissance, aussi approfondie que possible, de l'offre commerciale existante, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ;
 - lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté.

L'acheteur doit toujours avoir à l'esprit que le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder, en amont, à une définition précise des besoins. Elle permet en outre de procéder à une estimation fiable du montant du marché.

La définition des besoins doit également prendre en compte les exigences du développement durable et, en particulier, les exigences sociales et environnementales. Ces exigences peuvent être appréhendées par référence à des labels ou à leur équivalent. Toutefois, si l'article LP 221-1 du code impose à l'acheteur de prendre en compte des objectifs de développement durable, il ne lui impose pas de retenir un critère écologique au sein des critères de choix des offres³⁴.

L'absence ou l'insuffisance de définition du besoin est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence sanctionnables par le juge des référés précontractuels (article L. 551-24 du CJA).

Ont été, par exemple, considérés comme des manquements à la définition des besoins ou pouvant être considérés comme tels :

- le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (*CE 8 août 2008, req. n° 307143, Région de Bourgogne : « concernant les exigences relatives à la tranche conditionnelle, les documents de la consultation ne peuvent se contenter de mentionner que le contenu de celle-ci dépend de la configuration du dispositif qui sera défini ultérieurement par l'acheteur public et que la définition précise du développement à réaliser sera connue lorsque ces prescriptions seront arrêtées. »*) ;
- la possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis engendrant une marge de choix discrétionnaire pour l'acheteur public (*CE 15 décembre 2008, req. 310380 Communauté urbaine de Dunkerque*),
- un marché dont l'objet porte sur des « études et la réalisation d'opérations de restructuration, d'extension ou de construction de divers équipements scolaires, sociaux, sportifs, culturels ou bâtiments

³⁴ CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570.

administratifs « lorsqu'il concerne la restructuration d'un seul collège » (CE 29 décembre 1997, Département de Paris req. 159693).

- un marché se bornant à mentionner que son objet porte sur des « prestations de services juridiques » pour l'achat de services de représentation en justice.

Une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise de ces besoins dans les documents de la consultation, ne sont pas uniquement une exigence juridique, mais également une condition impérative, pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. A titre d'exemple, l'objet du marché ne saurait se réduire à la seule mention de « Prestations informatiques », lorsqu'il s'agit de prestations de tierce maintenance applicative d'un programme donné.

- **Côté entreprise**, pour que le niveau de satisfaction du besoin exprimé soit atteint (voire dépassé), encore faut-il mettre l'opérateur économique, fournisseur, prestataire ou entrepreneur, en capacité de le faire.

Afin que celui-ci puisse proposer l'offre la plus adaptée au meilleur rapport qualité/prix, il lui faut donc connaître au préalable :

- la nature du besoin (*quoi ?*)
- sa destination, son usage, sa finalité (*pourquoi ?*)
- ses utilisateurs ou ses bénéficiaires (*pour qui ?*)
- le niveau de qualité attendue (*comment ?*)
- sa quantité, son volume ou son étendue (*combien ?*)
- sa durée, ses délais, son calendrier d'exécution... (*quand ?*)
- le ou les lieux où il doit être satisfait (*où ?*)
- les conditions (matérielles, techniques, juridiques...) à respecter pour sa satisfaction.

Dans l'hypothèse où ces informations ne lui seraient que partiellement, ou pas du tout, communiquées (*c'est à dire que le besoin ne serait donc pas complètement et objectivement défini*), l'imprécision qui caractérisera la demande pèsera également sur la réponse de l'entreprise : le matériel, les équipements, les matériaux... seront-ils adaptés ? La quantité sera-t-elle suffisante ou excédentaire ? Faudra-t-il constituer des stocks ? De quel volume ? Les techniques et/ou le savoir-faire qu'elle compte mettre en œuvre seront-ils adéquats ? Etc.

Or, l'entreprise candidate entend répondre à la commande pour en tirer un bénéfice et pérenniser son activité. Mais le contrat lui confère des obligations sur l'exécution desquelles elle engage sa responsabilité. Elle va donc chercher à couvrir le risque que représente pour elle l'imprécision du besoin dans sa proposition financière : coût des invendus ou des réapprovisionnements d'urgence (*imprécision sur les volumes d'achat*), coût de la gestion et de l'entretien des stocks (*imprécision sur la fréquence des commandes*), coût de la mobilisation de ses moyens matériels et humains (*imprécision sur la date de démarrage ou la durée du chantier ou de la prestation*), etc. Le prix alors obtenu par l'acheteur public s'en ressentira donc forcément en perdant tout ou partie de sa compétitivité.

Une définition précise du besoin est donc la garantie de la bonne compréhension et de la bonne exécution du marché par son ou ses titulaire(s).

4.2. DES SOLUTIONS EXISTENT EN CAS D'IMPOSSIBILITE DE DEFINIR PRECISEMENT LES BESOINS OU LES MOYENS D'Y SATISFAIRE

Dans certains cas, la définition des besoins peut être plus ou moins précise, selon la visibilité de l'acheteur.

4.2.1. En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins

Le code prévoit dans ce cas, la possibilité de recourir à des accords-cadres (article LP 221-5) ou à des marchés à bons de commande (article LP 221-4), qui permettent de satisfaire quantitativement des besoins, préalablement définis sur le plan qualitatif, à mesure de leur apparition. Ces contrats peuvent être conclus sans minimum ni maximum.

Dans le nouveau code polynésien des marchés publics, le recours aux marchés à bons de commande n'est plus soumis à des conditions particulières³⁵. Sans constituer une limite à la liberté de choix de l'acheteur public, la passation de ce type de marché est plus spécialement recommandée en cas d'incertitude sur le rythme des besoins à satisfaire et ne saurait constituer un moyen pour l'acheteur de se dispenser de l'obligation de définir ses besoins (cf. 1.1). S'agissant des accords-cadres, ces derniers peuvent être conclus dans tous les domaines (travaux, fournitures et services) même s'ils sont peu adaptés aux travaux neufs de génie civil ou de bâtiment qui se caractérisent par une unité fonctionnelle dont tous les détails doivent être connus à l'origine.

4.2.2. En cas d'incapacité à définir précisément les moyens propres à satisfaire les besoins

Dans cette hypothèse, l'acheteur peut recourir à la procédure du dialogue compétitif (LP 324-1 à 7). Il n'est alors pas tenu de rédiger un cahier des charges complet, ni définitif. La consultation est lancée sur la base d'un projet partiellement défini ou d'un programme fonctionnel. Dans ce dernier, l'acheteur décrit en termes pratiques ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre, mais ne prescrit aucune solution technique particulière) : c'est aux candidats d'en proposer une adéquate.

Attention ! : Le recours à la procédure de dialogue compétitif n'est possible que lorsque le marché public est complexe (art. LP 324-1) c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- 1° L'acheteur public n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- 2° L'acheteur public n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

En dialogue compétitif, tous les éléments du contrat peuvent faire l'objet d'une négociation.

De même, pour certains marchés et accords-cadres de prestations intellectuelles, si la prestation à effectuer est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres, le marché peut aussi, en application de l'article LP 323-2 2°, être passé selon la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, sur la base d'un cahier des charges ou d'un projet partiellement définis.

4.2.3. Dans les autres cas, le besoin doit être précisément défini

Dans les autres procédures formalisées, la rédaction d'un cahier des charges, comportant un volet administratif et un volet technique, avant le lancement de la procédure de passation constitue une obligation.

En procédure adaptée, la rédaction d'un cahier des charges n'est pas obligatoire, mais les besoins doivent avoir été définis avec suffisamment de précision (*Cf. 4.1 ci-avant*). Ce qui se traduit, en pratique, par la rédaction d'un descriptif qui, le cas échéant, pourra être succinct.

Dans tous les cas, l'acheteur public doit communiquer aux candidats toutes les informations utiles dont il dispose.

4.3. LES BESOINS DOIVENT ÊTRE DÉTERMINÉS PAR RÉFÉRENCE À DES SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES

4.3.1. Des stipulations destinées à influencer l'offre

L'acheteur public doit définir ses besoins en recourant à des spécifications précises. Ces spécifications techniques définissent les caractéristiques attendues par l'acheteur public pour un produit, un ouvrage ou un service et représentent, en quelque sorte, les conditions minimales exigées.

Tous les soumissionnaires d'un marché public doivent donc satisfaire aux spécifications techniques. Ces spécifications techniques doivent constituer des caractéristiques objectives et mesurables relatives au marché et doivent par conséquent, être liées à l'objet de celui-ci.

Pour définir les spécifications techniques, on doit revenir au niveau de la définition des besoins. **Ce n'est qu'une fois ceux-ci identifiés**, que l'acheteur public pourra les traduire en spécifications techniques.

Il a alors le choix entre deux possibilités :

- se référer à des normes, telles que prévues par la délibération n° 2007-2 APF du 26 février 2007 relative à la normalisation, ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;

³⁵ Cf. article 12 de la délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 modifié.

- exprimer les spécifications techniques, en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Ces dernières doivent être suffisamment précises pour permettre aux candidats d'une part, de connaître exactement l'enjeu du marché et à l'acheteur public d'autre part, d'attribuer le marché. Par exemple, pour un marché de vêtements de pompiers, l'acheteur public peut exiger, au titre des spécifications techniques, un tissu résistant à un degré très élevé de chaleur ou résistant à une pression d'eau particulière, avec des renforts ou un poids maximal.

L'acheteur public a la possibilité de combiner les deux catégories de spécifications techniques. Ainsi, pour un même produit, service ou type de travaux, il peut faire référence à des normes pour certaines caractéristiques et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres caractéristiques.

4.3.2. Une orientation toujours respectueuse de l'égalité des candidats

Les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité d'accès des candidats à la consultation.

4.3.2.1. La notion d'équivalence

Les spécifications techniques doivent toujours être accompagnées de la mention « *ou équivalent* »³⁶.

En effet, l'entreprise ne disposant pas de la norme, de la certification ou du label requis ne peut être exclue du marché si elle démontre, par tout autre moyen de preuve approprié, qu'elle répond bien aux exigences et aux caractéristiques de la norme ou du label en question. A cet effet, il peut donc être intéressant d'adjoindre au règlement du marché le référentiel des labels ou équivalents demandés.

La notion d'équivalence est donc fondamentale au respect de l'égalité entre les candidats en permettant de ne pas restreindre le champ de la concurrence en risquant d'écarter d'emblée des opérateurs économiques qui, bien que non certifiés ou labellisés, peuvent présenter des offres conformes.

4.3.2.2. Limites aux exigences de l'acheteur public

L'acheteur public peut demander des informations sur les conditions de fabrication des produits. Il peut notamment, afin de mieux connaître ces conditions, demander des informations sur l'origine des produits.

Toutefois, le droit de la commande publique s'oppose à ce qu'il exige un mode de fabrication particulier ou d'une origine déterminée. Les spécifications techniques ne peuvent pas davantage mentionner une marque, un brevet ou un type, qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions. L'acheteur public peut, toutefois, y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de donner autrement une description technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « *ou équivalent* ».

Enfin, les grands principes de la commande publique (libre concurrence) interdisent toute discrimination, dont celle qui serait fondée sur la localisation des entreprises.

4.3.3. Une application opportune pour la protection de l'environnement

L'acheteur public peut définir ses spécifications techniques afin de prendre en compte des exigences de protection de l'environnement, tant qu'il existe un lien direct avec l'objet du marché.

A titre d'exemples, prescrire un certain taux de biodégradabilité ou un pourcentage minimum de matières recyclées ; écarter une ou plusieurs substances reconnues comme néfaste à l'environnement de la composition des produits attendue... Elles peuvent également faire référence à des modes de production particuliers : de l'électricité verte ou encore des produits alimentaires issus de l'agriculture biologique.

Il est également possible de se référer à des écolabels : préciser les spécifications techniques à l'aide d'une normalisation ou d'une certification d'ordre environnemental permet souvent d'intégrer ces considérations en assurant une mise en concurrence des soumissionnaires sans distorsion, à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « *ou équivalent* ».

³⁶ Par exemple : CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n° 257545.

4.4. LA POSSIBILITÉ DE DEMANDER DES PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES ÉVENTUELLES (PSE)

L'acheteur public peut demander aux candidats de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat³⁷ (cf. article LP 122-3-14°).

Comme le précise l'article LP 234-4 du code, ces prestations (définies à l'article LP 122-3, 14°) doivent respecter deux conditions cumulatives :

- 1° être en rapport direct avec l'objet du marché
- 2° le cahier des charges doit définir leurs spécifications techniques avec précision (si tel n'était pas le cas l'acheteur serait face à une insuffisante définition des besoins).

A priori, les PSE sont envisagées dès lors qu'elles représentent un éventuel avantage matériel, financier et ou technique pour l'acheteur public.

Par exemple, un marché de services de propreté (nettoyage de locaux) prévoit le nettoyage des blocs sanitaires et, à cette occasion, le réapprovisionnement des distributeurs (papier hygiénique, savon, essuie-mains...). La fourniture, par le titulaire du marché de services, des consommables sanitaires nécessaires à l'accomplissement de cette tâche, peut être envisagée en tant que PSE visant à produire des économies d'échelle et à diminuer les risques de perturbations dans le réapprovisionnement (le titulaire du marché étant responsable et gestionnaire des stocks de consommables).

Dans tous les cas, l'acheteur veillera à limiter les prestations supplémentaires qu'il demande ou propose, afin de ne pas remettre en cause l'objet et/ou la nature (marché de fournitures ou de services) du marché, les modalités de jugement des offres et l'égalité des candidats.

L'acheteur public ne pourra commander que les prestations supplémentaires associées à l'offre de base retenue.

Lorsque l'acheteur public n'impose pas aux candidats de fournir ces prestations, il ne peut prendre en compte que l'offre de base dans son évaluation comparative, à l'exclusion des prestations supplémentaires³⁸.

A l'inverse, lorsque l'acheteur public impose aux candidats de fournir ces prestations en complément de l'offre de base :

- 1° l'absence de ces prestations dans l'offre d'un candidat rend cette offre irrégulière et, en conséquence, impose son rejet (pour manquement au respect du règlement de consultation, dans lequel cette exigence doit en principe figurer) ;
- 2° ces prestations doivent être prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres.

Toutefois, le choix de retenir ou non ces prestations supplémentaires éventuelles est effectué, dans tous les cas, au moment de l'attribution.

Pour éclairer son choix, l'acheteur doit réaliser deux classements distincts :

- 1° un classement tenant compte de l'offre globale, c'est-à-dire réunissant offre de base et PSE,
- 2° un classement tenant compte uniquement de l'offre de base.

Le classement « offre de base +PSE » peut très bien différer de celui effectué avec l'offre de base uniquement.

Ainsi, si l'acheteur décide :

- de retenir les PSE : il attribue le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au vu du classement tenant compte à la fois de l'offre de base et des PSE.
- de ne pas retenir les PSE : il attribue le marché au candidat qui a présenté l'offre de base économiquement la plus avantageuse.

Afin de ne pas laisser les entreprises dans l'incertitude quant aux modalités d'appréciation de leur offre, il convient donc de détailler en conséquence les modalités d'analyse des offres et les règles de prise en compte des PSE dans le règlement de la consultation.

Il ne peut également qu'être fortement recommandé de **motiver objectivement la décision de retenir ou non les PSE** (*les objectifs poursuivis ont-ils été atteints au vu des propositions reçues ?*) afin d'écarter tout risque de suspicion quant à une décision arbitraire destinée à favoriser un candidat arrivé en tête d'un seul des deux classements.

³⁷ Les prestations supplémentaires ne doivent pas être confondues avec les variantes, ni avec les options.

³⁸ CE, 15 juin 2007, *Ministre de la défense*, n° 299391.

4.5. L'UTILISATION DES VARIANTES

Dès lors qu'un marché n'est pas uniquement attribué sur le fondement du seul critère prix mais également après jugement de la qualité technique des offres proposées, l'acheteur public peut permettre aux candidats de présenter des variantes.

4.5.1. Qu'est-ce qu'une variante ?

Selon l'article LP 123-3-18° du code, les variantes constituent « *des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* »³⁹.

Elles permettent aux candidats de proposer une solution ou des moyens, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ou, plus généralement dans le dossier de consultation, pour exécuter les prestations du marché. Il peut, par exemple, s'agir d'une solution différente de celle prévue dans les documents de la consultation, innovante le cas échéant, ou de moyens inconnus de l'acheteur public, qui permettent au candidat de remettre une offre moins chère ou techniquement supérieure. Elles permettent ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation. Elles peuvent, aussi, consister en un aménagement des conditions financières du marché⁴⁰.

L'acheteur public aura donc tout intérêt, notamment dans les domaines techniques ou à évolution rapide, à autoriser les variantes. Cela évite d'imposer des solutions routinières, et permet au contraire de favoriser l'accès des entreprises innovantes ou de nouvelles entreprises aux marchés publics. Ce dispositif est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises.

Toutefois, l'acheteur public doit veiller à ce que les variantes proposées ne portent pas sur des éléments du cahier des charges identifiés par lui comme ne pouvant pas faire l'objet d'une variante et ne remettent pas en cause le projet de base⁴¹. Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les limites imposées doit être rejetée.

4.5.2. Quand proposer des variantes ?

4.5.2.1. Autorisation expresse

Quelle que soit la procédure de passation, adaptée ou formalisée, les variantes doivent être expressément autorisées par l'acheteur public dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation. A défaut, elles sont interdites.

4.5.2.2. Avec ou sans offre de base ?

Il est possible de présenter une offre variante sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base (article LP 234-3). Cette mesure permet aux acheteurs de favoriser l'accès des PME, notamment innovantes, qui n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base, alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives tout autant adaptées au besoin. Toutefois, l'acheteur a toujours la possibilité d'exiger, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, qu'une offre de base accompagne la ou les variantes.

Toute proposition de variante, lorsqu'elle n'a pas été autorisée, doit être rejetée sans examen. Si la variante est déposée avec une offre de base, celle-ci pourra, en revanche, être acceptée, à condition qu'elle soit complète, individualisée, distincte de la variante et conforme au cahier des charges.

4.5.2.3. Combien peut-on proposer de variantes ?

Si l'acheteur public décide de limiter le nombre de variantes autorisées, le dépôt d'un nombre supérieur rend toutes les variantes irrégulières et doit conduire à leur rejet en bloc, sans qu'il soit procédé à leur examen. En effet, il n'appartient pas à l'acheteur de se substituer au candidat pour déterminer, parmi toutes les variantes proposées, celles qui devraient être retenues ou écartées, afin de se conformer au nombre maximal des variantes autorisées.

³⁹ CE, 5 janvier 2011, *Sté technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*, n° 343206 et 343214.

⁴⁰ Par exemple, un prix dégressif à partir du moment où le minimum du marché a été atteint (CE, 8 mars 1996, *M. Pette*, n° 133198) ou un prix réduit si l'acheteur public s'engage à respecter un délai de paiement plus court que le délai maximal prévu par la réglementation.

⁴¹ Par exemple, proposer la construction d'un catamaran alors que la mise en concurrence portait sur celle d'un monocoque : CE, 28 juillet 1999, *Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et Société Océa*, n° 186051.

4.5.3. Comment analyser les variantes ?

On prendra garde que l'introduction de variantes rend toujours plus complexe l'examen des offres et leur comparaison. Pour cette raison, l'article LP 234-3 impose, en procédure formalisée, que les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes devront respecter, ainsi que les modalités de leur présentation. Il s'agit de définir les éléments sur lesquels elles peuvent porter ou bien de préciser les éléments du cahier des charges qu'elles doivent nécessairement respecter. En procédure adaptée, ces mentions peuvent être plus succinctes. Cependant, un niveau de détail minimal reste recommandé, afin de faciliter la comparaison des offres et de garantir la transparence des procédures.

Les offres de base et les variantes sont jugées sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, définis dans l'avis d'appel public à concurrence ou les documents de la consultation. L'acheteur public doit donc attacher la plus grande attention à la définition des critères de choix de l'offre. Il veillera ainsi à définir des critères et des modalités de jugement des offres qui lui permettent de tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes. Afin de pouvoir apprécier les variantes par rapport à ces critères, le règlement de la consultation devra donc mentionner, non seulement les documents à produire au titre de la solution de base, mais également les pièces nécessaires à l'appréciation de l'intérêt des variantes.

Lors de la signature du marché, l'acheteur public veillera à bien identifier l'offre choisie, en précisant notamment, s'il retient la variante ou l'offre de base.

5 - QUELS SONT LE RÔLE ET LA COMPOSITION DE LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES (CAO) ?

5.1. SON RÔLE

Quel que soit l'acheteur public concerné, l'intervention d'une commission d'appel d'offres est toujours obligatoire lorsqu'une procédure formalisée, autre que le concours, est mise en œuvre. En cas d'urgence impérieuse, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres (*article LP 323-11*).

Elle n'est, en revanche, pas obligatoire en procédure adaptée. Néanmoins, compte tenu du rôle particulier joué par cette commission, il peut être opportun de consulter la commission d'appel d'offres, même en-deçà du seuil de procédure formalisée.

Leur rôle est exclusivement consultatif.

Elle est chargée :

- de procéder aux opérations de dépouillement des plis
- d'émettre un avis sur l'élimination des candidatures et des offres
- de formuler un avis sur le classement des offres ainsi que sur le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse à l'autorité compétente.

5.2. SA COMPOSITION

5.2.1. Les CAO de la Polynésie française et de ses établissements publics

La composition des CAO de la Polynésie française et de ses établissements publics est prévue par l'article LP 311-2 et précisée par les articles A 311-1 et suivants.

Concernant la Polynésie française, celles-ci sont constituées auprès du président, du vice-président et de chaque ministre. Elles exercent leurs compétences pour les marchés passés pour le compte de la Présidence, du ministère, des directions et des services placés sous leur autorité.

Concernant les établissements publics, une commission d'appel d'offres est constituée auprès de chaque établissement public (articles A 311-3 et A 311-4).

Au sein de ces commissions, il est possible d'identifier trois catégories de membres :

Les membres à voix délibérative, les membres à voix consultative et les membres que l'on pourrait qualifier de « sans voix ».

Les membres des commissions d'appel d'offres ont la possibilité de se faire représenter dans les conditions prévues par l'article LP 311-2.

5.2.1.1. Les membres à voix délibérative

⇒ **Dans les CAO de la PF :**

La commission est composée de 5 cinq membres à voix délibérative :

- Le Président, le vice-président ou le ministre dont relève la matière objet du marché
- Le chef du service ou de la direction dont relève la matière qui fait l'objet du marché
- Le secrétaire général du gouvernement
- Le directeur du budget et des finances
- Le directeur de la modernisation et des réformes de l'administration

⇒ **Dans les CAO des établissements publics :**

La commission est composée comme suit :

- Le représentant légal de l'établissement,
- Un à deux représentants des services de la direction de l'établissement,
- Un à deux représentants de l'organe délibérant de l'établissement.

S'agissant de la désignation des représentants des services de la direction de l'établissement, tous les marchés publics d'un établissement ne sont pas forcément tous lancés par le même service, la composition de la CAO semble être amenée à évoluer d'un marché à l'autre dans certains établissements publics, en fonction de sa nature et du service qui en pilote la passation. Dès lors, la composition complète de la CAO n'aurait pas nécessairement vocation à être figée a priori, ou du moins devrait-elle dans ce cas prévoir de répondre ex ante à toutes les hypothèses d'exercice.

L'article A 311-4 ne mentionne expressément l'intervention du conseil d'administration que dans le cadre de la désignation du ou de ses représentant(s) à la commission. Réserve faite de la recommandation qui précède, le code n'interdit pas que l'acte énumère l'ensemble des membres de la CAO y compris donc les représentants des services de la direction appelée à siéger.

Attention ! : Avec l'entrée en vigueur du nouveau CPMP, les organes délibérants des établissements publics doivent être convoqués afin de :

- Se prononcer sur le nombre de membres composant la commission (4 à 6 membres) ;
- Procéder à la désignation d'un à deux membres les représentant au sein des commissions, ou, le cas échéant solliciter du conseil des ministres la désignation de représentants de l'administration en application du 2° de l'article LP 311-2. Les membres à voix consultative

5.2.1.2. Les membres à voix consultative

Les membres à voix consultative sont en principe conviés facultativement à la CAO par le président de la commission à l'exception :

- du Haut-commissaire de la République en Polynésie française qui doit systématiquement être invité à siéger aux CAO de la Polynésie et de ses établissements publics lorsque le marché est financé totalement ou partiellement sur des crédits de l'Etat ;
- du Payeur de la Polynésie française pour les CAO de la Polynésie ;
- du comptable pour les CAO des établissements publics.

Les membres à voix consultative qui peuvent être invités par le président de la commission « *sont choisis, en raison des compétences qu'ils détiennent dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics* ». Il peut s'agir par exemple de prestataires de l'acheteur public (assistant à maître d'ouvrage, bureau d'études techniques, maîtres d'œuvre, contrôleur technique).

Depuis la loi du pays de simplification de 2019, la possibilité ouverte au président d'une CAO d'inviter le Contrôleur des dépenses engagées, au titre des membres à voix consultative, est explicitement prévue.

5.2.1.3. Les membres « sans voix »

Il s'agit d'agents de la collectivité qui assurent par leur présence le déroulement matériel de la réunion (a minima gestion des intervenants, des documents...).

5.2.2. Les CAO des communes et de leurs démembrements

Attention ! : La composition actuelle des CAO communales et de leurs établissements n'est plus conforme aux règles de composition et de désignation prévues par le code polynésien des marchés publics. Cette modification impose le renouvellement intégral des CAO communales et de leurs établissements publics selon les modalités fixées au code lorsque celles-ci seront amenées à formuler un avis dans le cadre des procédures de passation de marché pour lesquelles un avis d'appel à la concurrence aura été envoyé à la publication postérieurement au 1er janvier 2018.

La composition de la CAO, désormais variable selon la taille de la commune concernée, est abordée aux articles LP 311-4 et A 311-5 et suivants du code.

5.2.2.1. Les membres à voix délibérative :

Les membres à voix délibérative des commissions d'appel d'offres des communes ou des EPCI ou des syndicats mixtes sont issus de l'assemblée délibérante.

- **Communes <3500 habitants** : le maire ou son représentant (président) + 3 membres.
- **Communes ≥ 3500 habitants** : le maire ou son représentant (président) + 5 membres.
- **EPCI ou syndicat mixte** : le président de la structure ou son représentant + 3 à 5 membres (en fonction du nombre d'habitants de la commune la plus importante) de l'assemblée délibérante de la structure.
- **EP** : le représentant légal + 2 à 4 membres de l'organe délibérant.

5.2.2.2. Les membres à voix consultative :

Les membres à voix consultative sont conviés facultativement à la CAO par le président de la commission. Il peut s'agir :

- du comptable de la commune ou de l'établissement considéré,
- des personnes désignées en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marché public.

5.2.2.3. Les membres « sans voix » :

Il s'agit d'agents de la collectivité qui assurent par leur présence le déroulement matériel de la réunion (a minima gestion des intervenants, des documents...).

5.2.2.4. Les Suppléants

Les membres élus titulaires à voix délibérative ont des suppléants.

Ils sont élus en nombre égal à celui des membres titulaires et selon les mêmes modalités.

Il s'agit d'une suppléance de liste. Chaque liste de membres titulaires est complétée par une liste de suppléants. Si un titulaire est indisponible, il sera fait appel au premier suppléant de la liste.

5.2.2.5. Modalités de l'élection et d'attribution des sièges des membres à voix délibérative

Le scrutin de liste suivant le principe de la représentation proportionnelle avec application de la règle du plus fort reste sans panachage ni vote préférentiel⁴² (cf. article A.311-5) comme en matière de délégation de service public⁴³. Ce mode d'élection permet le reflet de la composition de l'assemblée délibérante et contribue à la représentation des minorités et des oppositions politiques.

Les membres sont élus au scrutin secret (cf. article L 2121-1 du CGCT : « *il est voté au scrutin secret en cas de nomination ou représentation* »).

L'élection des membres titulaires et suppléants a lieu sur la même liste.

⁴² On ne peut rayer un ou plusieurs noms sur la liste, ni constituer une liste avec des noms figurant sur différentes listes ou avec des noms ne figurant sur aucune liste, ni modifier l'ordre des candidats sur la liste qui a sa préférence

⁴³ Loi du pays n° 2009-22 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics ; arrêté d'application n° 2298 CM du 15 décembre 2009.

- La répartition des sièges entre les différentes listes impose la détermination du **quotient électoral**. Il s'obtient en divisant le total des suffrages exprimés par le nombre de sièges à pourvoir (3 ou 5). Chaque liste obtiendra autant de sièges que son score contiendra de fois ce quotient électoral.
- L'application du quotient électoral ne permet pas de distribuer tous les sièges. Pour attribuer les sièges restants, on applique la « **méthode du plus fort reste** », qui consiste à soustraire du nombre de voix de chaque liste le total des quotients électoraux qu'elle peut contenir, à comparer ensuite les voix restantes. Ainsi, les sièges non pourvus sont attribués à chaque liste selon l'ordre décroissant des suffrages inemployés après la première répartition.

Exemple :

Commune de 970 habitants ou intercommunalité dont la commune la plus peuplée compte 970 habitants :

Liste A	Liste B	Liste C
7 voix	5 voix	3 voix

Total des suffrages exprimés : 15 (conseillers municipaux / communautaires)

Total des sièges à pourvoir : 3

$$1/ \text{Quotient électoral} : 15 / 3 = 5$$

Les différentes listes obtiennent :

Liste A	Liste B	Liste C
$7 / 5 = 1,4$ 1 siège	$5 / 5 = 1$ 1 siège	$3 / 5 = 0,6$ 0 siège

2 sièges seulement viennent d'être attribués, il en reste 1.

La liste ayant le plus fort reste recevra le siège restant.

2/ Répartition du siège restant au plus fort reste :

Pour calculer le plus fort reste, on soustrait du nombre de voix de chaque liste le total des quotients électoraux qu'elle peut contenir, puis on compare les voix restantes, d'où :

- liste A : $7 - (1 \times 5) = 2$
- liste B : $5 - (1 \times 5) = 0$
- liste C : $3 - (0 \times 5) = 3$

La liste C obtient le siège restant.

Résultat définitif :

⇒ Liste A : 1 siège

⇒ Liste B : 1 siège

⇒ Liste C : 1 siège

* * *

6 - ACHETER SEUL OU GROUPÉ ?

Les acheteurs publics peuvent faire le choix d'acheter seuls, de se grouper ou encore de recourir à une centrale d'achat.

6.1. LA COORDINATION DE COMMANDES

La coordination de commandes (art. LP 224-1) permet de coordonner les achats courants et communs des ministères et des services de l'administration de la Polynésie française, du recensement des besoins à l'exécution et au règlement des marchés.

Les types d'achat concernés par cette disposition sont listés à l'article A 224-1 du Code. Ils sont ventilés entre six services coordonnateurs différents qui sont identifiés à l'article A 224-3.

6.2. LE RECOURS À UNE CENTRALE D'ACHAT

L'acheteur peut recourir à une centrale d'achat, au lieu de lancer lui-même une procédure de passation. Le recours direct à une centrale d'achat est autorisé par l'article LP 224-2 du code, à la condition que la centrale d'achat respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le code ou par la réglementation nationale en vigueur.

Celle-ci pourra se voir confier des missions plus ou moins étendues, qui vont de la mise à disposition de fournitures et de services, jusqu'à la passation de procédures au nom et pour le compte d'un acheteur public.

Dans la limite de sa compétence et, le cas échéant, dans celle du principe de spécialité, un établissement public peut décider de se constituer en centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres acheteurs publics, dès lors qu'il est lui-même soumis pour la totalité de ses achats aux règles du code des marchés publics.

Lorsqu'une centrale d'achat passe un accord-cadre pour ses adhérents, chacun d'entre eux peut être chargé de son exécution. Cette exécution peut consister, comme dans le cadre d'un groupement de commandes, dans la passation par chacun des adhérents des marchés subséquents ayant pour objet de répondre à ses besoins.

6.3. LE GROUPEMENT DE COMMANDES

Les groupements de commandes, dépourvus de personnalité morale, permettent aux acheteurs publics :

- soit de la Polynésie française et de ses établissements publics,
- soit des communes, de leurs établissements publics, des structures intercommunales ou des syndicats mixtes,

de se coordonner et de regrouper leurs achats pour, notamment, réaliser des économies d'échelle. Ils leur permettent également de se regrouper, pour choisir le ou les mêmes prestataires.

Pour le calcul des seuils, l'article LP 233-5 du code précise que le montant prévisionnel du besoin s'apprécie par rapport au montant total estimé des prestations de travaux, de fournitures ou de services faisant l'objet du groupement de commande.

Les groupements de commandes peuvent concerner tous les types de marchés : fournitures, services et travaux. Malgré ses avantages, il s'agit toutefois d'une mécanique assez lourde à mettre en œuvre. Par conséquent, il est recommandé de réserver le recours au groupement aux achats importants, en termes de quantités/volumes ou en termes stratégiques (*homogénéisation des niveaux de services et/ou de qualité, standardisation des équipements (S.A.V.), interopérabilité des technologies, etc.*).

Ce type de groupement peut être créé de manière temporaire ou permanente, selon qu'il s'agit de répondre à des besoins ponctuels ou récurrents. Il revient à la convention constitutive qui définit ses modalités de fonctionnement de le préciser.

Lorsque le groupement n'a vocation à passer qu'un marché à procédure adaptée, la constitution d'une commission d'appel d'offres du groupement n'est pas obligatoire.

Au terme des opérations de sélection, le coordonnateur du groupement désigne le cocontractant, après avis de la commission d'appel d'offres (s'il y en a une) et laisse aux membres du groupement le soin de signer et d'exécuter le marché, chacun pour ce qui le concerne.

7 - QUELLE FORME DE MARCHÉ ADOPTER ?

7.1. LE CHOIX DU MODE DE DÉVOLUTION DU MARCHÉ

7.1.1. L'allotissement

7.1.1.1. Le principe

L'article LP 222-1 du code érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique.

Hormis les marchés de conception-réalisation (article LP 326-1), tous les marchés doivent être passés en lots séparés, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.

L'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise. Il est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises.

7.1.1.2. L'encadrement des modalités de soumission et d'attribution des lots

A. L'attribution du marché par lot

L'article LP 222-1 du CPMP réaffirme le principe selon lequel les offres transmises par les entreprises sont appréciées lot par lot. Le candidat doit donc déposer un nombre d'offres correspondant au nombre de lots sur

lesquels il souhaite se positionner, chacune restant indépendante des autres. Chaque lot est ainsi attribué séparément des autres lots et fait l'objet d'un marché distinct. Il y a donc autant de lots que de marchés.

Rien n'interdit d'attribuer tous les lots à un même candidat. Les modalités de recours à l'allotissement sont facilitées par une disposition permettant aux acheteurs de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire. L'acte d'engagement devra toutefois faire apparaître de manière distincte chacun des lots ainsi que les montants correspondants.

En revanche, est illégal *d'exiger* d'un candidat qu'il soumissionne à tous les lots⁴⁴ car cela reviendrait à priver de toute portée l'obligation d'allotissement.

Attention : le même article autorisait les opérateurs, par exception et si l'acheteur l'avait prévu, à présenter des offres variables, c'est-à-dire dont le montant global évolue à la baisse en fonction du nombre de lots susceptibles de leur être attribués. L'offre variable constituait alors une offre « globalisée » présentée pour plusieurs lots. Cette possibilité a été supprimée par la loi du pays de simplification de 2019.

B. La limitation du nombre de lots susceptibles d'être attribués au même opérateur

En application de l'alinéa 3 de l'article LP 222-1, l'acheteur public peut limiter dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation :

- le nombre de lots pour lesquels un candidat peut remettre une offre ;
- ou le nombre de lots pouvant être attribués à un même candidat.

Dans la première hypothèse, c'est le candidat qui choisit les lots qui l'intéressent et l'acheteur n'a pas à prévoir, dans son règlement de consultation, les conditions dans lesquelles il attribuera tel lot en priorité à tel candidat (situation géographique du candidat, poids financier des lots, ordre de numérotation, etc.). S'il existe alors toujours un risque que les lots les moins intéressants ne fassent l'objet d'aucune offre, cette hypothèse reste donc la plus simple à mettre en œuvre.

Dans la seconde hypothèse, l'acheteur devra impérativement prévoir les modalités d'attribution des lots dans les documents de la consultation. En effet, la limitation du nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat impose d'en définir les modalités et particulièrement les règles applicables à un candidat qui remporterait plus de lots que le nombre pouvant lui être attribué. Ces modalités doivent être fondées « *sur des critères ou règles objectifs et non discriminatoires, lorsque l'application des critères de jugement des offres figurant dans ces mêmes documents conduirait à classer premier un candidat pour un nombre de lots supérieur au nombre de lots pouvant lui être attribués* »⁴⁵. Dès lors, l'acheteur doit porter à la connaissance des candidats l'ordre de priorité des différents lots. Les modalités d'attribution des lots peuvent, par exemple, être de nature financière. Dans ce cas, l'acheteur va indiquer dans les documents de la consultation que l'attribution des différents lots débutera par le lot le plus important financièrement et se poursuivra par ordre décroissant.

A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a validé les dispositions d'un règlement de consultation prévoyant que dans l'hypothèse où un candidat serait classé premier pour plusieurs lots tout en ne pouvant s'en voir attribuer qu'un seul, il lui serait attribué le lot plus important. En classant les trois lots du marché par ordre d'importance, l'acheteur a fixé « *une règle d'attribution des lots objective et non discriminatoire* »⁴⁶.

Dans tous les cas, la limitation doit être justifiée et proportionnée au but poursuivi. Il peut en être ainsi, par exemple, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement.

7.1.2. Cas de recours autorisés au marché unique

7.1.2.1. Un recours à justifier

L'article LP 222-1 du code autorise le recours à un marché unique (global), lorsque :

⇒ le marché public ne permet pas d'identifier des prestations distinctes c'est-à-dire aux marchés qui portent sur des prestations qui ne sont pas susceptibles « *par leur nature et compte tenu de l'objet du marché, de faire l'objet de lots différents* »⁴⁷. On peut citer, par exemple, un marché d'études de sol.

⁴⁴ CE, 1er juin 2011, *Sté Koné*, n° 346405, CE 18 septembre 2015 Syndicat intercommunal des eaux du Bas Roubion, req. 389740

⁴⁵ CE 20 février 2013 *Société Laboratoire Biomnis* req. 363656

⁴⁶ *Société Laboratoire Biomnis* précité

⁴⁷ CE 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, req. n° 335611

Cette définition reste toutefois de portée relative, dès lors que des prestations de même nature peuvent être regardées comme distinctes, et donc se prêter à un allotissement, lorsque leur exécution est répartie sur plusieurs sites⁴⁸.

⇒ l'allotissement est rendu difficile par des motifs :

- techniques, liés à des difficultés tenant, par exemple, à la nécessité de maintenir la cohérence des prestations ou à l'incapacité de l'acheteur public à assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- économiques, lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence ;
- financiers, lorsqu'il est de nature à renchérir de manière significative⁴⁹ le coût de la prestation.

Lorsqu'une de ces trois conditions est remplie, la dévolution sous forme de marché unique est donc permise.

L'acheteur public doit motiver son choix de recourir au marché unique dans le rapport de présentation qui accompagne tout projet de marché formalisé. Pour les marchés à procédure adaptée, le code n'a pas imposé que cette justification soit apportée dans un document déterminé. Même dans cas, l'acheteur public doit être à même de prouver que les conditions du recours au marché unique sont remplies.

Si ce choix venait à être contesté, le contrôle du juge se limite en la matière à celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁰.

Ces conditions sont, de fait, extrêmement restrictives. Ainsi, par exemple, le recours à un marché global :

⇒ a été admis dans les cas suivants :

- des prestations de sécurisation des espaces publics comprenant la rénovation des espaces publics, la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore et l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance, eu égard aux difficultés techniques d'une dévolution séparée de ces prestations et aux conséquences probables de l'allotissement sur leur coût financier⁵¹ ;
- la réduction significative du coût des prestations, au bénéfice de la personne publique, constituée, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global⁵² ;

⇒ n'a pas été admis dans les cas suivants :

- des prestations de téléphonie mobile, voix et données et des prestations de transfert d'informations entre machines (horodateurs et feux de signalisation) bien qu'elles fassent appel à la même technologie, dès lors que l'économie escomptée de ce regroupement est inférieure à 2 % du budget affecté au lot concerné⁵³ ;
- un marché de sécurité visant la surveillance de sites se trouvant dans quatre communes différentes⁵⁴.

⇒ La conclusion d'un marché public global au motif que l'acheteur public n'est pas en mesure d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination n'a pas été jugée régulière par le juge administratif dans la mesure où les difficultés antérieures rencontrées lors de précédents marchés publics ne sont pas de nature à démontrer que l'acheteur public n'était pas en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations déjà engagées, d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination les marchés publics spécifiquement attaqués. De la même façon, l'acheteur public ne saurait se prévaloir de la faiblesse des effectifs de ses services pour soutenir qu'il ne disposait pas de la capacité d'assurer la programmation et la coordination des chantiers alors qu'il avait recruté des maîtres d'œuvre dont la mission portait notamment sur l'élaboration puis le suivi du planning du chantier.

7.1.2.2. Marché unique et postes techniques

Le marché unique n'interdit pas au maître d'ouvrage d'identifier des prestations distinctes.

Cette décomposition en postes techniques (*Notion utilisée principalement dans le cadre des marchés de travaux*) est une opération différente de celle de l'allotissement et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un

⁴⁸ CE 23 juillet 2010, Région Réunion, req. n° 338367

⁴⁹ CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, n° 319949.

⁵⁰ CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n° 333737.

⁵¹ CE, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France, n° 311379)

⁵² CE, 9 décembre 2009, Département de l'Eure, n° 328803 ; CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935)

⁵³ CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes métropole, n° 319949)

⁵⁴ CE, 23 juillet 2010, Région de la Réunion, n° 338367)

marché unique⁵⁵. Elle permet d'attribuer le marché à un groupement conjoint d'entreprises, au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations qui lui sont confiées.

7.1.3. Les marchés de conception-réalisation (art. LP 326-1 et LP 326-2)

Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur. Ce contrat permet ainsi d'associer les entrepreneurs à la conception de l'ouvrage.

Le recours à cette procédure est strictement encadré. Il n'est possible que si des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Le juge administratif fait une interprétation stricte de ces conditions. Il a ainsi jugé que :

- 1) peut faire l'objet d'un marché de conception-réalisation : la construction d'un parking souterrain entraînant d'importantes difficultés, liées à la grande profondeur de l'ouvrage, à proximité de nappes phréatiques et à l'utilisation éventuelle d'explosifs⁵⁶ ;
- 2) ne peuvent pas faire l'objet d'un tel marché : la réalisation d'ateliers relais pour dirigeables⁵⁷ ; la réalisation d'un complexe multisport qui, malgré une superficie très importante, « ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du code des marchés publics »⁵⁸ ; ainsi que les travaux d'extension et de restructuration d'un collège⁵⁹.

En tout état de cause, l'urgence n'est pas un motif justifiant le recours au marché de conception- réalisation⁶⁰.

⁵⁵ CE, 30 juin 2004, OPHLM Nantes-Habitat, n° 261472.

⁵⁶ TA Lyon, 14 juin 1996, M. Chamberlain c/ Conseil régional de l'ordre des architectes de Rhône-Alpes, n° 960.2420.

⁵⁷ CE, 8 juillet 2005, *Cité d'agglomération de Moulins*, n° [268610](#).

⁵⁸ CAA Nancy, 5 août 2004, *M. Delrez c/ Commune de Metz*, n° [01NC00110](#).

⁵⁹ CE, 28 décembre 2001, *Conseil Régional de l'Ordre des Architectes c/ Département du Puy-de-Dôme*, n° [221649](#).

⁶⁰ CE, 17 mars 1997, *Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale*, n° 155573, 155574 et 155575.

7.2. LES MARCHÉS « FRACTIONNÉS » ET LA PLANIFICATION DES MARCHÉS DANS LE TEMPS

Lorsqu'il n'envisage pas de satisfaire en une seule fois l'intégralité de ses besoins sur un segment d'achat ou une opération donnée, l'acheteur public peut avoir recours à des formes de contrats spécifiques :

- les marchés à bons de commande.
- les marchés à tranches conditionnelles
- les accords-cadres, sur le fondement desquels seront attribués des marchés subséquents, après remise en concurrence des opérateurs économiques attributaires de l'accord-cadre.

Ces contrats ne sont pas des procédures de mise en concurrence, ce sont des techniques d'exécution destinées à répondre aux stratégies d'achat des acheteurs publics. Ils sont donc passés, en fonction de leurs caractéristiques, selon les différentes procédures prévues par le code.

7.2.1. Les marchés à bons de commande (art. LP 221-4)

Le marché à bons de commande est un marché « *conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande* ». Un acheteur peut ainsi effectuer des achats à caractère répétitif, en ayant d'abord organisé une seule procédure complète de mise en concurrence ».

Afin de favoriser la coordination des achats, il est possible à un service coordonnateur de conclure un marché à bons de commande, qui sera ensuite également exécuté par les autres services bénéficiaires.

Certaines prestations ne se prêtent guère à la formule du marché à bons de commande. En effet, tous les termes du contrat doivent figurer dans le marché à bons de commande. Les modalités de détermination des prix doivent donc également figurer dans le marché, ce qui suppose des prestations identifiées précisément dans le marché, identiques et répétitives. Lorsque le prix ou la définition de la prestation ne peut être déterminé de cette manière (exemple pour des travaux de terrassement, pour lesquels le prix sera fonction de l'ampleur des prestations à effectuer, de la nature du terrain, de son accessibilité, etc.), la formule à choisir est celle de l'accord-cadre (éventuellement mono-attributaire) et non celle du marché à bons de commande. Il en est également ainsi des prestations de maîtrise d'œuvre.

7.2.1.1. Minimum et maximum de commande

Le marché peut être conclu sans maximum ni minimum, ce qui donne plus de liberté à l'acheteur public qui n'est pas tenu de garantir un minimum de dépenses.

Cependant, il est toujours plus intéressant, si cela lui est possible, de conclure des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum, en valeur ou en quantité. Cela permet d'obtenir des offres économiquement plus avantageuses (cf. point 4.1 : « *définition des besoins* ») :

- la fixation d'un minimum permet aux opérateurs économiques de sécuriser leur carnet de commandes et, en conséquence, de rationaliser leur outil de production, en anticipant des économies d'échelle ou en garantissant le financement des investissements nécessaires à son extension ;
- la fixation d'un maximum permet d'indiquer aux opérateurs économiques le niveau de mobilisation de leur outil de production, le cas échéant, les conditions de disponibilité de cet outil pour satisfaire aux demandes d'autres clients.

En contrepartie des conditions plus avantageuses qui peuvent lui être consenties, l'acheteur public devra en assumer les conséquences contractuelles :

- s'il n'atteint pas le minimum prévu au contrat, il devra indemniser son cocontractant du préjudice subi⁶¹ ;
- s'il dépasse le maximum, il ne peut pas contraindre son cocontractant à assumer la part des prestations correspondante, sans conclure un avenant au marché : le titulaire du marché n'est, en effet, engagé par le marché qu'à hauteur du maximum. Toute commande complémentaire est donc subordonnée à son accord. Comme tout avenant, celui-ci ne peut bouleverser l'économie générale du marché, en en modifiant l'objet ou l'étendue.

Le cas échéant, l'acheteur veillera, dans la mesure du possible, à communiquer, aux candidats potentiels, le bilan du marché précédent, même si la ventilation des commandes et les quantités demandées sont susceptibles

⁶¹ CE, 18 janvier 1991, *Ville d'Antibes contre SARL Dani*, n° 80827 et 91344.

d'évolution. Toutefois, un acheteur qui a prévu un minimum et un maximum en valeur pour un marché comportant plusieurs prestations distinctes ne manque pas à ses obligations de publicité s'il ne fournit pas une estimation de la part que peut représenter chaque prestation distincte⁶².

7.2.1.2. Procédure de passation

Un marché pour lequel il n'est pas prévu de maximum est présumé dépasser les seuils de procédure formalisée. Il est, en conséquence, toujours passé selon une telle procédure. Dès lors, si l'acheteur public est certain de ne pas dépasser le seuil de mise en œuvre des procédures formalisées et qu'il souhaite recourir à une procédure adaptée, il lui est nécessaire d'assortir le marché à bons de commande d'un maximum.

Même si le montant maximum du marché permet de passer le marché selon une procédure adaptée, il est nécessaire de passer le marché selon une procédure formalisée, s'il existe un risque de dépassement du seuil de procédure formalisée en cours d'exécution du marché.

Cette remarque vaut aussi au regard des obligations de publicité (*cf. article LP 231-1 du code*), si l'on peut supposer que le montant peut atteindre 15 000 000 F CFP HT en cours d'exécution.

Il en est de même pour les marchés publics qui relèvent de l'article LP 321-2 du code des marchés publics : lorsqu'il n'est pas assorti d'un maximum, l'acheteur devra considérer que son montant excède les seuils prévus à cet article. Ce qui implique l'avis de la commission d'appel d'offres et la publication d'un avis d'attribution.

Dans le cadre des marchés à bons de commande, la comparaison des offres sur le critère du prix s'opère souvent sur la base d'un bordereau des prix unitaires assorti d'indications sur les quantités commandées. Les acheteurs publics doivent faire attention à ce que ce document représente le plus fidèlement possible une commande type.

7.2.1.3. Attribution des commandes

Les bons de commande⁶³, qui déterminent la quantité des prestations ou des produits demandés, sont ensuite émis sans négociation.

Dans l'hypothèse où le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques, les bons de commande sont répartis entre les titulaires sans remise en concurrence mais selon les modalités fixées par le marché, qui doivent être objectives, transparentes et non-discriminatoires.

Ils peuvent, par exemple, être attribués à tour de rôle, ou selon la méthode dite « en cascade », qui consiste à faire appel, en priorité, aux titulaires les mieux-disant : l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première et, si celui-ci n'a pas la capacité de répondre dans les délais exigés, l'acheteur s'adresse au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite, etc.

L'acheteur public ne peut s'adresser à un autre prestataire que le titulaire du marché que pour des besoins occasionnels de faible montant et dont le montant cumulé ne peut dépasser 8 000 000 CFP HT. Le cas échéant, il reste par ailleurs tenu de respecter ses engagements en termes de minimum et/ou maximum auprès du (des) titulaire(s) du marché.

7.2.1.4. Durée des marchés à bons de commande

Les marchés à bons de commande sont passés, sauf cas exceptionnels justifiés, pour une durée maximale de quatre ans. Au-delà de cette durée, il n'est plus possible d'émettre des bons de commande.

En revanche, la durée d'exécution des bons de commande émis durant la durée de validité du marché peut s'étendre au-delà de cette durée. Elle est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Si un bon de commande est émis en fin d'exécution, il restera valide, après l'expiration du marché en application duquel il a été émis. Il est donc possible d'utiliser l'émission de bons de commande en fin de marché, par exemple, pour assurer la continuité d'un approvisionnement, le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant, notamment, lorsque cette procédure a pris du retard⁶⁴.

En revanche, il est interdit de prolonger, par ce moyen, la durée d'exécution du marché « *dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* » (article LP 221-4), c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable. Cette durée s'apprécie en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché

⁶² CE, 18 juin 2010, *Office public d'aménagement et de construction Habitat Marseille Provence*, n° 335611.

⁶³ Qui ne doivent pas être confondus avec des ordres de service.

⁶⁴ Pour faciliter la mise en œuvre de cette solution d'un point de vue comptable, il est conseillé de prévoir dans le marché que le paiement des prestations commandées peut avoir lieu après le terme du marché, lorsque le bon de commande a été émis avant cette date butoir.

mais, de manière générale, elle ne devrait pas dépasser le temps nécessaire pour la réalisation des prestations attendues :

- une durée d'exécution des bons de commande excédant de plusieurs mois la date d'échéance du marché pourrait être regardée comme de nature à priver d'effet les dispositions limitant la durée de validité du marché à quatre ans ;
- la procédure de renouvellement d'un marché à bons de commande est un évènement prévisible, dont la survenance ne devrait pas, sauf circonstances exceptionnelles, surprendre l'acheteur public.

Il est possible de passer des marchés à bons de commande pour une durée inférieure à quatre ans, notamment en cas de forte volatilité des prix. En particulier, il est possible de limiter à un an la durée d'un marché à bons de commande portant sur des fournitures ou des services destinés à répondre à un besoin régulier, ce qui permet de ne prendre en compte que les besoins d'une année, dans le calcul de la valeur totale estimée du besoin.

7.2.1.5. Résiliation

Il n'est pas possible de résilier un marché à bons de commande avant son terme, pour le seul motif que le minimum a été atteint : la durée du marché est l'un des éléments déterminant les conditions de la mise en concurrence initiale. Une résiliation effectuée dans ces conditions est, en outre, susceptible de constituer une méconnaissance des dispositions du code interdisant de s'adresser, pendant la durée d'exécution du marché, à un autre prestataire que le titulaire, sauf pour des besoins occasionnels de faible montant (Cf. article LP 221-4, III).

7.2.1.6. Exécution mixte

Enfin, il est possible d'inclure dans un marché unique des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations. Les deux catégories de prestations doivent, toutefois, être clairement distinguées et les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article LP 221-4 du code. En tout état de cause, la conclusion d'un tel marché global doit respecter les dispositions de l'article LP 222-1 relatives à l'allotissement⁶⁵.

7.2.2. L'accord-cadre (art. LP 221-5)

L'accord-cadre a pour caractéristique essentielle de séparer la procédure de sélection du ou des titulaires de l'attribution des marchés : il permet de sélectionner plusieurs prestataires, qui seront ensuite remis en concurrence lors de la survenance effective du besoin.

7.2.2.1. Qu'est-ce qu'un accord-cadre ?

Un accord-cadre est un contrat conclu entre un ou plusieurs acheteurs publics avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui leur accorde une exclusivité unique ou partagée pour une durée déterminée et sur le fondement duquel des marchés sont ultérieurement conclus.

L'accord-cadre n'est pas un système de référencement. Il constitue un système fermé. Aucun nouveau prestataire ne peut entrer dans l'accord-cadre après son attribution.

Les accords-cadres ne sont pas des procédures de passation : ils sont conclus selon les mêmes procédures (appels d'offres, MAPA, etc.) et en fonction des mêmes seuils que les marchés publics.

L'avis de publicité doit contenir des informations, à titre indicatif et prévisionnel, permettant aux candidats potentiels d'apprécier l'étendue du marché. Ainsi, le Conseil d'État a jugé en métropole que la rubrique « *quantité ou étendue globale* » du formulaire européen d'avis de marché doit être remplie, même lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de montant minimum ou maximum⁶⁶.

Les opérateurs économiques sont sélectionnés selon les critères déterminés pour choisir les offres indicatives économiquement les plus avantageuses. Les termes de l'accord pourront être complétés ou précisés, lors de la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre.

7.2.2.2. Marchés subséquents

Les marchés subséquents sont passés sur le fondement d'un accord-cadre. Ils précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qui n'ont pas déjà été fixées dans l'accord-cadre ; cependant, ces marchés ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés initialement par l'accord-cadre.

⁶⁵ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles (SMAROV)*, n° 340212.

⁶⁶ CE, 20 mai 2009, *Ministre de la défense*, n° 316601.

Les critères d'attribution des marchés subséquents ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion de l'accord-cadre, même s'il peut y avoir une certaine complémentarité entre eux. Ainsi, il est possible de fonder l'attribution de l'accord-cadre exclusivement sur la base de critères « qualitatifs » et de fonder la conclusion des marchés subséquents sur le critère unique du prix, à condition que ces modalités aient été précisées dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Les marchés subséquents sont attribués sans être soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres. Toutefois, il peut être judicieux d'en organiser la consultation, dès lors que les marchés subséquents fixent à leur niveau des éléments essentiels concernant, en particulier, le prix. C'est pourquoi il est recommandé de soumettre à l'avis de la commission d'appel d'offres les marchés subséquents d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée.

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en concurrence, si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure formalisée. La négociation directe avec les co-titulaires n'est possible que si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée ou si l'acheteur public se trouve dans l'une des hypothèses définies aux articles LP 323-2, LP 323-10 et LP 323-11 du code des marchés publics⁶⁷.

Les marchés subséquents peuvent être conclus lors de la survenance du besoin, selon une périodicité prévue par l'accord-cadre ou, par exemple, lorsque le stock disponible de produits faisant l'objet de l'accord-cadre devient égal ou inférieur à un niveau préétabli.

Lorsque le marché est alloti et que les lots portent sur des produits ou des services différents, si la remise en concurrence est effectuée au moment de la survenance du besoin, seuls les titulaires des lots concernés sont remis en concurrence. En revanche, si la remise en concurrence est effectuée selon une périodicité définie à l'avance par l'accord-cadre, tous les titulaires de tous les lots sont remis en concurrence.

Les accords-cadres sont soumis, pour leur durée d'exécution, au même régime que les marchés à bons de commande.

La durée des marchés subséquents ne doit pas avoir pour effet de prolonger la durée de validité de l'accord-cadre « *dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* » (art. LP 221-5). Les observations formulées sur cette question à l'égard des marchés à bons de commande leur sont applicables.

7.2.3. Les marchés à tranches conditionnelles (art. LP 221-3)

Dans un marché à tranches conditionnelles, l'acheteur public n'est engagé que sur la tranche ferme. En revanche, le fournisseur l'est sur l'ensemble des tranches du marché.

Pour l'appréciation des seuils de procédure et de publicité, ainsi que pour le jugement des offres, l'ensemble des tranches doit être pris en considération, en additionnant les montants estimés de chacune d'entre elles.

Ce type de marché permet le lancement d'une consultation pour la réalisation d'un programme, en offrant aux candidats potentiels une bonne visibilité sur l'ensemble de l'opération. L'engagement du fournisseur peut être limité dans le temps, si le marché prévoit expressément un délai pour l'affermissement des tranches. Il est recommandé de définir un tel délai dans le marché, en fonction de son objet et de ses caractéristiques. Ce délai doit être raisonnable, de manière à ne pas porter tort aux entreprises.

Le marché peut prévoir que lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire peut bénéficier d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit. Le versement de cette indemnité doit alors tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché. Les règles applicables, les conditions de versement de cette indemnité, son montant ou ses modalités de calcul doivent être prévues par le marché.

Le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions définies à l'article LP 216-2 du code des marchés publics.

7.3. LES MARCHÉS RECONDUCTIBLES (ART. LP 215-1)

Lorsqu'un acheteur ne veut pas s'engager d'emblée sur une durée trop longue, il peut recourir aux marchés reconductibles. Cette modalité lui permet d'évaluer la qualité des prestations exécutées sur une période donnée, avant de poursuivre avec le même titulaire.

⁶⁷ Rép. min. n° 25591, *JO Sénat*, 1er mars 2007, p. 459.

Le marché reconductible suppose une reconduction à l'identique du marché, seuls les prix pouvant être amenés à varier sous l'effet d'une clause de révision.

Dans tous les cas, la procédure de passation doit être déterminée en tenant compte de la durée totale du marché, périodes de reconduction incluses. Les acheteurs doivent donc, lors de la publicité initiale, mentionner cette durée totale en incluant l'ensemble des reconductions prévues. En l'absence d'une telle mention, le contrat reconduit serait considéré comme un nouveau contrat et par suite irrégulier pour avoir été conclu sans publicité et mise en concurrence préalables⁶⁸. Les documents de la consultation et les pièces contractuelles doivent préciser que le marché est reconductible, ainsi que les conditions de sa reconduction (*en particulier, le nombre et la durée des reconductions*).

Lorsqu'elle est prévue, la reconduction d'un marché est tacite, sauf stipulation contraire prévue expressément dans le marché (article LP 215-1 du code des marchés publics). En cas de silence gardé par l'acheteur public, le marché reconductible est donc automatiquement reconduit pour une durée identique à la période initiale, et dans la limite du nombre de reconductions fixé à l'origine dans le marché.

Le marché peut toujours prévoir que la reconduction est soumise à une décision expresse de l'acheteur public. La décision doit alors être notifiée au titulaire avant la date d'échéance du marché.

En effet, la reconduction s'entend comme étant le prolongement d'un même contrat, et non comme un nouveau marché. Si l'acheteur n'a notifié aucune décision avant l'échéance du marché, les relations contractuelles entre l'acheteur et le titulaire prennent fin et le marché n'existe plus.

Il est recommandé de prévoir dans le marché les conditions dans lesquelles peut être prononcée la reconduction : un délai peut, par exemple, être fixé, au-delà duquel le marché ne peut plus être reconduit.

Que la reconduction soit expresse ou tacite, l'acheteur public détient une compétence exclusive pour décider de reconduire ou non le marché. Le titulaire ne peut, en aucun cas, s'y opposer.

8 - COMMENT SAVOIR SI ON DÉPASSE UN SEUIL ?

Le code polynésien des marchés publics impose le respect de procédures dont le déclenchement est conditionné par l'appréciation d'un besoin et le fait que le montant de l'achat destiné à la satisfaction de ce besoin excède certains seuils établis par l'article LP 223-2.

Les seuils de déclenchement des procédures prévues au code sont les seuils prévus à l'article LP 223-2 du code.

L'acheteur public doit vérifier si ces seuils, qui déclenchent l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence identifiées au code des marchés publics, sont atteints. Il est rappelé qu'aucun besoin ne doit être scindé ou abusivement fractionné, dans le but d'échapper aux règles du code des marchés publics.

Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur à ces seuils, l'acheteur public doit recourir à l'une des procédures définies au livre III. En cas de pluralité de marchés nécessaires à la satisfaction d'un même besoin, l'acheteur devra déterminer la procédure à mettre en œuvre en prenant en compte la valeur cumulée de chacun des marchés.

8.1. REGLES COMMUNES A TOUS LES MARCHES QUELLE QUE SOIT LA NATURE DES ACHATS CONCERNES

Quelle que soit la nature de l'achat, certaines règles communes s'appliquent invariablement pour l'appréciation des seuils.

8.1.1. Le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel est sans incidence sur le calcul des seuils

Les règles de détermination du montant estimé du besoin à comparer au seuil s'apprécie quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est envisagé de faire appel. Autrement dit, le fractionnement organique (par fournisseur) ne permet pas de diminuer artificiellement le montant du marché en le saucissonnant. Ce qui compte c'est la nature de la prestation et non pas celui qui la fournit.

⁶⁸ 96 CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143.

8.1.2. L'acheteur doit évaluer son besoin hors taxes, les seuils étant exprimés hors taxes.

8.1.3. L'acheteur doit évaluer son besoin en prenant en compte la forme particulière du marché qu'il envisage de conclure

Ainsi, pour les marchés à tranches mentionnés à l'article LP 221-3 qui comportent nécessairement une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles sur lesquelles l'acheteur ne prend pas d'engagement de réalisation, il convient de cumuler le montant total des tranches fermes et conditionnelles pour estimer si le marché envisagé franchit ou non tel ou tel seuil.

S'agissant des marchés à bons de commande mentionnés à l'article LP 221-4, ces derniers peuvent comporter l'indication du minimum et du maximum des prestations. C'est le maximum qui doit être retenu pour être comparé aux seuils. Si le projet de marché, ne comporte pas l'indication de montant maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils mentionnés au I de l'article LP 223-2 c'est-à-dire les seuils de procédures formalisées.

Pour les marchés comportant le versement de primes (par exemple dans le cadre de passation d'un marché de maîtrise d'œuvre dans les conditions prévues aux articles LP 326-4 et suivants), le montant de celles-ci doit être pris en compte pour calculer la valeur estimée du besoin.

8.1.4. L'acheteur doit tenir compte du mode de dévolution de son marché

Lorsque l'achat est alloti, le montant estimé de tous les lots doit être cumulé pour apprécier si les seuils sont ou non dépassés, que ceux-ci fassent l'objet d'une procédure de mise en concurrence unique ou de plusieurs publicités distinctes (article LP 223-6). La procédure de passation de chaque lot est celle qui s'applique au marché pris dans son ensemble quand bien même chaque lot constitue un marché.

Ce principe a été assoupli par la loi du pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du CPMP. Désormais, alors même que le montant total du marché atteint le seuil de procédure formalisée, l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence pour les « petits lots » lorsque les deux conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- 1) La valeur estimée de chaque « petit lot » est inférieure à 8 000 000 FCFP HT ;
- 2) Le montant cumulé de ces « petits » lots ne dépasse pas 30 % de la valeur de tous les lots.

Ainsi, le montant cumulé du ou des lots dispensés de publicité et de mise en concurrence est comparé au montant correspondant à la valeur de l'ensemble des lots. Les autres lots du même marché, dont la valeur cumulée représentera, par conséquent, au moins 70 % du marché total, seront passés selon une procédure formalisée.

Exemple : Un marché alloti dont la valeur globale estimée s'établirait à 39 millions hors taxes (supérieur au seuil de procédure formalisée fixé par l'article LP 223-2-I-1° pour le Pays) et qui serait alloti de la manière suivante :

Lot 1 : montant estimé : 12 millions HT ;

Lot 2 : montant estimé : 18 millions HT ;

Lot 3 : montant estimé : 5 millions HT ;

Lot 4 : montant estimé : 4 millions HT.

Le marché devra être passé sous la forme d'un appel d'offres pour les lots n° 1 et 2, tandis que les lots n°3 et n° 4 pourront être passés sans publicité ni mise en concurrence car ils respecteront les deux conditions cumulatives fixées par le code :

- ils sont chacun inférieurs à 8 millions HT ;
- leur montant cumulé (9 millions) n'excède pas 30% de la valeur totale des lots (30% de 39 millions donnant 11, 7 millions hors taxes).

En pratique donc, c'est au moment du lancement initial de la consultation comprenant l'ensemble des lots que l'acheteur fait le choix d'utiliser le dispositif des « petits lots » et contrôle le respect des conditions d'application à savoir :

1°) le montant nominal de chaque lot

2°) et leur montant cumulé.

La mise en œuvre de la procédure des petits lots est une simple faculté pour l'acheteur public. Ce dernier peut faire le choix de soumettre l'intégralité des lots quel que soit leur montant à la procédure applicable au regard de la valeur globale estimée de la totalité des lots.

En vue de respecter le principe de transparence, l'ensemble des lots et leur décomposition apparaît dans la mesure publicitaire lançant l'opération initiale. L'acheteur public est invité à préciser la ou les petits lots qui seront passés sans publicité ni mise en concurrence en application du 1° de l'article LP 233-3.

8.1.5. L'acheteur doit prendre en compte la durée totale de son marché

Lorsque le marché prévoit la possibilité d'une reconduction en application de l'article LP 215-1, la mise en concurrence doit être réalisée en ~~en~~ prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

Par exemple, un marché passé par le ministre en charge de l'équipement ou une commune dont la valeur estimée de fournitures serait de 30 000 000 FCFP HT sur un an et comportant une clause de reconduction éventuelle sur un an supplémentaire doit faire l'objet d'un appel d'offres, le montant à comparer aux seuils étant de 60 000 000 FCFP HT.

8.1.6. L'acheteur doit effectuer son évaluation sans prendre en compte le coût des frais de transport maritimes ou aériens entre Tahiti et les autres îles de la Polynésie française.

L'estimation du montant de l'achat nécessaire à la satisfaction du besoin s'opère selon des règles de calcul définies par le code à l'article LP 223-5. Elle impose au préalable de déterminer le niveau organique de computation des seuils.

8.2. NIVEAU DE COMPUTATION DES SEUILS

8.2.1. Le principe : l'évaluation au niveau de la personne morale

Hormis la Polynésie française, l'évaluation du montant de la commande nécessaire à la satisfaction des besoins identifiés doit avoir lieu en principe **au niveau de la personne morale soumise à la réglementation des marchés.**

Ainsi, concernant les établissements publics de la Polynésie française, les communes, leurs établissements publics, les EPCI et les syndicats mixtes, le montant du besoin s'apprécie au niveau de la collectivité ou de l'établissement concerné. En d'autres termes, l'échelle d'évaluation du besoin correspond à l'ensemble du besoin se manifestant dans l'ensemble des services de la collectivité ou de l'établissement.

Cette évaluation va ensuite permettre de comparer le montant estimé de la commande nécessaire à la satisfaction du besoin de la collectivité concernée au seuil.

8.2.2. Cas particuliers

8.2.2.1. La Polynésie française

Pour la Polynésie française en raison de sa taille, un même besoin ne peut être évalué à l'échelle de la Polynésie française. Il faut donc calculer la valeur estimée du besoin en prenant en compte des échelons inférieurs (cf. point 8.2.2.3).

8.2.2.2. Les besoins des institutions

S'agissant de l'Assemblée de la Polynésie française et du Conseil économique et social, la computation des besoins est opérée au niveau de l'ensemble des services relevant de chacune de ces institutions.

8.2.2.3. Les besoins de l'administration de la Polynésie française

L'article A 223-1 a prévu de maintenir la computation des seuils au niveau du ministère. La comparaison du montant estimé des achats à réaliser aux seuils de déclenchement des procédures de marchés est donc en principe réalisée par le ministre en agréant selon les modalités de calcul définies au code (cf. point 8.3 et 8.4) l'ensemble des achats effectués par tous les services qui lui sont rattachés.

Par exception la computation des seuils est réalisée à un niveau infra-ministériel pour les subdivisions déconcentrées des services de la direction de l'équipement, de la direction de la santé, de la direction de l'agriculture. Le niveau de computation des seuils retenu est celui de leurs divisions administratives internes telles qu'issues de la délibération n° 2000-132 APF du 9 novembre 2000 fixant les principes de la déconcentration administrative notamment leurs subdivisions déconcentrées.

Pour ces services, le niveau de computation des seuils doit donc être apprécié :

- au niveau de l'échelon central pour les besoins de la direction du service et de leur administration centrale ;
- au niveau de leur échelon déconcentré dans l'archipel des îles du vent ;
- au niveau de chacune de leurs subdivisions déconcentrées dans les autres archipels.

8.2.2.4. Les besoins des AAI.

Ne relevant pas de l'administration de la Polynésie française, la computation des besoins est opérée au niveau de l'ensemble des services relevant de l'autorité.

8.3. POUR LES MARCHÉS DE TRAVAUX : LES NOTIONS D'OUVRAGE ET D'OPÉRATION (ART. LP 223-5)

Le marché de travaux défini à l'article LP 122-2 du code se caractérise par le fait que l'acheteur public en est le maître d'ouvrage, c'est-à-dire la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit.

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

Les acheteurs publics n'ont, en revanche, pas à prendre en compte la valeur des fournitures et/ou services nécessaires à la réalisation des travaux et qu'ils mettent à la disposition de leur cocontractant car cette prise en compte n'est pas rendue obligatoire par le code (article LP 223-5-1°).

Par exemple :

- fourniture par l'acheteur d'un stock de tuiles lui appartenant,
- ou hypothèse d'un établissement public local disposant d'un bureau d'études et qui n'aura pas à intégrer le montant des prestations effectuées par ce bureau pour la réalisation des travaux.

8.3.1. La notion d'opération de travaux

La notion d'opération de travaux revêt une importance particulière pour le calcul des seuils.

Un marché de travaux, au sens du code, est un marché conclu avec des entrepreneurs qui a pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par l'acheteur public, qui en exerce la maîtrise d'ouvrage (article LP 122-2).

L'opération de travaux ne peut être scindée en fonction de l'objet des travaux, des procédés techniques utilisés ou de leur financement, lorsqu'ils sont exécutés dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Les travaux suivants constituent ainsi une seule et même opération : des marchés conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet⁶⁹, des marchés conclus simultanément pour la

⁶⁹ CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, n° 117717.

réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune⁷⁰ ; des travaux d'étanchéité de peinture effectués par le même syndicat pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées⁷¹.

8.3.2. La notion d'ouvrage

Le code des marchés publics définit la notion d'ouvrage comme désignant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir, par lui-même, une fonction économique ou technique (art. LP 122-3).

Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil.

8.4. POUR LES MARCHÉS DE FOURNITURES ET DE SERVICES : LE CARACTÈRE HOMOGENÈ (ART. LP 223-5)

Afin de l'estimer de manière sincère et raisonnable, la valeur totale des fournitures ou des services prise en compte est celle des fournitures ou des services homogènes :

- en raison de leurs caractéristiques propres c'est-à-dire leur similarité intrinsèque ;
- ou
- parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

Le choix entre ces deux formules ne doit, en aucun cas, être effectué pour permettre de soustraire les marchés aux règles de procédure fixées par le code. Il est recommandé aux acheteurs d'effectuer ce choix au moment où ils déterminent la nature et l'étendue de leurs besoins de services et de fournitures.

8.4.1. Homogénéité en fonction des caractéristiques propres

8.4.1.1. Une notion variable

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre et qu'il lui appartient d'apprécier, en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action.

A titre d'exemple, une paire de ciseaux constitue pour une administration une fourniture de bureau, mais du matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers. Elle ne sera dès lors pas comptabilisée dans la même catégorie selon l'acheteur concerné.

Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité, et qui leur permettra d'identifier leurs « familles », aussi appelés « segments », d'achats.

8.4.1.2. Un calcul sur quelle durée ?

Cette classification leur permettra, en fin d'exercice budgétaire N-1, de déterminer, par rapport au montant total des dépenses récurrentes enregistrées, la procédure à utiliser pour conclure les marchés correspondants à ce besoin récurrent, au cours de l'année budgétaire N.

Pour un marché d'une durée inférieure à un an, à conclure au cours de l'année budgétaire N, le montant à prendre en compte pour déterminer la procédure applicable est alors celui du montant des dépenses récurrentes enregistrées au cours de l'exercice N-1, et non la valeur estimée du marché envisagé. En effet, l'article LP 223-5 du code précise que « pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année ».

8.4.1.3. Et face à l'incertitude ?

En cas de doute, il convient de souligner qu'il ne sera a priori jamais reproché à un acheteur public d'avoir aggloméré des fournitures « par erreur », dès lors que cela l'aura davantage conduit à organiser une procédure d'achat adaptée ou formalisée plutôt que permis de se soustraire à la réglementation comme un découpage artificiel l'aurait permis.

⁷⁰ CE, 26 septembre 1994, *Préfet d'Eure-et-Loir*, n° 122759.

⁷¹ CE, 8 février 1999, *Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine*, n° 156333.

Par exemple, comptabiliser des petits ventilateurs de table, mis à la disposition des agents en cas de pics de chaleur, au titre des « fournitures et petits matériels de bureau » pourrait surprendre. Mais cela n'aura pour effet que d'ajouter un montant spécifique à un ensemble de montants qui pourraient chacun déjà être qualifiés de spécifiques dans le domaine des fournitures (papeterie (qui elle-même pourrait être décomposée : courrier, reprographie etc.), produits d'écriture et de correction, solutions de classement et d'organisation, produits permettant l'expédition, façonnés, fixations, et tous les petits matériels de bureau...) à juste titre considérées comme appartenant à la même famille.

En substance, on s'aperçoit alors que les notions de fournitures ou prestations homogènes et d'unités fonctionnelles sont tout à fait convergentes.

Quant à savoir si un fournisseur de matériels de bureau est en mesure d'approvisionner l'acheteur en petits ventilateurs de table, bien qu'homogènes, des fournitures n'en peuvent pas moins être distinctes et, de ce fait, donner lieu à des marchés distincts au terme d'une consultation allotie⁷².

8.4.2. Unités fonctionnelles

Lorsqu'il s'agit de satisfaire un besoin concourant à la réalisation d'un même projet ou d'une même finalité, l'acheteur peut prendre comme référence l'unité fonctionnelle.

Cette notion, qui doit s'apprécier au cas par cas, en fonction des prestations attendues, suppose une pluralité de services ou de fournitures concourant à un même objet. Dans cette hypothèse, l'ensemble des prestations nécessaires à l'élaboration d'un projet ou concourant à un même objet, et faisant partie d'un ensemble cohérent, sont prises en compte de manière globale⁷³.

Si le montant total de cette évaluation est supérieur aux seuils de procédures formalisées, l'acheteur devra s'y conformer. Dans le cas contraire, il pourra recourir à une procédure adaptée.

8.4.3. Survenance de besoins nouveaux

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

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

8.5. LA DÉTERMINATION DU MONTANT DU MARCHÉ EN L'ABSENCE DE PRIX VERSÉ PAR L'ACHETEUR PUBLIC

Certains marchés peuvent être des contrats à titre onéreux, alors même qu'ils ne donneraient pas lieu au versement d'un prix par l'acheteur public. C'est en particulier le cas lorsque la rémunération du titulaire est constituée par le droit qui lui est accordé de percevoir une partie des recettes nées de l'exécution du contrat (voir pt. 2.2). Dans ce cas, le montant estimé du marché est évalué à partir du montant des recettes concédées⁷⁴.

Il faut donc réintégrer les recettes éventuellement perçues par le titulaire du contrat et, le cas échéant, les ajouter au prix versé par l'acheteur public pour apprécier le montant du marché.

⁷² Ce qui peut également permettre de tirer profit des spécialités des fournisseurs présents sur le marché concurrentiel (l'un pouvant être plus compétitif sur le papier que l'autre qui le sera sur les stylos).

⁷³ CJUE, 15 mars 2012, *Commission/République fédérale d'Allemagne*, aff. C-574/10.

⁷⁴ Par exemple, CAA Lyon, 2 juin 2004, *Sté Michel Charmettan Construction*, n° 98LY01271.

Troisième partie

LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE

9 - QUELLES MESURES DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE ?

9.1. POURQUOI FAUT-IL PROCÉDER À DES MESURES DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE ?

9.1.1. La garantie du respect des principes de la commande publique

Les mesures de publicité et de mise en concurrence assurent le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics mentionnés aux articles 28-1 et 49 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et rappelés par l'article LP 111-1 du code polynésien des marchés publics.

1. La **liberté d'accès à la commande publique** implique que tout opérateur peut être candidat et présenter une offre.
2. L'**égalité de traitement des candidats** impose de donner le même niveau d'informations (critères de choix, informations sur le dossier...) à tous les candidats quelle que soit la procédure, de juger les offres dans des conditions de stricte égalité, et de ne pas favoriser certains candidats au moyen, par exemple, de la communication d'informations privilégiées.
3. La **transparence des procédures** est garantie par la publicité, la lisibilité des documents de consultation, une présentation claire des critères de choix ainsi que l'information des candidats et la justification des décisions prises par l'acheteur.

Le respect de ces principes vise à garantir l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Ces principes à valeur constitutionnelle ont été consacrés par le Conseil Constitutionnel comme découlant des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (*Cons. Const n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*).

Ils s'imposent à tous les marchés quel que soit leur montant (*CE avis 29 juillet 2002 Société MAJ Blanchisseries de Pantin*). Le juge administratif veille au respect de ces principes généraux du droit de la commande publique (*CE 23 décembre 2009 Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles req. 328827*).

La publicité présente une double utilité :

- ⇒ Elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés en informant les secteurs économiques concernés du lancement d'une procédure d'achat.
- ⇒ Elle suscite une plus grande diversité des offres, elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics.

9.1.2. Le cas des offres spontanées

Certaines entreprises peuvent adresser à l'acheteur public une offre spontanée, afin de lui présenter un projet répondant à un besoin qu'il n'aurait pas identifié.

Les offres spontanées ne permettent pas à l'acheteur de contracter directement avec les entreprises qui en sont à l'origine. Si la personne publique souhaite donner suite à un tel projet, elle doit organiser la mise en concurrence de tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés par sa mise en œuvre, offrant toutes les garanties d'impartialité de sélection. Elle ne peut recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence que dans les hypothèses expressément prévues par le code, notamment lorsque l'offre spontanée s'appuie sur une technologie particulière que seule l'entreprise détient ou maîtrise et qu'aucune alternative n'existe pour satisfaire le besoin de l'acheteur (art. LP 123-10-6°).

S'il procède à une mise en concurrence, l'acheteur public doit veiller à éviter deux écueils :

- porter atteinte à l'égalité entre les candidats en reprenant dans le cahier des charges des indications techniques directement inspirées de celles présentées par l'entreprise initiatrice ;
- diffuser des informations commerciales ou techniques protégées par le secret des affaires.

Les offres spontanées ne doivent pas être confondues avec les offres de concours qui sont des contrats par lesquels une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir gratuitement une participation à l'exécution de ces travaux. Cette participation peut être financière ou en nature (fourniture d'un terrain ou de main-d'œuvre ou réalisation de prestations). L'offre de concours n'est pas un marché public mais un contrat spécifique unilatéral qui ne détermine d'obligations qu'à la charge du cocontractant.

9.2. LA DETERMINATION DES MESURES DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE A METTRE EN ŒUVRE

Les modalités de publicité et de mise en concurrence à mettre en œuvre sont en principe liées au montant estimé des besoins évalué conformément aux dispositions de l'article LP 223-5 du code. Dans certains cas particuliers, les acheteurs publics sont soit dispensés de mesures de publicité et de mise en concurrence soit doivent observer des formalités de publicité et de mise en concurrence qui sont déterminées à raison de l'objet du contrat et non de la valeur estimée du besoin. C'est le cas notamment des marchés de services juridiques ou de formation professionnelle qui sont passés selon une procédure adaptée quel que soit le montant estimé du besoin (cf. article LP 321-2).

Lorsqu'il s'agit d'une modalité de publicité obligatoire, le contenu de l'avis d'appel public à concurrence doit être conforme à un modèle devant comporter impérativement certains renseignements.

Les avis publiés dans des publicités complémentaires à l'initiative de l'acheteur doivent répondre aux mêmes exigences.

9.3. EN DESSOUS DES SEUILS DE PROCEDURE FORMALISEE

Tout marché doit en principe faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence et ce dès que le marché franchit le seuil de 8 000 000 FCFP HT.

9.3.1. Les marchés inférieurs au seuil de dispense des procédures

Lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 8 000 000 FCFP HT, le marché « *peut être passé sans publicité et sans mise en concurrence* » (art. LP 223-3-1°).

En raison de leur enjeu économique réduit, les marchés en dessous de ce seuil sont dispensés du respect de mesures de publicité et de mise en concurrence. Ils n'en restent pas moins dans le champ du code. C'est pourquoi, l'article LP 223-3-1° impose des garanties destinées à respecter les principes de la commande publique.

L'acheteur doit veiller :

a) à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin :

Les acheteurs publics doivent toujours respecter leurs obligations en matière de définition préalable des besoins (art. LP 221-1, cf. point 4 *Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins* à vérifier). L'acheteur devra donc déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. L'offre choisie sera celle qui respectera ses exigences et qui aura pour objet exclusif de répondre aux besoins exprimés. En d'autres termes, l'acheteur évitera de choisir des prestations superflues qui auront notamment pour effet de peser sur le coût final (cf. deuxième partie, point 4 *Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins*).

Exemple : si le besoin exprimé est un téléviseur destiné à équiper une salle de classe, afin d'y diffuser des documentaires, de regarder des émissions de télévision et de visionner des photos ou des films, l'acheteur devra, au préalable, se poser quelques questions évidentes : « *l'utilisation sera-t-elle fréquente ?* », « *une location ponctuelle suffirait-elle ?* », « *à quelle distance de l'écran seront situés les élèves ?* », « *correspond-il à la configuration des lieux ?* », « *le téléviseur est-il doté des connectiques adaptées à ma future utilisation ?* », « *est-il compatible avec le matériel que je possède ?* », « *quel est le budget disponible ?* ». Dans ce cas précis, un écran cinéma capable d'afficher des images en 3D ne paraît pas correspondre au besoin.

L'acheteur doit garder également à l'esprit les règles relatives à la computation des seuils au regard des notions d'opération et de prestations homogènes (art. LP 223-5). Il ne doit jamais découper le montant de ses marchés, de façon à pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le saucissonnage en vue d'échapper à une procédure de publicité et de mise en concurrence est illégal et passible de sanction pénale (*délit de favoritisme prévu à l'article 432-14 du code pénal*).

b) à faire une bonne utilisation des deniers publics :

L'acheteur gère des deniers publics. Il veillera donc à choisir une offre financièrement raisonnable et cohérente avec la nature de la prestation. Cette démarche invite l'acheteur à s'informer sur l'offre existante sur le marché.

Lorsque l'acheteur a une bonne connaissance du marché, il peut procéder à l'acte d'achat sans formalité préalable. A défaut, l'acheteur effectue son achat comme tout particulier avisé, il se renseigne, procède à des comparaisons en sollicitant ou consultant les catalogues fournisseurs, en prospectant dans les magasins environnants, en demandant des devis, en constituant des fichiers fournisseurs qu'il enrichit au fur et à mesure, en établissant des référentiels de prix. Pour des prestations plus techniques, une demande de devis est recommandée.

c) à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire, lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin :

Etre un acheteur avisé impose de procéder à une veille économique épisodique afin de ne pas contracter systématiquement avec le même fournisseur : Pour ce faire, l'acheteur pourra se poser plusieurs questions : *« de nouveaux opérateurs se sont-ils récemment implantés ? », « le prestataire avec lequel nous avons contracté est-il toujours plus compétitif ? »*

Le code n'impose pas de mise en concurrence pour ces achats mais simplement d'éviter de recourir de manière systématique au même fournisseur.

A titre d'exemple, on pourrait imaginer que l'acheteur, tout en contractant avec un fournisseur sans mise en concurrence en dessous de 8 000 000 FCFP HT, réserve une partie de sa commande (5, 10, 20 %, ou un, ou plusieurs, achats par an) à d'autres fournisseurs. Ainsi, pour les travaux de maintenance en plomberie d'une petite commune qui représenteraient un montant global inférieur à 3-000-000 8 000 000 FCFP HT, ceux-ci seraient confiés au plombier habituel pour 80 % d'entre eux mais la commune s'efforcerait, pour une ou plusieurs interventions, qui représenteraient donc les 20% restants, de faire appel à un, ou plusieurs autres fournisseurs.

Par ailleurs, si l'acheteur peut démontrer qu'il n'existe pas une pluralité d'offres potentielles, il peut recourir de manière systématique au même fournisseur. Dès lors, l'on peut imaginer, dans les communes situées dans les archipels éloignés, que l'intervention du seul garagiste disponible sur la commune justifie le recours systématique à ce dernier.

L'acheteur public doit toujours garder à l'esprit qu'il doit pouvoir être à même, de justifier de son choix.

Attention : cette mesure dérogatoire ne peut être utilisée que si le marché répond à un besoin estimé inférieur à 8 000 000 FCFP. Ainsi, un marché dont le montant estimé serait inférieur à 8 000 000 FCFP mais qui concourt avec d'autres à la satisfaction d'un besoin dont la valeur globale estimée est supérieure à ce même seuil, ne peut être passé selon cette procédure.

Par exemple, dans le cadre d'un projet de rénovation d'une salle informatique qui comprendrait des travaux de peinture (9 millions), la rénovation des revêtements de sols (4 millions), la réfection du système électrique (3 millions) les règles de calcul de la valeur estimée du besoin imposent de considérer que l'on est en présence d'une unité fonctionnelle. Ce besoin doit donc donner lieu à des marchés publics sous une forme allotie dont la procédure correspond à celle applicable pour l'ensemble du besoin (16 millions), en l'occurrence une procédure adaptée.

9.3.2. Les marchés supérieurs au seuil de dispense des procédures et inférieurs aux seuils des procédures formalisées : les marchés à procédure adaptée (MAPA)

Les marchés dont le montant est supérieur à 8 000 000 FCFP HT et inférieur aux seuils de procédures formalisées fixés respectivement à 35 000 000 FCFP HT pour la Polynésie française et 20 000 000 FCFP HT pour les communes (article LP 223-2) peuvent être passés selon une procédure dite adaptée.

Dans ce cas, les acheteurs publics sont libres de définir eux-mêmes les règles de publicité et de mise en concurrence proportionnées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché, aux conditions dans lesquelles l'achat est réalisé et au degré de concurrence entre les opérateurs économiques potentiellement intéressés (art. LP 321-1).

Attention : Le code polynésien retenait deux niveaux de publicité qui variaient en fonction du montant estimé des achats réalisés en procédure adaptée. La question de la détermination des modalités de publicité se posait surtout pour les achats compris entre 3 000 000 (ancien seuil de dispense) et 15 000 000 FCFP HT. A partir de

15 000 000 FCFP HT, le code imposait une publication dans un JAL ou au JOPF sous la forme d'un AAPC dont le contenu était normalisé.

La loi du pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du CPMP a supprimé ce seuil intermédiaire de publication obligatoire. **La suppression de ce seuil n'est pas synonyme d'absence de publicité. L'obligation de publicité est en effet maintenue en procédure adaptée par le code.**

9.3.2.1. Quelles obligations en matière de publicité?

Selon l'article LP 231-1, l'acheteur public choisit, pour les marchés à procédure adaptée passés en application des articles LP 321-1 et LP 321-2, « *les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du besoin à satisfaire, notamment, le montant et la nature des travaux, des fournitures et des services en cause, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* » (article LP 231-1).

Cet article impose donc toujours pour ces marchés une « obligation de publicité » laquelle n'implique pas forcément une publication au JOPF ou dans un JAL.

Concrètement, le code laisse à l'acheteur public le soin de déterminer le support de publicité le plus adéquat pour son achat.

A. Le choix du support de publicité

Pour les achats réalisés en procédure adaptée, des supports de publicité alternatifs à la publication sont envisageables s'ils sont adaptés au contexte de l'achat, il peut s'agir de :

- ✓ Courriers, ou de fax aux entreprises potentielles ;
- ✓ Courriels ;
- ✓ Du site internet de l'acheteur.
Si le site a une audience réduite ou vient d'être créé, ce support ne peut être qu'un moyen complémentaire. Une information générale et préalable des candidats potentiels sur l'intention de l'acheteur de publier ses avis par ce moyen est recommandée avant l'utilisation de ces médias. L'information sur site doit également être présentée de manière à ce que les soumissionnaires potentiels puissent en prendre connaissance facilement ;
- ✓ De moyens radiophoniques ou télévisuels dans des conditions telles qu'il puisse susciter une mise en concurrence suffisante ;
- ✓ Affichage en mairie ;
- ✓ Publication dans le bulletin municipal ;
- ✓ Presse quotidienne (hors JAL) ;
- ✓ Presse spécialisée.

Ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre de l'acheteur public. Les mesures de publicité intervenues indépendamment de sa volonté sont sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles il a procédé.

La publicité adaptée laisse donc à chaque acheteur une certaine liberté d'appréciation dans le choix de sa publicité, dès lors qu'il sera à même de justifier de la qualité de son achat et de la transparence de son choix.

B. Le caractère adapté du support retenu

Les acheteurs publics restent soumis au principe de transparence et d'égalité d'accès à la commande publique ce qui induit l'obligation de garantir un degré de publicité **suffisant** en faveur de tous les soumissionnaires et leur information appropriée sur le contexte de la mise en concurrence engagée.

S'il est évident que le choix du support de publicité est fonction du montant du marché, il doit aussi être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l'urgence du besoin. Il doit par ailleurs garantir une audience suffisante. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire.

L'acheteur doit proportionner ses efforts de publicité à l'enjeu du marché. Le support ou les supports de publicités retenus doivent permettre aux prestataires potentiels d'être informés, d'atteindre le secteur économique visé sans être un élément excessif de surcoût (frais de personnel, de publication etc...).

Ainsi, lorsque le montant de l'achat envisagé est à peine supérieur à 8 000 000 FCFP HT, les formalités à mettre en œuvre pourraient dans la majorité des cas être assez sommaires. Une demande de devis à quelques

entreprises susceptibles de fournir la prestation, dont on gardera la trace, pourra être considérée comme suffisante. En revanche, dans un secteur très concurrentiel et lorsque l'achat envisagé est d'un montant plus conséquent proche du seuil de procédure formalisée, la publicité devra être diffusée plus largement, afin de garantir les meilleures conditions de concurrence. Dans ce cas, le degré de publicité « adapté » pourrait justifier que l'acheteur fasse connaître son intention de conclure un marché en ayant recours à l'un des supports de publication prévus au code (JAL ou JOPF).

Afin de ne pas constituer un élément significatif de surcoût, le recours à des formules mixtes telles que la communication dans un organe de presse renvoyant au site internet de l'acheteur pour le détail des conditions de la mise en concurrence pourrait constituer une formule appropriée.

L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si, dans les faits, les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels d'être informés de l'intention d'acheter et de la description précise du besoin, pour obtenir une diversité d'offres suffisante et ainsi garantir une réelle mise en concurrence.

Le juge administratif opère un contrôle de proportionnalité s'agissant du choix du support de publicité (*CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, n° 278732*).

En résumé, le choix du support adapté devra être déterminé en tenant compte :

- ✓ **du montant** de l'achat envisagé
- ✓ **du degré de concurrence entre les entreprises potentielles**
- ✓ **du degré de complexité**
- ✓ **des circonstances de l'achat telles que l'urgence⁷⁵.**

C. Une information appropriée des candidats sur le contexte de la mise en concurrence

Les acheteurs sont libres de déterminer le contenu du support de publicité qu'ils retiennent.

Quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi, doivent toujours être mentionnés : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché, la pondération allouée à chaque critère lorsque le prix n'est pas l'unique critère d'attribution (*article LP 235-2 ; CE Sect., 30 janvier 2009, ANPE, n° 290236 ; CE 26 septembre 2012, Groupement des poursuites extérieures*).

9.3.2.2. La conservation des traces de la consultation réalisée

Lorsque le support de publicité retenue pour la mise en concurrence n'est pas une publication au JOPF ou dans un JAL, l'acheteur public devra être en mesure de démontrer que les entreprises susceptibles d'être intéressées ont été contactées, par tout moyen utile (courriels, fax échangés, devis sollicités). A cette fin, il conservera la trace de ses demandes afin d'être en mesure de justifier des mesures mises en œuvre à cette fin. L'acheteur qui serait amené à utiliser pour sa publicité les nouveaux moyens de communication, doit pouvoir apporter la preuve de la consultation de plusieurs opérateurs. Aussi, est-il préférable lors de l'envoi d'un courriel de solliciter des opérateurs qu'ils répondent pour en accuser réception de manière expresse par retour de courriel.

⁷⁵ L'urgence s'apprécie au cas par cas. Les acheteurs doivent être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence.

RECAPITULATIF DES REGLES DE PUBLICITE		
MONTANT en FCFP HT	FORMALITES A OBSERVER	ARTICLES
MAP ≤ 8 000 000	Publicité non obligatoire	Article LP 223-3-1°
8 000 000 < MAP < seuil de procédure formalisée (35 000 000 FCFP ou 20 000 000 FCFP HT selon l'acheteur public)	Publicité adaptée : détermination du choix d'un support pertinent	Article LP 231-1-1°
MAP ≥ seuil de procédure formalisée i.e 35 000 000 FCFP ou 20 000 000 FCFP HT selon l'acheteur public	Publication au JOPF ou dans un JAL Eventuellement, publicité complémentaire.	Article LP 231-1-2°

9.3.2.3 Quelles obligations concernant la mise en concurrence en procédure adaptée ?

Sous les seuils de procédure formalisée, la mise en concurrence relève de la responsabilité de l'acheteur et doit être adaptée en fonction du marché envisagé. Le fait que ces marchés puissent être passés selon une procédure adaptée ne les dispensent pas du respect des principes constitutionnels de la commande publique.

A - Le respect des principes constitutionnels

L'acheteur est tenu de respecter les principes à valeur constitutionnelle rappelés à l'article LP 111-1 du code : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence de la procédure.

La liberté de définir la procédure oblige toutefois l'acheteur public, en contrepartie, d'être en mesure de justifier à tout moment des choix qui ont été faits. Il est donc indispensable de conserver tout document permettant de démontrer que les choix faits l'ont été de manière rationnelle. C'est le principe de traçabilité et de transparence.

Il est, en particulier, recommandé aux acheteurs publics de conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire et d'être en mesure de le communiquer. La justification de ces choix sera d'autant plus aisée qu'aura été respecté tout au long de la procédure le principe d'égalité de traitement entre les candidats, dans l'expression des besoins et dans la communication de leurs modifications éventuelles, dans les délais, dans l'information communiquée, dans les relations entretenues avec chacun des candidats, dans les critères de choix...

Des règles de bon sens s'imposent. La mise en application de ces principes appartient à l'acheteur. Il est évident que plus les montants sont élevés, plus l'exigence de respect de ces principes est importante et plus les procédures doivent être « formalisées ».

B - Le choix des délais de procédure

La détermination des délais de remise des candidatures ou des offres est laissée à la libre appréciation de l'acheteur public. L'efficacité de la mise en concurrence suppose, toutefois, de laisser aux opérateurs économiques intéressés un délai suffisant pour concevoir leur dossier de candidature et leur offre, au regard notamment du montant du marché envisagé, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats. Une publicité adaptée, qui fixerait un délai de réception des offres trop court, pourrait être considérée comme insuffisante, au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement.

Par exemple un délai de remise des offres de 16 jours a été jugé insuffisant pour un marché pour lequel une visite sur les lieux s'imposait.

En cas de sollicitation directe des opérateurs, l'acheteur devra veiller à saisir ces derniers d'une demande de devis de manière concomitante afin que chaque candidat dispose du même délai de réponse. Un envoi étalé dans le temps d'une demande de devis serait susceptible de rompre l'égalité de traitement.

Pour apprécier le caractère suffisant ou non d'un délai de remise des plis en procédure adaptée, le juge administratif a retenu la date de publication de l'avis de marché et non sa date d'envoi à l'organe assurant la publicité qui constitue le point de départ applicable en procédure formalisée (*CE 5 août 2009, Région Centre req. 307117*).

C - Le choix des modalités de la mise en concurrence

Les modalités de transmission des candidatures ou des offres sont également définies par l'acheteur public.

La sélection des candidatures et des offres doit quant à elle s'opérer dans le respect des règles posées au code polynésien des marchés publics.

1) La sélection des candidatures

L'acheteur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public (article LP 233-2).

L'information appropriée des candidats suppose que l'acheteur indique les documents et renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures dans les documents de la consultation. Si l'acheteur fixe des niveaux minimaux de capacités, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats.

Les renseignements demandés porteront sur la capacité technique et professionnelle (descriptif des moyens humains et matériels, compétences...) et financière (chiffre d'affaires, déclaration appropriée d'une banque,...) de l'opérateur économique. Ils doivent être rendus objectivement nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Des demandes excessives ont un coût inutile pour l'entreprise et pour l'acheteur.

Au titre des capacités, l'acheteur ne doit en aucun cas exiger d'autres renseignements ou documents que ceux mentionnés aux articles A 233-1 et A 233-2.

2) La sélection des offres

Pour tous les marchés publics y compris les marchés en procédure adaptée, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, dans le support de publicité retenu ou les documents de la consultation, informer les candidats des critères de sélection des offres, ainsi que des conditions de mise en œuvre de ces mêmes critères (article LP 235-2)

L'expérience professionnelle des candidats, qui est normalement un critère lié à la capacité du candidat peut, en procédure adaptée, être retenue comme un critère de sélection des offres. Son utilisation devrait toutefois être réservée à la passation de certains marchés, qui ont souvent pour objet des prestations de caractère intellectuel, comme les marchés de services juridiques. Pour de tels marchés, ni le prix, ni le délai d'exécution, ni le caractère innovant ne paraissent pertinents et de nature à permettre à l'acheteur public de sélectionner la meilleure offre. Face à cette problématique, l'acheteur public pourra mesurer la qualité technique de l'offre au regard de l'expérience du soumissionnaire. Pour ne pas être considéré comme discriminatoire, l'emploi de l'expérience comme critère d'attribution ne doit pas avoir pour effet de conférer, par l'importance de sa pondération, un avantage déterminant au candidat ayant le plus d'expérience.

La pondération des critères de choix (cf. point 14.2), dès lors que l'attribution du marché repose sur plusieurs critères, est obligatoire et doit être annoncée aux candidats en procédure adaptée pour respecter les principes de la commande publique (Art. LP 235-2-II). Cette obligation est de nature à faciliter le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et garantit le respect de l'égalité des candidats. Elle permet à chaque opérateur de connaître, avec précision, l'appréciation faite sur chaque élément de son offre.

L'acheteur ne peut enfin et en tout état de cause attribuer le marché qu'à une entreprise ayant présenté une offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée dans les documents de la consultation (*CAA de Paris 10 février 2014, Etablissement public du Grand-Palais des Champs Elysées, req. 11PA02676*).

3) La possibilité de négocier en procédure adaptée

L'article LP 321-1 précise que l'acheteur public peut recourir à la négociation. Il s'agit d'une possibilité, non d'une obligation.

Si l'acheteur décide de recourir à la négociation, il doit en informer les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. Dans le cas contraire, il ne peut pas négocier. Lorsque la négociation a été prévue dans les documents de la consultation, elle doit avoir lieu.

L'acheteur peut décider au vu des offres remises, de ne pas négocier et d'attribuer le marché sur la base des offres initiales « à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire. »

Ainsi, trois cas de figure peuvent se présenter :

- Soit l'acheteur a annoncé sa décision de recourir à la négociation sans réserve. Dans ce cas il est tenu de négocier.
- Soit il ne l'a pas prévu et il ne peut pas négocier.
- Soit il a annoncé sa décision de recourir à la négociation en se réservant toutefois la possibilité d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation. Dans ce cas, s'il considère qu'il peut, au vu des offres remises, attribuer le marché, il n'est pas tenu de négocier. La formule de négociation à indiquer dans le règlement de consultation pourrait être : « *l'acheteur se réserve le droit de procéder, après analyse des offres, à une négociation écrite (ou lors d'une audition) avec les candidats ayant remis une offre. Cependant, l'acheteur pourra juger que, compte-tenu de la qualité des offres, la négociation n'est pas nécessaire. Il est donc de l'intérêt du candidat d'optimiser son offre initiale. En cas de négociation, l'invitation à négocier se fera par l'envoi d'un courrier par télécopie/par voie postale/par voie électronique (au choix de l'acheteur).* »

La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments.

L'acheteur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues.

Une négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse c'est-à-dire une offre dont le prix ne correspond pas à une réalité économique.

Il est ainsi possible de négocier, par exemple, sur :

- la qualité : le niveau de qualité, son incidence sur le prix,... ;
- le délai : temps de livraison, réactivité, ... ;
- la quantité : le volume nécessaire, la fréquence des commandes, ... ;
- le prix ou ses éléments : le coût de l'acquisition, le coût du stockage, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien.

Attention : La négociation ne peut servir de prétexte à la modification des caractéristiques substantielles des offres ou du marché public, telles que son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. Elle ne peut conduire l'acheteur à renoncer à l'application d'un des critères retenus dans le règlement de consultation (CE 27 avril 2011 *Président du Sénat, req. 344244*) ou les règles de négociation qu'elle s'est fixée (CAA Lyon 4 avril 2013 *Société Intracom req. n° 12LY01253*). La réalisation d'une telle hypothèse rendrait nécessaire une nouvelle mise en concurrence.

L'acheteur doit par ailleurs veiller dans le cadre des négociations à préserver le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux.

9.4. AU DESSUS DES SEUILS DE PROCEDURES FORMALISEES

9.4.1. Quelles obligations en matière de publicité ?

Les acheteurs sont tenus de publier un avis d'appel public à la concurrence soit au Journal officiel de la Polynésie française, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL). Ces avis sont établis selon le modèle fixé en annexe 3 du code (article A 231-1).

Les rubriques obligatoires du modèle d'avis doivent être remplies avec la plus grande attention. Destinées à garantir un niveau d'information appropriée des candidats, les omissions, erreurs ou ambiguïtés dans ces rubriques sont autant d'occasion pour les candidats évincés de demander l'annulation de la procédure dans le cadre d'un recours devant le juge des référés précontractuels.

En cas d'erreur affectant un avis d'appel public à la concurrence, l'acheteur public peut publier un avis rectificatif. Toutefois, si cette rectification apporte une modification substantielle au marché, il est nécessaire de reporter la date limite de dépôt des candidatures.

Les acheteurs peuvent en outre procéder à une publicité supplémentaire « *sur un autre support que celui retenu à titre principal* » (article LP 231-1 dernier alinéa).

Procéder à une publicité supplémentaire permet à l'acheteur de recevoir des candidatures et des offres plus nombreuses. Ainsi, pour des marchés d'un montant élevé, où le surcoût d'une publication complémentaire dans un organe de presse est insignifiant au regard du montant du marché, il peut être opportun de chercher à favoriser, le plus possible la concurrence par ce moyen.

Tel peut être le cas pour certaines prestations appelant des compétences non disponibles en Polynésie française ou pour lesquelles il n'existe pas ou peu de concurrence en Polynésie française, une publication complémentaire au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union Européenne (JOUE) sont recommandées.

Localement, l'acheteur peut assurer, en sus de la publication obligatoire, la diffusion de son avis sur d'autres supports de publicité tels que ceux évoqués en procédure adaptée. Ainsi, pour les communes, il est possible d'envisager une publication supplémentaire dans le bulletin municipal ou un affichage en mairie ou pour les communes situées dans les archipels éloignés, la diffusion d'un avis par voie radiophonique.

9.4.2. Quelles obligations concernant la mise en concurrence ?

Au-dessus des seuils de procédure fixés à l'article LP 223-2 les modalités de la mise en concurrence sont définies par le code.

Lorsque le montant des marchés atteint les seuils fixés à l'article LP 223-2 du code, ces marchés sont, en principe, passés sur appel d'offres.

Si les conditions en sont réunies, il est possible de recourir à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence (art. LP 323-2), à la procédure de dialogue compétitif (art. LP 324-1) ou à la procédure de concours (art. LP 325-1).

Attention : la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence prévue à l'article LP 323-10 du CPMP ne fait plus partie des procédures formalisées depuis la loi du pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du CPMP.

Le code prévoit, en outre, la possibilité de recourir à des procédures spécifiques, telles que la procédure applicable au marché de conception-réalisation (art. LP 326-1 et LP 326-2) ; les procédures de passation applicables aux marchés de maîtrise d'œuvre (art. LP 326-4 à LP 326-6) ainsi que celles concernant la passation des accords-cadres et marchés subséquents (art. LP 326-7).

Il est indispensable de respecter l'ensemble des délais de procédure prescrits en particulier en matière de réception des candidatures et des offres. Ces délais sont toujours des délais minima, que l'acheteur a la faculté d'augmenter.

En particulier, l'acheteur est invité à tenir compte pour fixer ces délais de la complexité du marché et du temps requis pour l'élaboration des offres même si cela implique de fixer des délais supérieurs à ceux prévus par le code. A titre d'exemple, il est préconisé d'allonger les délais de réception des offres, s'il est prévu une visite sur les lieux d'exécution du marché ou la consultation sur place de documents complémentaires. Cette prolongation,

laissée à l'appréciation de l'acheteur public, doit être suffisante pour permettre aux entreprises de concourir dans des conditions équitables.

Comme tous les délais mentionnés dans le code, il s'agit de délais calendaires incluant les jours chômés et fériés. Le délai de réception des plis est un délai non franc : il expire le dernier jour du délai.

Ces délais peuvent également être réduits. Les acheteurs peuvent bénéficier d'une réduction des délais en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique. Les acheteurs publics doivent être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence, ainsi que l'impossibilité de respecter les délais réglementaires.

Ces raisons ne peuvent résulter de leur fait, et, en particulier, de la carence de leurs services dans la gestion de la procédure de passation du marché. A titre d'exemple, l'imminence de la rentrée scolaire ne justifie pas la réduction des délais de procédures pour l'achat de manuels scolaires dès lors que cette urgence résulte d'un défaut d'anticipation de la part du service d'achat de la collectivité concernée.

9.5. QUELQUES CAS PARTICULIERS

9.5.1. Le cas des marchés exonérés du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence au-dessus du seuil de 8 000 000FCFP HT

Hormis le cas du marché dispensé de publicité et de mise en concurrence en raison de son montant, le marché peut également être passé sans publicité, ni mise en concurrence, dans deux cas précisés au 2° et au 3° de l'article LP 223-3 :

- ⇒ Lorsque l'acheteur se trouve dans l'un des cas prévus à l'article LP 323-10 l'autorisant à recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ;
- ⇒ lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles au regard de l'objet du marché, de son montant ou de l'absence de concurrence dans le secteur considéré. Ces circonstances s'apprécient au cas par cas. Tel pourrait être le cas, par exemple, pour l'achat de billets de transport aérien interinsulaire ou la souscription d'un abonnement pour la fourniture d'énergie électrique.

9.5.2. Le cas des marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet

En raison de la spécificité de certains marchés publics, les acheteurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire. Cette spécificité concerne les marchés de services juridiques, les marchés de formation et les marchés de formation professionnelle.

10 - COMMENT SÉLECTIONNER LES CANDIDATS ?

L'examen de la recevabilité des candidatures est obligatoire en procédure formalisée, comme en procédure adaptée (art. LP 235-1).

10.1. QUI PEUT SE PORTER CANDIDAT ?

Il résulte du principe de la liberté d'accès à la commande publique que tout opérateur économique peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public, à l'exception, toutefois, des opérateurs économiques placés sous l'effet d'une interdiction de soumissionner.

10.1.1. Le principe de la liberté d'accès à la commande publique

Tout opérateur économique peut se porter candidat.

10.1.1.1. Participation à la préparation d'un marché

Il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public⁷⁶.

Ainsi, la participation d'une entreprise à la définition d'un projet ne constitue pas, en elle-même, un motif justifiant que cette entreprise soit écartée des consultations futures mettant en œuvre le projet qu'elle aura contribué à définir. Il revient, en revanche, à l'acheteur public d'apprécier, au cas par cas, si une telle entreprise possède un avantage concurrentiel sur les autres candidats et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. En particulier, lorsque la collaboration préalable d'une entreprise lui a permis de recueillir des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats, l'acheteur public doit supprimer la différence de situation des entreprises en communiquant ces informations à tous les candidats.

10.1.1.2. Participation d'entreprises liées entre elles

Un acheteur public ne peut interdire, par principe, à des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de soumissionner concurremment à l'attribution d'un même marché. Il doit apprécier, au cas d'espèce, si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises, de nature à justifier que ces entreprises soient écartées de la procédure⁷⁷.

⁷⁶ CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et C-34/03 ; CE, 29 juillet 1998, *Sté Génicorp*, n° 177952.

⁷⁷ CJUE, 19 mai 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, aff. C-538/07.

10.1.2. Les interdictions de soumissionner

Les interdictions de soumissionner peuvent résulter de condamnations pénales, de la situation personnelle de l'entreprise ou de la violation de ses obligations fiscales et sociales.

L'article LP 233-1 du code précise la liste des interdictions susmentionnée.

10.1.2.1. Les condamnations pénales

Dans les hypothèses où la loi le prévoit, le juge peut prononcer une interdiction de soumissionner à l'attribution de marchés publics (*articles L. 131-34 et L. 131-39 5° du code pénal dans sa version applicable en Polynésie française*).

Par ailleurs, ne peuvent soumissionner à un marché public :

- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues, au code pénal dans sa rédaction en vigueur en Polynésie française, par :
 - l'article 222-38 (manipulation, dissimulation, blanchiment de capitaux liés au trafic de stupéfiants) ;
 - l'article 222-40 (importation, exportation, trafic, offre, cession de stupéfiants) ;
 - l'article 225-1 (discrimination) ;
 - l'article 226-13 (atteinte au secret professionnel) ;
 - les articles 313-1 à 313-3 (escroquerie) ;
 - les articles 314-1 à 314-3 (abus de confiance) ;
 - les articles 324-1 à 324-6 (blanchiment) ;
 - les articles 413-9 à 413-12 (atteinte au secret de la défense nationale) ;
 - les articles 421-1 à 421-2-3 ou par le deuxième alinéa de l'article 421-5 (direction, organisation ou participation à une organisation ou à un acte terroriste) ;
 - l'article 433-1 ou par le second alinéa de l'article 433-2 (corruption active et trafic d'influence) ;
 - le huitième alinéa de l'article 434-9 ou par le second alinéa de l'article 434-9-1 (entrave à l'exercice de la justice) ;
 - les articles 435-3, 435-4, 435-9 ou 435-10 (corruption active et trafic d'influence de fonctionnaires de l'Union européenne, des États-membres, d'États étrangers ou d'organisations internationales publiques) ;
 - les articles 441-1 à 441-7 ou par l'article 441-9 (faux et usage de faux) ;
 - l'article 445-1 (corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique) ;
 - ou par l'article 450-1 (association de malfaiteurs).
- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4 (fabrication ou commerce de matériels, armes ou munitions et de leurs éléments essentiels) ou L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense nationale (conditions d'importation, d'exportations ou de transferts de matériels de guerre, d'armes ou de munitions), ou par l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure (transport de matériels de guerre, d'armes ou de munitions) ;
- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées, dans le code du travail de la Polynésie française :
 - à l'article LP 1132-1 (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) ;
 - aux articles LP 5611-2 et LP 5611-7 (travail dissimulé) ;
 - à l'article LP 5612-1 (marchandage) ;
 - ou aux articles LP 5321-7 (emploi d'étranger sans titre de travail),

ainsi que celles qui ont fait l'objet d'une condamnation pour des infractions équivalentes prévues par la législation en vigueur sur un autre territoire français.

10.1.2.2. Le non-respect de la réglementation sur l'emploi de travailleurs handicapés

Les opérateurs économiques assujettis à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés définie à l'article LP 5312-4 du code du travail de la Polynésie française doivent être à jour de leurs obligations (déclaration visée à l'article LP 5312-7 ou, si elles en sont redevables, au versement de la participation visée à l'article LP 5312-22) sur l'année précédant celle pendant laquelle la consultation est lancée.

Il en va de même pour les personnes assujetties à des obligations équivalentes par la législation en vigueur dans un autre territoire français.

10.1.2.3. La violation des obligations sociales et fiscales.

-Un candidat qui ne peut déclarer sur l'honneur qu'il est à jour de ses obligations sociales et fiscales ne peut être admis à candidater à l'attribution du marché.

La régularité de la situation des candidats au regard de leurs obligations sociales et fiscales doit être constatée par les organismes et administrations chargés de collecter les différentes taxes, impositions et contributions sociales. Cependant, selon la procédure mise en œuvre, les attestations et certificats officiels délivrés par lesdits organismes ne seront plus systématiquement exigibles au stade de la candidature (voir point n° 10.2.2.2).

L'entreprise qui n'a pas souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale ou n'a pas acquitté les impôts et cotisations exigibles ne pourra pas se faire remettre d'attestation de régularité.

Elle sera alors dans l'incapacité de satisfaire aux conditions de l'article LP 233-3 du code des marchés publics ou celle posée par l'article LP 321-1.

Toutefois, sont considérées en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement :

- acquitté lesdits produits,
- ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable
- ou conclu un accord contraignant avec l'organisme chargé du recouvrement.

10.1.2.4. Les entreprises en difficulté

Les états de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle sont prononcés par le tribunal mixte de commerce, en application des articles L.622-1 et L. 625-1 à L.625-8 du code de commerce dans sa rédaction applicable en Polynésie française. Ils entraînent automatiquement l'exclusion de la participation des entreprises concernées à la procédure de marché public. Il en va de même pour toute soumission à une procédure équivalente en vigueur dans un autre territoire français ou régie par un droit étranger.

L'admission au redressement judiciaire, prévu à l'article L. 621-1 du code de commerce applicable en Polynésie française, est prononcée par un juge. En application de l'article A 233-6 du code, l'acheteur doit vérifier, sur la base des justificatifs fournis par le candidat (attestation du juge commissaire en période d'observation et copie du ou des jugements concernés), que ce dernier a été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Si tel est le cas, il n'est pas possible de rejeter le candidat concerné.

10.2. LE DOSSIER DE CANDIDATURE

10.2.1. Présentation du dossier de candidature

La présentation du dossier de candidature n'est soumise à aucun formalisme particulier.

En appel d'offres ouvert, il n'est plus exigé que les opérateurs économiques présentent les pièces à l'appui de leur candidature dans une enveloppe distincte de celle contenant les pièces relatives à leur offre. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne peut être exigé des candidats qu'ils présentent leur dossier de candidature avec un minimum de soin. Ce dossier constitue une interface entre l'opérateur candidat et l'acheteur public. Il est comparable au commercial du secteur privé qui présente sa société chez un futur client. Le commercial doit avoir une bonne présentation, il en est de même pour le dossier de candidature et d'offre à un marché public.

En pratique, il est recommandé aux acheteurs publics, afin de faciliter l'examen des dossiers de candidature et d'offres, de solliciter des candidats qu'ils regroupent leurs pièces de candidatures et d'offres dans deux sous-chemises distinctes.

En effet, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, toujours, examiner les candidatures avant les offres. La suppression de la double enveloppe n'a pas mis fin, en effet, à l'obligation pour l'acheteur public de distinguer la phase de sélection des candidatures de la phase de sélection des offres⁷⁸. Ces deux opérations distinctes, peuvent, cependant, avoir lieu le même jour ou au cours de la même réunion de la commission d'appel d'offres en procédure formalisée.

10.2.2. Le contenu du dossier de candidature

Le dossier doit contenir, sous peine de rejet, un certain nombre de renseignements et de pièces destinés à vérifier que les candidats n'entrent dans aucun des cas d'exclusion des marchés publics et disposent de l'aptitude et des capacités pour exécuter le marché public. Son contenu est fixé par l'article LP 233-3.

Ces pièces sont exigées des candidats dans un délai minimum. Ce délai est précisé par le code pour les procédures formalisées. Dans le cas des procédures adaptées, il doit être proportionné aux niveaux d'exigence et de précision demandés. Il est, en effet, indispensable de laisser aux candidats un délai suffisant pour préparer leur dossier de candidature.

Afin d'inciter les entreprises modestes et moins structurées à répondre aux procédures adaptées, le contenu du dossier de candidature a été allégé depuis l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2019-37 portant diverses mesures de simplification du CPMP. Certains documents ne sont plus exigés au stade de la candidature (cf. 10.2.2.5).

10.2.2.1. Les documents d'identification du candidat

Le code prévoit la rédaction d'une lettre de candidature comportant l'ensemble des informations mentionnées à l'article A 233-5 permettant d'identifier le candidat. Ces informations doivent permettre, en particulier, de connaître précisément l'identité et le statut du candidat individuel ou du membre du groupement.

La lettre de candidature peut être rédigée sur papier libre. Pour faciliter la présentation des candidatures et éviter toute omission dans la transmission des informations nécessaires, le site LEXPOL met à disposition des opérateurs économiques les formulaires LEXPOL LC 1 « candidature individuelle » et LC 1 Bis « candidature groupée » (destiné aux groupements d'opérateurs économiques) qui constituent des modèles de lettre de candidature qui peuvent être utilisés par les candidats pour présenter celle-ci.

10.2.2.2. L'attestation de non-exclusion des marchés publics

Les candidats à un marché public doivent attester sur l'honneur qu'ils ne sont pas dans une situation leur interdisant de soumissionner à l'attribution d'un marché public.

La production de cette attestation est une condition d'admission de la candidature.

L'attestation sur l'honneur n'a pas de forme déterminée, la forme de ce document est donc libre.

Le formulaire LEXPOL LC3 « Déclaration sur l'honneur » intègre l'ensemble des déclarations sur l'honneur demandées. La signature par le candidat de ce formulaire vaut attestation sur l'honneur de la régularité de la situation du candidat au regard de ses obligations sociales et fiscales, ainsi qu'au regard de l'ensemble des interdictions de soumissionner à l'attribution d'un marché public. Toutefois, l'usage de celui-ci reste facultatif

⁷⁸ CE, 4 mars 2011, Région Réunion, n° 344197 et CE, 29 avril 2011, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 344617.

aussi, le candidat est libre de produire cette attestation sous la forme de son choix à la condition d'introduire la formule suivante : « *Je déclare sur l'honneur ne relever d'aucun des cas d'exclusions mentionnés à l'article LP 233-1* » suivie de l'énumération des interdictions de soumissionner. L'utilisation du formulaire LEXPOL dédiée présente toutefois l'avantage d'être certain qu'aucune mention n'a été omise dans l'énumération précitée.

L'attestation sur l'honneur ne peut être une photocopie, elle doit être datée et signée. A défaut, l'acheteur est tenu de rejeter la candidature⁷⁹.

En revanche, les attestations et certificats officiels peuvent être fournis sous forme de photocopie. S'agissant des communes et de leurs établissements publics, celles-ci ne peuvent plus, depuis 2001⁸⁰, exiger en principe la fourniture des originaux ou des certifications conformes.

S'agissant de la Polynésie française et de ses établissements publics, il est préconisé, en vue de simplifier les démarches des candidats, l'acceptation des photocopies simples des documents originaux des attestations fiscales et sociales exigibles dès lors qu'elles sont lisibles.

L'établissement d'une déclaration sur l'honneur, dispense le candidat de fournir des documents justificatifs hormis pour les attestations fiscales et sociales dont la production demeure exigée en procédure formalisée au stade du dépôt de la candidature (cf. 11.2.2.2).

10.2.2.3. Les attestations fiscales et sociales

Les candidats doivent toujours justifier de la régularité de leur situation fiscale et sociale au stade de la présentation de leur candidature en procédure formalisée. A cette fin, ils sont tenus de produire les attestations et certificats délivrés par les organismes compétents.

Les attestations et certificats à produire ainsi que les organismes compétents pour les délivrer sont définies aux 3° et 4° de l'article A 233-5.

Ces certificats et attestations prendront comme date de référence pour apprécier le respect des obligations aussi bien fiscales que sociales « *le 31 décembre de l'année précédant le lancement de la consultation* », le lancement de la consultation débutant avec l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Le régime mensuel de délivrance de l'attestation CPS établissant la situation de l'entreprise à l'égard du paiement de ses cotisations sociales pour la candidature des entreprises disparaît en conséquence.

Si le candidat retenu est établi dans un autre territoire français ou dans un Etat autre que la France, il doit produire les attestations délivrées par les administrations et organismes compétents justifiant du respect des obligations équivalentes dans le territoire ou l'Etat concerné.

Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré par le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment ou, dans les Etats où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par le candidat devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays.

10.2.2.4. Les documents et renseignements permettant d'apprécier les pouvoirs des personnes habilitées à l'engager

La personne physique qui signe les pièces du dossier de candidature et d'offres doit avoir le pouvoir d'engager le candidat qu'elle représente. A cette fin, le candidat fournit un justificatif qui prouve que le signataire est bien son représentant légal. Par exemple, pour les sociétés⁸¹, il peut être demandé de joindre un extrait du registre du commerce et des sociétés (K bis)⁸² sur lequel figure les nom et prénom(s) de la personne qui signe les documents du marché en tant que dirigeant(e).

Dans l'hypothèse où le signataire n'apparaît pas dans les documents officiels de l'entreprise, il lui est alors nécessaire de présenter, un pouvoir signé par un représentant légal de la société dont le nom figure sur le K bis fourni.

⁷⁹ CE 13 novembre 2002, Commune du Mans, req. 245534

⁸⁰ Décret n° 2001-899 du 1^{er} octobre 2001 portant abrogation des dispositions réglementaires relatives à la certification conforme des copies de documents délivrés par les autorités administratives (dont les dispositions sont désormais reprises à l'article R 113-10 du code des relations entre le public et l'administration).

⁸¹ La liste des personnes tenues à l'immatriculation au RCS est fixée par l'article L 123-1 du code du commerce dans sa version applicable localement.

⁸² Le Kbis n'a pas de durée de validité car il peut être modifié à tout moment. Cependant, reflétant la situation actuelle de l'entreprise tant au niveau de son activité que de sa direction, les informations qu'il contient doivent être à jour. C'est la raison pour laquelle, il est recommandé que ce dernier soit daté de moins d'un an à compter de la date de signature du dossier de candidature

Ces mêmes justificatifs sont requis de chaque membre d'un groupement d'opérateurs économiques candidat.

Le premier alinéa de l'article LP 233-4-II prévoit par ailleurs que l'un des opérateurs membres du groupement est désigné comme mandataire pour représenter l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonner les prestations de chacun d'eux. Le mandataire choisi doit donc être identifié et l'étendue de son habilitation connue dans le dossier de candidature.

10.2.2.5. Les renseignements permettant de vérifier les garanties professionnelles, techniques et financières du candidat

a) Le caractère limitatif des documents susceptibles d'être exigé des candidats :

L'acheteur public est tenu de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à un marché public en procédure formalisée comme en procédure adaptée.

Cette obligation de contrôle n'implique plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du CPMP, l'obligation de contrôler chacune de ces trois catégories de capacité. En effet, les exigences en la matière doivent être objectivement rendues nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser (cf. b).

Aussi, c'est à l'acheteur public de déterminer la nature de celles, professionnelles, techniques ou financières qui lui sont utiles pour apprécier les capacités des opérateurs économiques compte tenu des caractéristiques du marché.

La vérification des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés par l'acheteur, à cet effet, dans les avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de consultation (article A 233-3).

La nature des renseignements et documents susceptibles d'être exigés des candidats dans l'AAPC ou les documents de la consultation est toutefois limitée.

Il ne peut être exigé des candidats que les pièces mentionnées par les articles A 233-1 et A 233-2 du code. Les renseignements qui ne figurent pas dans ces articles ne peuvent être exigés.

A titre d'exemple, la détention d'autorisations en matière environnementale dès le stade de la candidature⁸³ quand bien même l'exécution du marché suppose l'obtention de ces autorisations a été jugée irrégulière. La production des autorisations requises peut toutefois être exigée au stade de la sélection des offres dès lors qu'elle permet d'apprécier le critère « valeur technique » analysé au regard du mémoire technique imposant la production des agréments⁸⁴.

Si l'acheteur ne peut exiger plus de documents ou renseignements que ceux exigés aux articles précités, l'acheteur est en revanche libre de fixer des exigences moins importantes au titre des capacités professionnelles, techniques et financières.

Ainsi, la circonstance que l'article A 233-2 prévoit que l'acheteur puisse exiger la présentation de la liste des travaux exécutés par les candidats au cours des cinq dernières années ne fait pas obstacle à ce qu'il limite les références demandées aux candidats à des travaux exécutés durant une période plus courte que les cinq dernières années, dès lors que la même période, déterminée en rapport avec l'objet du marché, est fixée pour tous les candidats⁸⁵.

Le fait pour un candidat de joindre, spontanément, un document additionnel à son dossier de candidature n'est pas en revanche de nature à justifier le rejet de sa candidature⁸⁶.

Le site internet LEXPOL met à disposition le formulaire LC 2 « Capacités du candidat » dont les rubriques permettent de fournir l'ensemble des renseignements habituellement demandés par les acheteurs publics. Lorsque l'acheteur public choisit de mettre à disposition des candidats ledit formulaire, il lui appartient d'adapter les rubriques afin qu'elles correspondent parfaitement avec les renseignements de capacité qu'il demande dans son règlement de la consultation.

⁸³ CE 21 novembre 2007 Département de l'Orne, req. n° 291411

⁸⁴ CE 7 novembre 2014, Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne.

⁸⁵ CE, 4 nov. 2005, n° 280406, Cne Bourges

⁸⁶ CE 8 août 2008, req. n° 312370 Ville de Marseille

b) Des renseignements et documents dont la production doit être objectivement rendue nécessaire par rapport à l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser

L'acheteur public ne peut exiger des candidats que des renseignements objectivement nécessaires à l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières (art. LP 233-2 troisième alinéa), ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

Il en est de même dans les procédures adaptées, y compris pour les achats prévus à l'article LP 321-2. Le respect de cette règle est particulièrement important; il en va de l'allègement des charges administratives et de la légalité de la procédure. Ainsi, exiger des candidats la production d'extraits de bilan pour les trois derniers exercices est disproportionné, lorsque le marché a une durée d'exécution, période de garantie incluse, de trois mois.

Les justifications demandées doivent donc être adaptées en fonction des caractéristiques du marché.

A titre d'exemple, ont été jugées excessives :

- l'exigence posée par un AAPC que les candidats justifient d'un chiffre d'affaire annuel au moins égal au montant de l'ensemble des lots d'un marché ayant une durée d'exécution de 4 années⁸⁷ ;
- la détention du titre de géomètre expert pour des travaux de levés topographiques et fonciers, le souci de la qualité et de l'efficacité invoqués par l'administration ne suffisant pas à justifier l'exigence de cette qualification pour les travaux objet du marché⁸⁸.

10.2.2.6. Le contenu du dossier de candidature en procédure adaptée

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du CPMP, deux catégories de pièces ne peuvent plus être demandées aux candidats au stade du dépôt de leurs candidatures :

- 1° les attestations fiscales et sociales ;
- 2° les justificatifs prouvant l'habilitation de la personne physique à engager le candidat qu'elle représente.

Seul le candidat dont l'offre a été jugée économiquement la plus avantageuse doit les fournir, avant l'attribution du marché (cf. point 16).

En procédure adaptée, au stade du dépôt initial de sa candidature, le candidat ne produit plus que trois catégories de documents destinés à :

- 1° l'identifier,
- 2° attester qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner,
- 3° démontrer ses capacités au regard de celles exigées par l'acheteur public dans le document de consultation.

La nature exacte de ces documents est précisée par l'article A 233-5 qui prévoit désormais dans un II la nature de ces pièces qui sont désormais :

- 1° Une lettre de candidature comportant des informations permettant de l'identifier (nom, prénom, statut, etc...) ;
- 2° Une déclaration sur l'honneur dûment datée et signée pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article LP 233-1 ;
- 3° Les documents de capacités demandés par l'acheteur public.

⁸⁷ CE, 17 novembre 2006, Agence nationale pour l'emploi, req. n° 290712

⁸⁸ CE 30 juin 2004 Ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer, req. 261919

10.3. QUE SE PASSE-T-IL SI LE DOSSIER DU CANDIDAT EST INCOMPLET ?

En application de l'article LP 235-1, avant l'examen des candidatures, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, les acheteurs peuvent demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée afférente à leur candidature (capacités techniques, professionnelles et financières) et à leur capacité juridique. Il s'agit d'une faculté. Le code n'impose pas à l'acheteur public de demander aux candidats les pièces manquantes. S'il ne demande pas de régularisation, les candidats dont le dossier n'est pas complet ne sont pas admis à présenter une offre.

S'il utilise cette faculté, l'acheteur public procède à une demande de régularisation, qu'il adresse aux candidats concernés. Le principe d'égalité de traitement des candidats commande que l'acheteur permette à tous les candidats dont le dossier est incomplet de compléter leur dossier dans un délai raisonnable et identique pour tous. Le texte ne fixe plus de délai maximum mais indique simplement que l'acheteur doit laisser un délai « approprié ».

Depuis la loi du pays n° 2019-37 du 20 décembre 2019 portant diverses mesures de simplification du CPMP, l'acheteur public n'a plus l'obligation d'avertir les candidats dont le dossier est complet de la mise en œuvre d'une demande de régularisation à l'égard des candidats dont le dossier est incomplet.

En aucun cas, ce délai ne peut être mis à profit par les candidats pour compléter ou régulariser leur offre, ainsi que le mentionne explicitement le deuxième alinéa du I de l'article LP 235-1. A titre d'exemple, les candidats ne pourraient être invités à compléter leur offre par le mémoire technique manquant⁸⁹.

A l'expiration du délai, si le candidat n'a pas produit les documents ou renseignements demandés, sa candidature doit être rejetée⁹⁰. Il n'est pas possible, sous peine de rompre l'égalité de traitement entre les candidats, de procéder à une deuxième demande de régularisation auprès des candidats n'ayant pas répondu dans le délai prescrit.

Attention : Dans le cadre des procédures adaptées, l'acheteur public est libre d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière, inappropriée ou inacceptable, à la condition de rejeter, *in fine*, les offres qui seraient demeurées irrégulières, inappropriées ou inacceptables à l'issue de la négociation⁹¹. Quant à la procédure négociée, seules les offres inappropriées doivent être éliminées d'emblée, de sorte que les offres inacceptables ou irrégulières sont susceptibles d'être négociées, et donc régularisées (article LP 323-6).

10.4. L'EXAMEN DES CANDIDATURES

10.4.1. L'admission des candidatures

Les dispositions du code des marchés publics font obligation à l'acheteur public de contrôler, en procédure formalisée comme en procédure adaptée⁹², les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public. Cette vérification s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de consultation (voir point 10.2.2).

Le code prévoit deux processus de choix des candidatures :

- L'acheteur public peut recourir à une procédure ouverte, dans laquelle tout candidat remet simultanément son dossier de candidature et son offre. Elle est bien adaptée aux achats courants, pour lesquels il est utile de susciter la concurrence la plus large, en retenant tous les candidats susceptibles d'exécuter les prestations ;
- L'acheteur public peut recourir à une procédure restreinte, qui se déroule en deux étapes successives où seuls les candidats sélectionnés sont invités à remettre une offre. Elle permet à l'acheteur public de limiter le nombre d'offres à examiner. L'acheteur public pourra ainsi se concentrer sur les offres émanant des opérateurs économiques offrant les meilleures garanties de capacités à exécuter les prestations faisant l'objet du marché, ce qui rendra plus facile la comparaison des offres.

⁸⁹ CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, n° 344197.

⁹⁰ CE, 3 octobre 2012, *Conseil général des Hauts-de-Seine*, req. 359921

⁹¹ CE, 30 nov. 2011, *Ministre de la Défense*, n° 353121

⁹² CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 344617.

10.4.1.1. L'élimination des candidatures en procédure ouverte

Lorsque des pièces sont exigées dans le règlement de la consultation à l'appui des candidatures, l'acheteur public est tenu de rejeter les candidats qui ne les produisent pas, sauf à demander un complément de transmission (voir point 10.3).

Après vérification du caractère complet du dossier des candidatures, l'acheteur doit procéder à l'examen et, le cas échéant, à l'élimination des candidatures.

Les modalités de cet examen et du rejet des candidatures seront distinctes selon que l'acheteur a choisi de recourir ou non à des niveaux minimaux de capacité pour l'admission des candidatures.

La possibilité pour l'acheteur public de fixer des niveaux minimaux de capacité est prévue par l'article LP 233-2. Ils correspondent aux exigences de capacités professionnelles, techniques et financières minimales que l'acheteur estime indispensables pour l'exécution du marché, compte tenu de son objet.

Ces niveaux minimaux, à l'instar des capacités dont il est demandé de justifier, doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché (cf. b du point 10.2.2.2).

Si l'acheteur public a fixé des niveaux minimaux de capacités et qu'il les a préalablement publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, il doit éliminer les candidats qui n'atteignent pas ces niveaux minimaux.

S'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacités, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché.

10.4.1.2. L'élimination des candidatures en procédure restreinte

La sélection des candidatures est pratiquée dans le cadre des procédures restreintes, pour lesquelles l'acheteur a décidé de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Cette sélection s'effectue sur la base de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché, qui doivent être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, y compris en procédure adaptée. Dans ce dernier cas, l'information appropriée des candidats n'implique pas que l'acheteur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures.

Ainsi, la sélection des candidatures se distingue de l'élimination présentée ci-dessus :

- dans le cadre de la sélection, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui ont les niveaux de capacités requis.
- dans le cadre de l'élimination des candidatures, l'acheteur se contente de renoncer à celles dont les capacités sont jugées insuffisantes.

Il est possible, en procédure restreinte, de procéder à la fois à l'élimination, puis à la sélection des candidatures, dès lors que les éventuels niveaux minimaux et les critères de sélection ont été publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, dans le règlement de la consultation.

10.4.2. Les capacités nécessaires à l'exécution du marché

Les critères de sélection des candidatures sont de deux sortes : les capacités techniques et professionnelles, et les capacités financières. Ces critères doivent être pertinents, proportionnés et justifiés par l'objet du marché.

10.4.2.1. Les capacités techniques

Les capacités techniques sont les moyens matériels (notamment l'outillage) et humains (effectifs), dont dispose le candidat. Elles sont appréciées quantitativement et qualitativement. Il est possible, par exemple, de demander aux candidats :

- des certificats établissant des livraisons ou des prestations de services effectuées par le candidat, au profit d'un acheteur public ou d'un acheteur privé ;
- des certificats de bonne exécution pour les travaux ;
- une description de l'équipement technique.

L'acheteur public peut écarter la candidature d'une entreprise qui n'aurait pas exécuté correctement des marchés antérieurement conclus. Toutefois, il ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celles-ci de justifier de garanties techniques et financières suffisantes. Concrètement, cela signifie qu'il peut écarter une entreprise, si celle-ci ne présente comme référence unique que les marchés dont l'exécution avait été incorrecte.

10.4.2.2. Les capacités professionnelles

Les capacités professionnelles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises, c'est-à-dire « la preuve d'un certain niveau de compétences professionnelles ». La preuve de la capacité professionnelle peut être apportée par tout moyen, notamment par des références, des justifications professionnelles ou les attestations de qualification professionnelle de certains agents qualifiés. Les acheteurs doivent, toutefois, veiller à ce que ces justificatifs ne présentent pas un caractère discriminatoire, ce qui peut être le cas lorsqu'un organisme détient un monopole dans la délivrance de certificats. Il convient, dans ces hypothèses, d'accepter les documents équivalents.

Parmi ces justifications particulières figurent les certificats professionnels et les certificats de qualité (certificat attribué par un organisme certificateur ou attestant de l'existence d'un manuel de qualité et de procédures).

S'agissant des certificats professionnels, l'acheteur public doit préciser que la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle, attestant de la compétence de l'opérateur économique à effectuer la prestation pour laquelle il se porte candidat. Les qualifications professionnelles sont établies par des organismes professionnels de qualification.

Il en va de même des certificats de qualité, pour lesquels l'acheteur public doit accepter d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés. Dans les deux cas, l'obligation d'accepter les équivalences est satisfaite si l'acheteur public a déclaré accepter ces certificats, ainsi que « d'autres justificatifs regardés comme équivalents »⁹³ (voir également point 4.3.2).

Les références demandées doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché : le candidat choisit celles qui lui semblent les plus appropriées. L'acheteur en vérifie la réalité, en respectant le secret des affaires. Mais « l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat » (article LP 235-1-II) afin de ne pas pénaliser l'accès des entreprises nouvelles, à la commande publique.

10.4.2.3. Les capacités financières

Les capacités financières, qui ne peuvent revêtir qu'un caractère général, doivent permettre au candidat de mener à bien le marché.

Pour établir sa crédibilité financière, outre le chiffre d'affaires, le candidat peut se voir réclamer une attestation bancaire, ainsi que des bilans ou extraits de bilans pour les opérateurs économiques à l'égard desquels la publication des bilans est obligatoire en vertu de la réglementation applicable localement. Ces attestations doivent être fournies, sans qu'il soit possible de leur substituer un document équivalent sauf dans le cas où

⁹³ CE 25 janvier 2006, Département de la Seine-Saint-Denis, n° 278115.

l'opérateur est dans l'impossibilité objective de les produire, ce qui peut être le cas des entreprises de création récente (point 10.4.3).

10.4.3. Faciliter l'accès des « petites » entreprises et des entreprises de création récente à la commande publique au stade de la sélection des candidatures

Le code polynésien des marchés publics introduit des dispositions destinées à ne pas pénaliser les entreprises nouvellement créées et les « petites entreprises ». Les acheteurs ne peuvent rejeter une entreprise récemment créée au motif qu'elles n'exercent pas leurs activités depuis suffisamment longtemps. Elles doivent pouvoir accéder au marché public.

Les sociétés récemment créées peuvent accéder aux marchés publics grâce à deux dispositifs prévus par le code :

10.4.3.1. Les opérateurs économiques sur lesquels le candidat s'appuie pour présenter sa candidature

En vertu de l'article LP 233-2, une société créée récemment peut, pour justifier de ses capacités financières, demander que soient également prises en compte les capacités financières, professionnelles et techniques d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui existent entre elle et ces opérateurs. Il peut s'agir, par exemple, des moyens d'une entreprise tierce qui ne fait pas elle-même acte de candidature avec le candidat concerné.

En effet, toute entreprise peut s'appuyer sur les moyens d'une entreprise tierce si, par exemple, elle fait partie du même groupe de société ou si elle démontre qu'elle pourra bénéficier de capacités de sous-traitants. Les liens juridiques de toute nature entre les sociétés sont pris en compte, pour permettre à une société d'invoquer les capacités d'autres entreprises soit en cas de sous-traitance, soit en cas de cotraitance, lorsqu'elle associe sa candidature à celles d'autres entreprises en créant par exemple un « groupement d'opérateurs » (art. LP 233-2 et LP 233-4).

Elle doit alors établir dans son dossier de candidature qu'elle dispose effectivement des moyens extérieurs dont elle se prévaut. Les preuves apportées doivent prendre la forme d'une obligation juridiquement contraignante, afin de garantir que les moyens et compétences de l'entreprise tierce seront effectivement à la disposition de l'entreprise titulaire.

Si une entreprise demande que soient prises en compte les capacités d'un sous-traitant, la fourniture d'une déclaration de sous-traitance dans le dossier de candidature donne une telle garantie. L'acheteur public doit alors vérifier que ce sous-traitant possède les capacités complémentaires nécessaires et n'est pas sous le coup d'une interdiction d'accès à la commande publique. Ces informations sont données dans le dossier de candidature.

10.4.3.2. La possibilité pour l'opérateur économique dans l'incapacité de produire certaines pièces de justifier de ses capacités par tous moyens

En vertu de l'article LP 235-1-I, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat. Cette disposition ne dispense pas l'acheteur public de procéder à l'examen des capacités de ces entreprises sur la base des renseignements fournis. L'article LP 233-2 dispose que si « *le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de ses capacités, l'un des renseignements ou documents ... demandés par l'acheteur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par l'acheteur* ».

Ainsi, les entreprises de création récente peuvent ne pas disposer de certaines pièces dont aurait besoin l'acheteur pour se prononcer sur la satisfaction des conditions de participation des candidats. C'est notamment le cas du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles, ou des bilans ou extraits de bilans concernant les trois dernières années.

L'acheteur ne peut rejeter la candidature d'une société de création récente pour le seul motif qu'elle n'a pas fourni des pièces demandées alors qu'elle ne dispose pas de ces pièces. Il doit permettre à celle-ci de justifier de ses capacités financières et de ses références professionnelles par tout autre moyen⁹⁴. Le candidat concerné doit quant à lui apporter tous les éléments de nature à justifier de sa capacité à exécuter le marché public⁹⁵.

Il peut ainsi être demandé aux candidats de fournir, en remplacement des bilans ou des extraits de bilans, une « déclaration appropriée de banque », dont la forme est laissée à la discrétion de l'établissement de crédit. C'est

⁹⁴ CE 9 mai 2012 Commune de Saint-Benoît, req. n° 356455.

⁹⁵ CAA Versailles, 11 juin 2015, Office de coordination des transports pour la santé, n° 13VE02791

donc à la banque de déterminer le contenu et la nature des informations à porter à la connaissance de l'acheteur public pour lui permettre d'apprécier la solidité financière de l'entreprise candidate.

Il revient à la personne publique d'apprécier au cas par cas si les justificatifs fournis par les candidats sont suffisants. Le Conseil d'Etat a ainsi précisé qu'une « *attestation de « bonne tenue de compte »* » rédigée sur papier sans en-tête par le conseiller bancaire et indiquant seulement que les comptes bancaires de la société fonctionnaient normalement, qu'ils n'avaient fait l'objet d'aucun incident de paiement et que la société était à jour de ses engagements contractés auprès de l'établissement bancaire ne pouvaient suffire à établir la capacité de l'entreprise⁹⁶.

De même « *est dépourvue de tout élément sur les capacités financières à réaliser les travaux* », la pièce établie par l'établissement bancaire d'une entreprise attestant **uniquement** du fait que la requérante ne fait pas l'objet d'un interdit bancaire, qu'aucun crédit n'a été contracté à ce jour et qu'elle détient un capital social de 100 000 FCFP⁹⁷.

11 - QUAND, POURQUOI ET COMMENT NÉGOCIER ?

Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation peut être utilement envisagé. Il doit permettre, en effet, d'améliorer la performance économique de l'achat, dans le respect des règles de transparence.

11.1. DANS QUELLES HYPOTHÈSES PEUT-ON NÉGOCIER ?

11.1.1. En procédure adaptée

Lorsque le marché est passé selon une procédure adaptée soit en raison de son montant soit en raison de son objet (article LP 223-1-II), l'acheteur public peut négocier avec les candidats.

Dans ce cas, le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. Cette information préalable doit permettre aux candidats d'anticiper et de prendre en considération la procédure qui sera effectivement mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. A cet égard, le choix de recourir ou non à la négociation ne peut être utilement critiqué devant le juge administratif⁹⁸.

Bien qu'il ait prévu le recours à la négociation, l'acheteur public peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir expressément indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire (article LP 321-1 alinéa 3). Cette précision peut s'avérer utile afin d'obtenir, dès le dépôt des offres initiales, les propositions les plus compétitives de la part des candidats. En effet, à l'annonce du recours à la négociation, ceux-ci peuvent être tentés de surcoter leur proposition financière ou de sous-coter leur performance technique afin de se laisser une marge artificielle de négociation à la baisse, semblant ainsi répondre aux attentes de l'acheteur sans consentir, dans les faits, d'effort commercial particulier.

Il est vivement recommandé de faire porter la négociation sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix.

La négociation peut être menée :

- 1° avec tous les candidats ayant remis une offre ;
- 2° avec un nombre limité de candidats. Dans ce cas, le règlement de la consultation, ou les documents en tenant lieu, précise les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre⁹⁹.

L'acheteur peut choisir de négocier même avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées¹⁰⁰.

⁹⁶ CE, 9 mai 2012, n° 356455, Cne Saint Benoît, Contrats et Marchés publics, n° 7, juillet 2012, comm. 211.

⁹⁷ Ordonnance TAPF n° 1500187 du 31 mars 2015 précitée.

⁹⁸ CE, 18 septembre 2015, Société Axxess n° 380821.

⁹⁹ En procédure adaptée et pour les marchés de l'article LP 321-2, aucun texte ne fixe un nombre minimum de candidats à retenir.

¹⁰⁰ CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 353121. En revanche, au-dessus des seuils de procédure formalisée, en procédure négociée les offres inappropriées ne peuvent évoluer : seules les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables en cours de négociation.

Lorsque la mise en concurrence est infructueuse, une nouvelle procédure adaptée doit être lancée. Néanmoins, le règlement de la consultation peut prévoir une procédure inspirée des dispositions de l'article 323-2 et suivants en cas d'offres irrégulières ou inacceptables ou inspirée des dispositions de l'article LP 323-10 et suivants en cas d'offres inappropriées.

11.1.2. En procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence

Cette procédure dérogatoire, est particulièrement encadrée puisqu'elle ne peut être mis en œuvre que dans les cas énumérés par l'article LP 323-10. L'acheteur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à cette procédure, qui doivent s'interpréter strictement sont remplies. A défaut, le marché serait entaché d'une nullité que le juge devrait relever d'office¹⁰¹.

Si les conditions sont réunies, une négociation est engagée par l'opérateur économique appelé à conclure le marché public (article LP 323-11). En effet, la négociation va de soi pour ses marchés non soumis à obligation de concurrence et pour lesquels l'acheteur n'en cherche pas moins à obtenir les meilleures conditions économiques.

a) Le cas de l'urgence impérieuse

On peut recourir à cette procédure, pour faire face à une situation d'urgence impérieuse (art. 323-10, 1°). Une urgence peut être qualifiée d'impérieuse, lorsque l'acheteur public est confronté à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, telles que, notamment, celles résultant de la nécessité d'engager la recherche de victimes d'une catastrophe aérienne ou de garantir la sécurité des personnes et des biens, à la suite d'un évènement climatique imprévu, comme une tempête ou une soudaine inondation. Tel est le cas également en situation d'alerte sanitaire ou d'épidémie. Une urgence peut être qualifiée d'impérieuse, lorsque l'acheteur public est confronté à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, telles que, par exemple, celles menaçant la sécurité des personnes.

L'urgence impérieuse s'apprécie strictement.

Elle a été admise dans les circonstances suivantes :

- pour la mise en service du réseau téléphonique d'un établissement public de santé, en raison de retard pris à la suite de l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres mise en œuvre¹⁰² ;
- pour la réalisation de travaux de sécurité de première nécessité, conditionnant l'accès à un bâtiment par le public à la suite d'une tempête, dès lors que les marchés en cause sont passés dans les heures, les jours, au plus les semaines suivant la survenance de la tempête¹⁰³.

Elle n'a, en revanche, pas été admise :

- pour les travaux de renforcement d'un transformateur électrique, alors même qu'il suscitait de fréquentes coupures de courant dans un quartier entier de la commune ;
- pour les travaux nécessaires à la réalisation d'une maison des familles par une commune, alors qu'il ne s'agissait que de minimiser la gêne causée par le chantier aux riverains¹⁰⁴.
- Pour un marché passé trois mois après le passage d'un cyclone¹⁰⁵

b) Le cas de l'exécution d'office en urgence (Art. LP 323-10, 2°)

L'urgence trouve également à s'appliquer lorsque les acheteurs se trouvent, en vertu de la réglementation applicable localement, tenus de faire exécuter d'office des travaux en urgence.

Tel pourrait être le cas par exemple :

- Lorsque le maire fait procéder d'office aux travaux nécessaires sur un immeuble menaçant ruine (art. L. 511-2 du CCH rendu applicable par l'article L.2573-20 du CGCT) ;
- En cas de péril imminent, lorsque le maire fait exécuter d'office les mesures préconisées par un expert de nature à mettre fin à l'imminence du péril lié à un immeuble menaçant ruine (art. L. 511-3 du CCH rendu applicable par l'article L. 2573-20 du CGCT).

c) Le cas des offres inappropriées

¹⁰¹ CE, 28 juill. 2000, , *Jacquier* n° 202792

¹⁰² CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de distribution téléphonique c/ Centre hospitalier régional de Rennes*, n° 38788.

¹⁰³ Réponse ministérielle n°41036, JOAN, 27 mars 2000, p. 2025 (<http://questions.assemblee-nationale.fr/q11/11-41036QE.htm>).

¹⁰⁴ CE, 8 janvier 1992, *Préfet, Commissaire de la République du département des Yvelines*, n° 85439.

¹⁰⁵ CE sect. 26 juillet 1991 *Commune de Sainte Marie de la Réunion*

Il est également possible d'utiliser cette procédure, lorsqu'aucune candidature, aucune candidature admissible, aucune offre n'a été reçue ou seules des offres inappropriées ont été déposées (art. 323-10, 3°).

Une offre inappropriée est une offre ne correspondant pas aux besoins de l'acheteur public indiqués dans les documents de la consultation. La présentation d'une telle offre est assimilable à une absence d'offres.

Le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence est possible, à la double condition que :

- 1° les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées,
- 2° l'acheteur public ait organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite.
Tel ne serait pas le cas, par exemple, si les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissaient à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de transport légers de petite capacité, les seules offres reçues ne concernaient que des avions de transport de grande capacité.

d) Le cas des marchés complémentaires

Le recours aux marchés complémentaires (article LP 323-10, 4°) ne peut être envisagé que dans le cas où le changement de prestataire obligerait l'acheteur public à acquérir un matériel technique entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis, ou à être confronté à des difficultés techniques disproportionnées par rapport à la fourniture ou à la réalisation des prestations identiques à celles du marché initial.

e) Le cas de l'opérateur exclusif

L'article LP 323-10, 6° vise les cas dans lesquels l'acheteur public peut être contraint de faire appel à un opérateur économique déterminé. Il doit toutefois établir que deux conditions cumulatives¹⁰⁶ sont remplies :

1° la prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur :

- L'acheteur doit démontrer qu'aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable n'existe¹⁰⁷ et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une définition restrictive des caractéristiques du besoin, susceptible à ce titre de réduire artificiellement la concurrence.
- Ainsi, dès la définition du besoin, l'acheteur doit, en principe, définir les prestations qui font l'objet du marché par des spécifications techniques²⁴. Ces spécifications, qui doivent être neutres¹⁰⁸, ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'accès à ce marché¹⁰⁹.
- En revanche, une spécification technique, même discriminante, peut être utilisée dès lors que l'acheteur établit qu'elle est justifiée par l'objet du marché¹¹⁰. Par exemple, l'objet du marché peut justifier la mention d'une marque lorsqu'il porte sur la maintenance d'équipements de cette même marque au sein du parc de l'acheteur.

2° la nécessité de recours à cet opérateur résulte soit :

- de raisons techniques,
- de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité (*Cf. 3.1.2 sur ce dernier point*).

Les raisons financières ou économiques ne permettent pas de recourir à cette procédure¹¹¹.

■ Raisons techniques :

Les raisons techniques justifiant le recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence doivent être démontrées par l'acheteur public¹¹². Un tel recours ne serait pas justifié lorsque la prestation est d'une nature courante, sans aucune difficulté technique particulière.

L'acheteur doit donc rigoureusement établir que les éléments techniques inhérents à l'objet du marché impliquent des difficultés d'exécution réelles et qu'ils sont d'un degré de spécificité technique tel que seul un prestataire déterminé est en mesure d'assurer la prestation.

¹⁰⁶ CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise, n°368846.

¹⁰⁷ CE, 11 octobre 1999, M. Avrillier, n°165510.

¹⁰⁸ CJUE, 10 mai 2012, Max Havellar, aff. C-368/10, point 62 notamment ; CJUE, 22 avril 2010, Commission c. Espagne, aff. C-423/07, point 58 ; CJUE, 28 octobre 1999, République d'Autriche, aff. C-328/96 ; CE, 11 septembre 2006, Commune de Saran, n°257545.

¹⁰⁹ CJUE, 22 septembre 1988, Commission et Royaume d'Espagne c. Irlande, aff. C-45/87 ; Cass. Crim, 30 juin 2004, n°03-86287.

¹¹⁰ CE, 11 septembre 2006, Commune de Saran, précité.

¹¹¹ CE, 27 septembre 1991, Commune de Chartres de Bretagne, n°81786 ; les investissements préalables ou le savoir-faire ne sont plus au nombre des raisons permettant un marché négocié.

¹¹² CJCE, 14 septembre 2004, Commission c/ République italienne, aff. C-385/2.

Par exemple, le recours à un marché négocié de fourniture de compteurs d'eau individuels, conclu avec l'entreprise qui a initialement installé les réseaux et les compteurs, est justifié par des raisons techniques liées au maintien de l'homogénéité du réseau¹¹³.

▪ Droit(s) d'exclusivité

L'acheteur doit justifier que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par la prestation protégée par un droit d'exclusivité, à l'exclusion de tout autre procédé¹¹⁴, et qu'un seul opérateur économique est en mesure de fournir cette prestation¹¹⁵. Cette circonstance rend en effet toute mise en concurrence impossible, par exemple lorsque le prestataire ayant conçu un logiciel est le seul à disposer du droit d'exclusivité pour la maintenance et l'exploitation de ce logiciel¹¹⁶.

Il appartient à l'acheteur d'obtenir, préalablement à la mise en œuvre de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, la preuve de l'exclusivité dont se prévaut une société et de s'assurer de l'absence de toute concurrence.

L'exclusivité doit toutefois être objective, c'est-à-dire ne pas avoir été créée par l'acheteur lui-même en vue de la passation du marché.

La situation de monopole, de droit ou de fait, et la détention de droits d'exclusivité ne dispensent pas l'acheteur public de négocier avec l'opérateur économique concerné.

En revanche, dans le cadre de la réhabilitation d'un bâtiment existant réalisé par un cabinet d'architecte, l'acheteur peut avoir recours à un autre architecte, sans préjudice du droit moral du cabinet, qui ne détient pas de droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage¹¹⁷.

Concernant la maîtrise d'œuvre, le Conseil d'État a également fixé les limites du recours lié au droit d'exclusivité à l'article LP 323-10, 6° en précisant les points suivants :

⇒ dans le cas de la réhabilitation d'un bâtiment existant, le droit moral au respect de l'œuvre de l'architecte d'origine ne lui confère pas un droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage¹¹⁸ ;

Toutefois, le maître d'ouvrage, qui a l'intention de réaliser des travaux significatifs sur un ouvrage existant, vérifie, au moment de l'établissement du programme, si les modifications conduisent à une dénaturation de l'œuvre.

Si de telles modifications sont prévues et confiées à un autre architecte que celui d'origine, le maître d'ouvrage demandera à l'architecte de la nouvelle opération de se rapprocher de l'auteur du bâtiment, ou de ses ayants-droit, pour les en informer.

L'architecte-auteur ne peut prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre au maître de l'ouvrage. Cependant, ce dernier ne peut porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre que si les modifications sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimée par les nécessités du service public, et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux.

En cas de désaccord de l'auteur ou de ses ayants-droit, l'existence de solutions alternatives qui ne dénatureraient pas l'œuvre initiale est de nature à faire obstacle aux modifications envisagées¹¹⁹. L'atteinte au droit moral de l'architecte lui donne droit à indemnisation ;

⇒ il revient toujours à l'acheteur public d'établir que les raisons techniques invoquées l'empêchent effectivement de confier un nouveau marché à un autre maître d'œuvre que le titulaire du marché précédent.

A défaut de pouvoir justifier que les conditions pour avoir recours à cette procédure dérogatoire sont remplies, la procédure négociée est irrégulière¹²⁰.

¹¹³ CE, 21 mai 1986, Société Schlumberger et Syndicat intercommunal mixte pour l'eau et l'assainissement du département de la Vienne c. COREP de la Vienne, n°56848.

¹¹⁴ CE, 29 novembre 1996, Département des Alpes de Haute-Provence, n°102165.

¹¹⁵ CE, 10 octobre 1979, Préfet de la Loire, n°01652.

¹¹⁶ CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise, n°368846

¹¹⁷ CE, 13 juillet 2007, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence, n°296096.

¹¹⁸ CE, 13 juillet 2007, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence c/ Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 296096.

¹¹⁹ Voir notamment CE, 11 septembre 2006, *Argopyan*, n° 265174 et CAA Paris, 1er octobre 2008, *M. Berj X.*, n° 07PA01335, reprenant la jurisprudence classique du juge judiciaire (Cass., 1ère civ., 7 janvier 1992, *Bonnier c/ SA Bull*, n° 90-17.534).

¹²⁰ CE, 2 novembre 1988, Préfet Commissaire de la République des Hauts-de-Seine, n°64954.

11.1.3. Au-dessus des seuils des marchés formalisés, en procédure négociée avec publicité et mise en concurrence et dans les procédures de concours

Au-dessus des seuils de procédure formalisée définis à LP 223-2, l'appel d'offres est la procédure de droit commun. Il ne peut être recouru à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence que dans les cas limitativement énumérés par le code des marchés publics.

11.1.3.1. La procédure négociée avec publicité et mise en concurrence

L'article LP 323-2 énumère cinq cas de recours à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence.

Une attention toute particulière doit être portée au cas mentionné au 1° de l'article LP 323-3. Il s'agit des marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables.

Une offre irrégulière est une offre qui répond aux besoins de l'acheteur public mais qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation¹²¹ ou qui ne contient pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation¹²².

Une offre inacceptable est une offre qui répond aux besoins de l'acheteur public, mais qui ne respecte pas la législation ou la réglementation en vigueur. Il peut s'agir, par exemple, de règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement, au droit du travail ou au déroulement de la procédure de passation.

Une offre peut être aussi inacceptable, parce que les crédits alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas à l'acheteur public de la financer. On prendra garde que cette évaluation doit avoir été réaliste¹²³.

Comme le prévoit le dernier alinéa du 1° du I de l'article LP 323-2, l'acheteur public est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il fait participer à la négociation l'ensemble des candidats ayant déposé une offre respectant les exigences relatives aux délais et modalités de présentation formelles des offres¹²⁴, et qui ont produit la déclaration sur l'honneur garantissant qu'ils ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées durant la négociation. A défaut, la procédure serait irrégulière pour méconnaissance des obligations de mise en concurrence. Peuvent, notamment, être considérées comme substantielles les modifications affectant :

- le fractionnement en tranches,
- les clauses de variation des prix,
- les délais d'exécution,
- les pénalités de retard,
- les garanties de bonne exécution,
- l'introduction d'une variante non autorisée
- et, d'une manière générale, toute autre modification des conditions de mise en concurrence initiale.

Ainsi, la procédure négociée n'est pas le remède systématique et absolu à tous les cas d'infructuosité car il s'avère, dans la pratique, difficile d'accorder beaucoup de place à la négociation dans le cadre de l'article LP 323-3, 1°. En effet, la négociation après un appel d'offres infructueux affecte presque toujours les conditions initiales de la mise en concurrence. Cette hypothèse particulière se distingue donc des autres cas d'ouverture des marchés négociés ou des procédures adaptées, dans lesquels il est possible de tout négocier.

11.1.3.2. Le cas des lauréats de concours

Le ou les lauréats de concours éventuellement sélectionnés à l'issue du concours organisé dans les conditions prévues par l'article 325-2 et suivants doivent être invités à négocier dans les conditions prévues par l'article LP 323-7.

11.2. QUELS SONT LES AVANTAGES DE LA NÉGOCIATION ?

L'acte d'achat efficace se caractérise par la recherche d'une adéquation de l'offre du vendeur aux besoins de l'acheteur. La négociation doit permettre à l'acheteur de déterminer l'offre présentant le meilleur rapport

¹²¹ Par exemple, une offre non signée en procédure formalisée.

¹²² CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n° 343324.

¹²³ Le juge sanctionnerait le fait qu'une évaluation ait été volontairement irréaliste pour réserver la possibilité du recours à un marché négocié.

¹²⁴ Ne répondrait pas à cette exigence une offre irrégulière car déposée hors délais, l'offre non signée alors qu'il s'agit d'une procédure formalisée, l'offre déposée au mauvais lieu, l'offre contenue dans une enveloppe portant une mention interdite par le règlement de la consultation, etc.

qualité-prix, c'est-à-dire la meilleure offre susceptible d'être faite à ce moment, en fonction de ses besoins et des capacités économiques et techniques des entreprises.

La négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché telles que, notamment, son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. La négociation ne peut jamais aboutir à l'abandon d'un critère en cours de procédure¹²⁵. Mais elle laisse à l'acheteur public la possibilité de négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, à la différence d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, où le cahier des charges joint au dossier de consultation des entreprises est intangible.

Même si l'acheteur public ne peut modifier substantiellement les conditions du marché, telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, il dispose d'une certaine marge de manœuvre.

Il est ainsi possible de négocier sur :

- ⇒ le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- ⇒ la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- ⇒ la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- ⇒ le délai : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- ⇒ les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient difficiles à négocier lorsque les négociations sont menées avec plusieurs candidats.

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière.

11.3. QUELLES SONT LES CONTRAINTES DE LA NÉGOCIATION ?

11.3.1. La négociation n'échappe pas à l'application des grands principes

Dans le cadre de la négociation, l'acheteur public doit faire face à trois contraintes :

- 1° respecter l'égalité de traitement des candidats, tout au long de la procédure.
- 2° assurer la transparence de la procédure.
- 3° respecter le secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats.

Pour répondre à ces contraintes, l'acheteur devra veiller à la traçabilité des échanges effectués avec chacun des candidats, ainsi qu'à les maintenir tous à un même niveau d'information. Il s'assurera que les informations éventuellement communiquées ne comprennent pas d'éléments couverts par le secret industriel et commercial, dont la divulgation, a fortiori sans autorisation de leur(s) détenteur(s) serait passible de poursuites.

Il est, évidemment, toujours possible de négocier les éléments que le candidat fait figurer dans son offre. En revanche, le principe d'intangibilité du cahier des charges rend la modification de celui-ci beaucoup plus délicate. L'acheteur devra être en mesure de justifier, pour toute modification apportée au cahier des charges initial et à l'offre initiale du candidat retenu, de leur intérêt, tant technique que financier, et du respect de l'égalité de traitement des candidats.

¹²⁵ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244.

Il est donc conseillé d'établir un document précis, qui permettra d'identifier clairement les points qui ont fait l'objet de modifications. Le respect du principe d'égalité doit conduire l'acheteur, en cas de modifications du cahier des charges, à inviter l'ensemble des candidats à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications.

Ces principes sont applicables à toutes les procédures négociées, même passées sans mise en concurrence.

En tout état de cause, certaines stipulations du cahier des charges seront réputées intangibles. Il revient à l'autorité contractante de les signaler aux candidats, avant l'ouverture de toute négociation.

11.3.2. La limitation du nombre de candidats invités à négocier

Aucune disposition du code polynésien des marchés publics n'impose à un acheteur public souhaitant passer un marché en procédure négociée d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre¹²⁶. Il est toutefois vivement recommandé aux acheteurs de fixer ce délai. A défaut, il s'expose à ce que les candidats indiquent eux-mêmes des durées de validité qui peuvent ne pas être équivalentes et donc comparables les unes par rapport aux autres.

Dans les procédures formalisées autorisant le recours à la négociation, les acheteurs publics ne peuvent librement choisir les opérateurs économiques appelés à négocier. Le code dispose qu'ils peuvent en limiter le nombre, à la condition de l'avoir annoncé préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence, s'il a été procédé à la publication d'un tel avis. Le nombre minimal de candidats n'est pas fixé par le code. Si le nombre minimal est inférieur à celui annoncé par l'acheteur public, l'acheteur peut quand même décider de poursuivre la procédure ou s'il estime la concurrence insuffisante, déclarer la procédure sans suite.

Les critères de sélection des candidats et leurs conditions de mise en œuvre doivent également être indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence ou les documents en tenant lieu.

En procédure adaptée, les acheteurs publics peuvent également limiter la négociation à certains candidats seulement. Toutefois, cette restriction n'est possible que si l'acheteur a indiqué les critères sur la base desquels le choix des candidats admis à négocier sera opéré (voir point 12.1 et 12.2).

12 - COMMENT MENER UN DIALOGUE COMPÉTITIF ?

Défini à l'article LP 324-1 du code des marchés publics, le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion des marchés complexes. L'acheteur prendra garde que le dialogue n'a pas pour objectif l'accélération des procédures, mais l'amélioration de la définition des besoins. Le dialogue compétitif est, de fait, une procédure assez compliquée, lourde à gérer et souvent chronophage.

12.1. LES CAS DE RECOURS AU DIALOGUE COMPÉTITIF

La procédure du dialogue compétitif peut être utilisée lorsque l'acheteur :

- a) ne peut définir seul et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins (art. LP 324-1, 1°)

ou

- b) n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet (art. LP 324-1, 2°).

Cette situation peut se présenter, notamment pour la réalisation de certains projets ou réseaux informatiques, pour des campagnes de communication ou, plus généralement, pour des projets pour lesquels l'acheteur ne dispose pas d'une visibilité suffisante ;

ou

- c) pour la passation d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager (art. LP 356-6), lorsque l'une des deux conditions définies ci-dessus au a) ou au b) sont remplies.

Le dialogue compétitif présente, par rapport à l'appel d'offres, l'avantage de conférer une vision plus complète et comparative des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir, puisque les offres ne seront pas, dès le début, enfermées dans des spécifications techniques précises.

Il offre aux acheteurs publics des possibilités plus larges de dialoguer avec les candidats au marché, afin d'améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui leur sont faites.

¹²⁶ CE 20 mai 2009, *Ministre de la défense*, n° 316602.

De ce point de vue, le déroulement du dialogue compétitif s'apparente à une négociation. L'acheteur public doit faire face aux trois mêmes contraintes que celles mentionnées au point 12.3.1 :

- 1° assurer aux candidats l'égalité de traitement, tout au long de la procédure,
- 2° garantir la transparence de la procédure
- 3° respecter le secret industriel et commercial protégeant le savoir-faire des candidats.

L'acheteur prendra garde que le risque de porter atteinte aux secrets industriels ou commerciaux est, en effet, accru dans le cadre de la procédure du dialogue compétitif. La responsabilité de l'acheteur peut, le cas échéant, être engagée du fait de sa violation.

12.2. LA PROCÉDURE DU DIALOGUE COMPÉTITIF (ART. LP 324-2)

Dans une procédure de dialogue compétitif, les candidats élaborent leurs offres sur la base d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini. Dans ce document l'acheteur décrit, en termes pratiques, ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre.

Au terme du dialogue, l'acheteur doit disposer d'un marché comportant les principales dispositions permettant de gérer et de payer ce marché (durée, forme du prix, révision, acomptes, pénalités, résiliation et les éléments énumérés à l'article LP 221-1 du code).

Il est recommandé à l'acheteur public de fixer, dans l'avis de marché, un nombre maximal de candidats admis à dialoguer. Si le nombre de candidatures recevables est supérieur à ce nombre, les candidatures sont sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières, ainsi que les références professionnelles des candidats.

Le nombre minimal de candidats doit également être fixé par l'autorité contractante dans l'avis d'appel public à la concurrence. Si le nombre d'opérateurs ayant candidaté est inférieur à ce minimum, la procédure peut être déclarée sans suite ou suivre son cours.

En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits par l'acheteur public. Les offres reçues ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Elles vont pouvoir être améliorées et complétées, grâce au dialogue que l'acheteur mènera avec chaque candidat. Un candidat peut avoir besoin d'informations complémentaires (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique sur le site). L'acheteur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications, permettant de mieux tirer profit des potentialités de cette proposition.

A la condition de l'avoir prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation, le dialogue peut se dérouler en autant de phases successives nécessaires à l'acheteur pour définir son besoin. Il peut être demandé aux candidats de modifier les propositions successives issues du dialogue.

A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qu'il estime inadaptées à son besoin. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.

Tout au long de la phase de dialogue, l'acheteur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.

Lorsque l'acheteur public estime que la discussion est arrivée à son terme, il informe les candidats de la fin du dialogue et leur demande de présenter une offre finale. Lorsque les offres ont été déposées, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie, selon les critères de sélection annoncés en début de procédure.

L'élaboration des propositions par les candidats tout au long du dialogue compétitif peut entraîner des coûts élevés susceptibles de dissuader des concurrents potentiels. Il est donc toujours de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes de dédommagement à hauteur de l'effort demandé (art. LP 324-2, alinéa 2). La prime permettra de susciter une réelle concurrence, en incitant le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer au dialogue.

Après attribution du marché, l'acheteur peut encore demander au titulaire choisi de clarifier des aspects de son offre finale ou de confirmer les engagements, notamment financiers, figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations (art. LP 324-5, alinéa 10). Cette possibilité a été ouverte notamment, afin de tenir compte de la réticence des institutions financières à souscrire des engagements fermes avant ce stade de la procédure.

13 - COMMENT CHOISIR SON MAÎTRE D'ŒUVRE ?

Les procédures spécifiques de passation des marchés de maîtrise d'œuvre sont décrites à l'article LP 326-4 et suivants du code des marchés publics.

13.1. EN PROCÉDURE ADAPTÉE

En procédure adaptée, il est recommandé au maître d'ouvrage de recourir à une procédure restreinte. Ainsi, il peut procéder à une sélection des candidats par une mise en concurrence fondée sur l'analyse des compétences, des références et des moyens des candidats pour sélectionner le ou les meilleurs candidats avec qui il engagera ensuite, une négociation en vue du choix de l'attributaire du marché.

Dans certains cas, la mise en concurrence peut comporter une remise de prestations par les candidats sélectionnés. Cette remise devra être indemnisée, sous forme de prime d'un montant fixé conformément aux dispositions de l'article LP 326-4.

Si le maître d'ouvrage choisit de demander des prestations, il peut utilement s'entourer de compétences pour l'aider à définir et encadrer les prestations à remettre, à les analyser et à mener la négociation. Ces prestations auront pour objet d'asseoir et d'illustrer le travail préalable de l'architecte pour analyser la commande du maître d'ouvrage et soumettre les idées directrices qui pourraient fonder le futur projet.

Sans constituer le début du projet qui sera proposé ultérieurement par le concepteur retenu, les prestations demandées, seront composées d'écrits explicatifs et de schémas, croquis illustratifs servant de supports au dialogue, à la négociation qui s'instaurera entre le maître d'ouvrage et chacun des candidats sélectionnés ayant remis les prestations en cause. Ainsi, l'ensemble de la prestation remise guidera et nourrira l'entretien entre le maître d'ouvrage et le candidat.

En dessous des seuils de procédure formalisée, le maître d'ouvrage peut recourir à une procédure inspirée du concours défini à l'article LP 326-4 du code. L'anonymat dans l'examen des projets par le jury n'est alors pas obligatoire.

Il est recommandé à l'acheteur public d'assurer la traçabilité de la procédure en tenant un compte-rendu précis des échanges intervenus lors des négociations, retraçant, notamment, les modifications apportées à la proposition initiale par les candidats.

13.2. EN PROCÉDURE FORMALISÉE (ARTICLE LP 326-4)

Au-dessus des seuils de procédure formalisée (Voir article LP 223-2, II), le maître d'ouvrage a l'obligation de recourir à la procédure du concours restreint, s'il construit un bâtiment neuf. Mais un concours peut aussi être opportun en cas d'enjeu architectural, par exemple pour une réutilisation d'ouvrage ou une construction d'ouvrages d'art.

Lorsque le concours n'est pas obligatoire (Cf. article LP 326-5), par exemple en cas de réutilisation ou de réhabilitation d'un ouvrage existant, en cas d'ouvrage d'infrastructure ou d'ouvrage réalisé à titre de recherche ou d'essai, la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence est utilisée, lorsque les conditions du 2° de l'article LP 323-2 sont remplies. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, un appel d'offres doit être organisé.

Il est également possible de mettre en œuvre la procédure du dialogue compétitif (Article LP 326-6) pour attribuer un marché ou un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager, lorsque le marché est considéré comme complexe. Quelques aménagements à la procédure du dialogue compétitif sont toutefois à prendre en compte :

- le versement obligatoire d'une prime, dont le montant est encadré, à chaque participant ;
- la possibilité de mettre en place un jury, dont le rôle est identique à celui d'un jury de concours.

Il est recommandé à l'acheteur public de tenir un compte-rendu précis des échanges intervenus lors du dialogue, retraçant notamment les modifications apportées à la proposition initiale par les candidats.

14 - COMMENT CHOISIR L'OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE ?

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché public revêt à cet égard une importance cruciale. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend en effet

- de la bonne définition de son besoin par l'acheteur,
- du bon choix des critères qui en sont la traduction
- et d'une bonne méthode de mise en œuvre de ces derniers.

L'analyse des offres intervient après l'examen des candidatures. En procédure formalisée, l'examen des offres est en principe effectué par la commission d'appel d'offres (Cf. point 5 du présent document). Une analyse préalable des offres, visant à préparer et faciliter l'avis de la CAO, peut toutefois être confiée aux services techniques ou administratifs de l'acheteur¹²⁷.

L'examen des offres, en tant que tel, se décompose en deux phases, précisées par l'article LP 235-3. Ainsi, après avoir vérifié que les offres sont régulières, acceptables et appropriées au sens de l'article LP 122-3, l'acheteur classe les offres qui n'ont pas été rejetées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution qu'il aura préalablement choisis. La toute première étape présidant à l'examen des offres est donc la détermination, par l'acheteur, des critères de sélection les plus appropriés au regard de son besoin.

14.1. DES CRITERES REPONDANT PERTINEMMENT A L'OBJET DU MARCHE PUBLIC

L'offre économiquement la plus avantageuse ne se confond pas avec l'offre au prix le plus bas. Les critères de sélection choisis, ainsi que leurs modalités de mise en œuvre, doivent permettre à l'acheteur d'apprécier la performance globale du marché public et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.

14.1.1. Principes généraux

14.1.1.1. Des critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché

Le choix des critères permettant, eu égard à l'objet du marché public, de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse relève de la liberté de l'acheteur¹²⁸. Celui-ci peut choisir les critères qui lui semblent les plus pertinents pour déterminer l'offre la plus adaptée à son besoin, à condition toutefois que ces critères soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article LP 235-2 du code.

Ce dernier doit ainsi veiller à respecter les grands principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures¹²⁹. En ce qu'il porte atteinte aux principes de la liberté d'accès à la commande publique et de non-discrimination, un critère reposant sur la localisation géographique ne pourrait par exemple être retenu¹³⁰.

Exemple : un critère portant sur l'âge des véhicules peut être retenu dans le cadre d'un marché public de transport scolaire par autocar, dans la mesure où l'utilisation d'un tel critère, qui se rapporte objectivement aux caractéristiques de confort, de sécurité et d'efficacité que l'acheteur public était en droit d'attendre des véhicules proposés, est manifestement justifié par l'objet du marché public¹³¹.

14.1.1.2. Ne pas confondre critères de jugement des offres et critères de sélection des candidatures

Les critères qui portent sur la valeur des offres ne doivent pas être confondus avec les critères de sélection des candidatures, qui permettent d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats¹³².

Ainsi, l'acheteur ne peut se fonder sur la renommée de l'entreprise, ses références¹³³ ou sur une expérience passée pour attribuer le marché public. Toutefois, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une

¹²⁷ CAA Bordeaux, *Commune de Bègles*, 2 juin 2015, n° 13BX01692.

¹²⁸ CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n° 351570.

¹²⁹ Cons. const., décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827.

¹³⁰ CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-minervois*, n° 131562 (CJUE, 27 octobre 2005, *Commission c/ Espagne*, C-158/03).

¹³¹ CE, 17 juillet 2013, *Département de la Guadeloupe*, n° 366864.

¹³² CE, 29 décembre 2006, *Société Bertele SNC*, n° 273783.

influence significative sur le niveau d'exécution du marché public, un critère relatif aux qualifications ou à l'expérience du personnel peut être retenu¹³⁴. Il n'est pas non plus interdit à l'acheteur de retenir un critère relatif aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations afin d'en garantir la qualité technique¹³⁵, à condition que ces éléments aient une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

Par ailleurs, en procédure adaptée, l'acheteur peut utiliser un critère reposant sur l'expérience des candidats, « lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché [public] et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire »¹³⁶.

14.1.2. Comment choisir le ou les critères de sélection ?

14.1.2.1. Un ou plusieurs critères ?

L'article LP 235-2 prévoit deux méthodes de jugement des offres à la disposition de l'acheteur.

a) Le critère unique du prix

L'acheteur peut ne choisir qu'un seul critère pour attribuer le marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce cas, il ne peut s'agir que du prix.

Toutefois, le recours au critère unique du prix n'est juridiquement possible que s'il est justifié par l'objet du marché. Cet objet doit donc être suffisamment simple, courant, pour que le seul recours au critère du prix suffise à identifier de façon précise et objective l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'article A 235-1 précise à cet égard, que le recours au critère unique concerne les marchés dont l'objet porterait sur l'achat de services ou de fournitures standardisés ayant des caractéristiques ou qualités similaires quel que soit le fournisseur. Il s'agit donc de fournitures ou services, dont la qualité est dès lors insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

À l'inverse, si l'objet du marché porte sur des prestations complexes où la qualité peut être diverse et où le savoir-faire et la technicité du prestataire sont essentiels et peuvent être très variables d'une entreprise à l'autre, le recours au critère unique du prix est proscrit car il ne permet pas de déterminer seul l'offre économiquement la plus avantageuse¹³⁷. De même, compte tenu du caractère complexe des prestations qui peuvent justifier le recours au dialogue compétitif, celles-ci ne paraissent logiquement pas pouvoir être jugées sur la base du critère unique du prix.

Dans tous les cas, l'acheteur qui retient le critère unique du prix doit être capable de prouver que l'objet du marché l'autorisait à faire ce choix.

Si l'objet du marché ne justifie pas le recours au critère unique du prix, l'acheteur doit donc privilégier le recours à une pluralité de critères.

b) Le recours à une pluralité de critères

L'article LP 235-2 du code dresse une liste illustrative et non exhaustive des critères pouvant être utilisés par l'acheteur, lui laissant la possibilité de prendre en compte d'autres critères plus adaptés au marché public concerné.

Le code n'oblige pas l'acheteur à retenir le prix parmi les critères¹³⁸. En pratique, le prix apparaît comme un critère inévitable car la qualité d'une offre ne se conçoit que par rapport à un prix. Exceptionnellement, lorsque le prix est réglementé comme par exemple les tarifs en matière de fret et de passage maritimes ou le prix des produits de première nécessité, le critère du prix est neutralisé, des critères autres que le prix peuvent donc être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Une approche plus globale permet à l'acheteur de choisir l'offre réellement la plus avantageuse financièrement. En effet, une prestation dont le prix est attractif peut s'avérer coûteuse au final dès lors que l'on prend en compte l'ensemble des coûts annexes que devra supporter l'acheteur, tels que les coûts liés à l'acquisition de la prestation, les coûts liés à l'utilisation ou encore les frais de maintenance.

¹³³ TAP 20 décembre 2019 Société Vaihupe, req. 1900452.

¹³⁴ Cf. LP 235-2 du code.

¹³⁵ CE, 11 mars 2013, AP-HP, n° 364706 ; CJUE, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, 25 mars 2015, aff. C- 601/13.

¹³⁶ CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254.

¹³⁷ (V. CE, 24 avr. 2007, Dpt Isère, n° 298584

¹³⁸ CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse, n° 280197.

14.1.2.2. Des critères pour vérifier que l'offre répond effectivement au besoin

Les critères de sélection choisis doivent être la traduction du besoin de l'acheteur. Ils doivent permettre à l'acheteur de déterminer l'offre la mieux à même de répondre à son besoin. Seuls des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse peuvent être retenus.

Dès lors qu'ils s'inscrivent dans cette logique, de nombreux critères, qu'ils soient qualitatifs, environnementaux ou sociaux, sont susceptibles d'être justifiés au regard de l'objet du marché public. L'on peut citer par exemple : le délai de livraison, la garantie, la qualité technique, le caractère innovant, la sécurité des approvisionnements ou même le caractère esthétique¹³⁹.

14.1.3. La prise en compte du développement durable dans le choix des critères de sélection

Le choix des critères peut également être l'occasion pour l'acheteur de prendre en compte des éléments de développement durable. L'article LP 235-2 du code retient ainsi parmi les critères possibles : les performances en matière de protection de l'environnement de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ou l'insertion professionnelle. Cette liste n'étant pas exhaustive, on peut également citer, la biodiversité ou encore le bien-être animal.

Si de tels critères peuvent être choisis, c'est à la condition toutefois qu'ils soient « en lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution » ainsi que le précise l'article LP 235-2¹⁴⁰. Dans ce dernier cas, le critère doit se rapporter à des ressources susceptibles d'être effectivement mobilisées par le candidat pour l'exécution du marché public¹⁴¹. Il n'est, par exemple, pas possible d'examiner les offres à l'aune d'un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise¹⁴².

En revanche, le Conseil d'État a admis qu'un critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté pouvait être en rapport avec l'objet d'un marché public de travaux publics, dès lors que celui-ci était susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion¹⁴³. Dans la mesure où elles concernent les modalités de production des produits, objet du marché public, des exigences en matière de commerce équitable peuvent de même être prises en compte¹⁴⁴.

L'acheteur peut également recourir aux labels¹⁴⁵ afin d'apprécier un critère. Lorsqu'il souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, l'acheteur peut exiger un label particulier dans les critères d'attribution en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises. Il demeure entendu qu'il est préférable de faire alors référence à un label qui prévoirait une classification échelonnée (par exemple selon des niveaux de consommation d'énergie en cours d'utilisation du produit)¹⁴⁶.

En outre, les exigences fixées par le label doivent être en lien avec l'objet du marché public. Dans le cas contraire, seuls les éléments liés à l'objet du marché public peuvent être exigés par l'acheteur.

14.2. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DES CRITERES

14.2.1. Pondération des critères

La pondération constitue l'unique modalité de classement des critères de jugement des offres. Elle consiste à déterminer l'importance relative de chaque critère c'est-à-dire son poids par rapport aux autres notamment au moyen d'un coefficient, d'un pourcentage ou par l'affectation d'un nombre de points.

¹³⁹ CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484.

¹⁴⁰ Comme pour les autres critères, ils devront également respecter les principes du droit de la commande publique, être objectifs, et ne pas être formulés de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public, CJUE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, point 64 et suivants.

¹⁴¹ CJUE, 4 décembre 2003, *ENV AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich*, aff. C-448/01, points 66 et 67.

¹⁴² CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg polyurbaine*, n° 363921. A cet égard, le considérant 97 de la directive 2014/24/UE rappelle expressément que « la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés ».

¹⁴³ CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950.

¹⁴⁴ CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne c/ royaume des Pays-Bas*, aff. C-368/10, points 89 et suivants.

¹⁴⁵ Dans l'hypothèse où un opérateur économique n'a manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent, celui-ci doit par ailleurs accepter tout autre moyen de preuve approprié tel que, par exemple, un dossier technique du fabricant, afin de ne pas porter atteinte au principe de non-discrimination et de respecter l'égalité de traitement des candidats.

¹⁴⁶ La logique des normes et labels est binaire ; elle repose sur la constatation d'une satisfaction à un certain nombre de points d'un cahier des charges. A l'inverse, la logique des critères est celle d'une évaluation des différentes offres les unes par rapport aux autres. Dans ce cadre, l'utilisation de normes et labels en tant que critères d'attribution peut rendre malaisée la comparaison des offres entre elles.

A l'instar du choix des critères, le choix de la pondération des critères est libre, sous réserve que la pondération soit pertinente et non discriminatoire¹⁴⁷.

Le juge limite son contrôle sur la pondération opérée à l'erreur manifeste d'appréciation vérifiant notamment que la pondération allouée ne soit pas manifestement excessive eu égard à l'objet du marché (la pondération du critère du prix à hauteur de 40% n'est pas pertinente pour un marché dont les prix sont réglementés par l'administration par exemple).

Il n'existe pas de pondération minimale du critère du prix. Le poids donné à chacun des critères **dépend de la complexité de la prestation à réaliser et de la précision du cahier des charges**.

L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux-disante ».

La pondération est obligatoire y compris en procédure adaptée.

Le critère du prix peut ne pas être affecté de la pondération la plus élevée dans le cas où la complexité ou la nature des prestations impose que ce critère ait une pondération plus faible que d'autres. La sécurité de l'approvisionnement l'emporte, par exemple, sur le prix pour une prestation de transport de produits sanguins.

14.2.2. La transparence des modalités de sélection des offres

14.2.2.1. Les modalités de sélection des offres doivent être portées à la connaissance des candidats.

Les candidats doivent pouvoir connaître les qualités qui seront appréciées, le poids respectif de chacune d'entre elles et, d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui seront utilisés pour juger l'offre.

Ainsi, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, donner aux candidats une information appropriée sur les critères d'attribution du marché publics ainsi que sur les conditions de leur mise en œuvre¹⁴⁸, c'est-à-dire soit la pondération qui leur est allouée.

Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à l'acheteur¹⁴⁹. Ils doivent être établis « *de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière* »¹⁵⁰.

Ainsi, le caractère assez subjectif de critères tels que « la valeur technique de l'offre » ou son « caractère esthétique », impose à l'acheteur public de définir ce qu'il entend par ce critère.

A cette fin, l'acheteur peut recourir à des sous-critères.

14.2.2.2. Recours aux sous-critères

S'il décide de faire usage de sous-critères, l'acheteur devra porter à la connaissance des candidats la pondération de ces sous-critères en application du dernier alinéa de l'article LP. 235-2, dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection¹⁵¹.

Par ailleurs, l'acheteur doit également préciser dans les documents de la consultation, les informations qui devront être fournies en vue de l'évaluation des offres pour chacun des critères. A cet égard, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats lorsque, pour fixer un critère d'attribution du marché public, il prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée¹⁵².

¹⁴⁷ CE 10 mai 2006 Sté Shiocchet, req. 288435.

¹⁴⁸ Article 62, IV ; pour les procédures adaptées, voir CE, *ANPE*, 30 janvier 2009, n° 290236 ; CE 7 novembre 2012 Société JLPO req. 360252.

¹⁴⁹ CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197 ; CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484.

¹⁵⁰ CJUE, 18 octobre 2001, *SIAC construction ltd*, aff. C-19/00, point 42.

¹⁵¹ CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 ; CE, 17 juin 2015, *Société Proxiserve*, n° 388457.

¹⁵² CE, 9 novembre 2015, *Société Les Autocars Roger Ceccaldi*, n° 392785.

Pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent donc pouvoir avoir connaissance :

- ⇒ des caractéristiques techniques ou économiques attendues, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères ;
- ⇒ du poids de ces critères et sous-critères ;
- ⇒ des informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères.

14.3. LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES

14.3.1.1. *Les acheteurs doivent veiller à détecter les offres anormalement basses*

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est en effet de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base.

Le code organise une procédure de traitement de l'offre anormalement basse.

Quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, l'approche de l'acheteur doit être faite étape par étape :

- 1° identifier les offres suspectes,
- 2° permettre aux entreprises concernées d'en démontrer le sérieux en leur réclamant des précisions,
- 3° apprécier la pertinence des explications fournies,
- 4° décider de l'admission ou du rejet des offres.

14.3.1.2. *Reconnaître une offre anormalement basse*

La seule circonstance que le prix proposé soit très inférieur à l'estimation de l'acheteur public ou à celui des autres offres¹⁵³ ne suffit pas à justifier le rejet de l'offre. Celui-ci doit tenir compte des justificatifs fournis par le candidat. Si ceux-ci ne sont pas dénués de pertinence et ne font pas apparaître une sous-évaluation manifeste des prestations, l'offre ne peut être considérée comme anormalement basse¹⁵⁴.

Par exemple, une entreprise de travaux peut proposer un prix qui semble anormalement bas car elle exécute déjà un marché identique à proximité. Dans cette hypothèse, elle n'a donc pas les mêmes contraintes de déploiement de nouveaux équipements fixes de chantier, ce qui lui permet de réduire ses coûts.

Le caractère anormalement bas de l'offre doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses éléments et non pas d'une partie d'entre eux, même si les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision représentaient une part substantielle du marché.

Doit être suspectée d'anormalement basse, l'offre dont le prix ne correspond manifestement pas au taux horaire usuellement pratiqué dans un secteur d'activités et qui ne correspond d'ailleurs pas au taux horaire affiché par le candidat lui-même sur son site Internet.

Le premier alinéa de l'article A 235-2 comporte à cette fin quelques méthodes d'identification de l'offre anormalement basse.

Après avoir demandé par écrit des explications à l'opérateur dont l'offre paraît anormalement basse et apprécier leur pertinence, si celles-ci ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, financières et techniques de l'entreprise, l'acheteur public est tenu de rejeter l'offre.

Le rejet d'une offre, au motif qu'elle est anormalement basse, doit, dans tous les cas, être motivé. Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification d'offre anormalement basse ou sur son omission¹⁵⁵.

Les acheteurs publics doivent donc veiller à la bonne utilisation des deniers publics et être conscients des risques, tant opérationnels que juridiques, auxquels ils s'exposent en retenant une offre anormalement basse.

¹⁵³ CE, 29 mai 2013, *Sté Artéis*, n° 366606.

¹⁵⁴ CAA Bordeaux, 7 avril 2005, *Commune de Bordeaux*, n° 01BX00081.

¹⁵⁵ CE, 1er mars 2012, *Département de Corse du sud*, n° 354159.

15 - COMMENT INTÉGRER DES PRÉOCCUPATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS L'ACHAT PUBLIC ?

Par ses articles LP 214-1, LP 221-1, LP 221-2, LP 234-3 et LP 235-2, A 233-2 le code définit les modalités selon lesquelles l'acheteur public peut prendre en compte des exigences environnementales, économiques et sociales lors de l'achat public, dans le respect des principes généraux de la commande publique.

L'article LP 221-1 relatif à la définition des besoins impose en effet à l'acheteur public de tenir compte d'objectifs de développement durable, c'est-à-dire « *des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social* »¹⁵⁶.

15.1. LES PRÉOCCUPATIONS ENVIRONNEMENTALES

15.1.1. Prise en compte possible à toutes les étapes de l'acte d'achat

Les préoccupations environnementales pourront être intégrées tout au long de la procédure de passation mais également dans l'exécution du contrat.

15.1.1.1. Lors de la définition et de l'expression des besoins

L'article LP 221-2 relatif aux spécifications techniques permet de définir dans les documents de la consultation des exigences en matière environnementale.

L'acheteur public pourra se référer aux écolabels attribués par des organismes indépendants. Les écolabels sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement.

Un exemple : le label allemand Ange Bleu (*Der blaue Engel*) :



Créé en 1977, il s'agit de la plus ancienne garantie pour les produits respectueux de l'environnement. Contrôlé par un organisme indépendant, il est considéré comme l'un des écolabels les plus fiables et les plus exigeants.

L'Ange bleu concerne tout d'abord le papier : lorsqu'il porte son logo, celui-ci est fabriqué à 100 % à partir de fibres recyclées.

Mais ce label peut aussi être décerné à d'autres biens de consommation (plus de 4000 produits affichent l'Ange Bleu, hors alimentation et industrie pharmaceutique) : les imprimantes (couleur ou noir et blanc), qui doivent fonctionner avec une utilisation minimale d'énergie, les produits utilisant l'énergie solaire (calculatrices, montres)...

La possibilité de présenter des variantes (art. LP 234-3) peut être un moyen efficace d'intégrer la protection de l'environnement au stade des spécifications techniques, sans que l'acheteur public ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière. Ainsi, l'acheteur public peut préciser qu'il est disposé à accueillir des offres répondant à certaines variantes plus écologiques, par exemple, sur la teneur en substances dangereuses.

15.1.1.2. Lors de la présentation des candidatures

Les acheteurs publics peuvent examiner le savoir-faire des candidats, en matière de protection de l'environnement, en appréciant leurs capacités techniques, notamment, pour les marchés publics de travaux ou de services, au travers des certificats de qualification qui pourraient présenter un caractère environnemental, ou de tout document équivalent.

15.1.1.3. Lors de la présentation des offres

L'article LP 235-2 permet aux acheteurs publics de prendre en compte un ou plusieurs critères environnementaux, alors même qu'il ne s'agit pas de critères purement économiques¹⁵⁷.

¹⁵⁶ CE, 23 novembre 2011, *Cité urbaine Nice-Côte d'Azur*, n° 351570.

¹⁵⁷ CJUE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, aff. C-513/99.

Un critère dénué de caractère économique peut être de nature à déterminer la valeur de l'offre pour l'acheteur public, par exemple, pour les marchés dans lesquels la collectivité publique ne verse pas une somme donnée à son cocontractant. Tel est le cas, par exemple, des contrats de mobiliers urbains, pour lesquels le juge a admis l'utilisation d'un critère esthétique¹⁵⁸.

Ce critère devra, toujours, être lié à l'objet du marché, expressément mentionné dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation et respecter les principes posés par l'article LP 111-1 du code. Comme pour les autres critères, il ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public, lors de l'analyse des offres (cf. point 14.2.2).

15.1.1.4. Concernant les conditions d'exécution du marché.

Les conditions d'exécution sont détaillées dans les clauses du contrat, le plus souvent dans les cahiers des charges, que l'attributaire du marché, quel qu'il soit, devra respecter. Lors de leur soumission, tous les candidats doivent s'engager à la mettre en œuvre, il s'agit d'un élément de conformité de leur offre. Les offres des candidats ne s'engageant pas à remplir cette obligation seront rejetées comme étant irrégulières.

L'article LP 214-1 permet aux acheteurs d'imposer dans le cahier des charges des conditions d'exécution environnementales. Ces conditions ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire.

A titre d'exemple, on citera :

- livraison/emballage en vrac plutôt qu'en petit conditionnement,
- conditions de transport des marchandises livrées engendrant une consommation limitée d'énergie,
- récupération ou réutilisation des emballages,
- livraison des marchandises dans des conteneurs réutilisables,
- collecte et recyclage des déchets produits,
- produits bio,
- solutions informatiques de bureau labellisées Energy Star ou équivalent,
- papier recyclé.

15.1.2. Des outils adaptables au niveau d'exigence de l'acheteur

Ces outils permettent aux acheteurs publics de fixer, eux-mêmes, le niveau d'exigence environnementale qu'ils souhaitent voir atteint dans l'exécution de leurs marchés.

Ils couvrent l'ensemble du champ de l'achat public sans restriction de montant ou d'objet.

Pour de plus amples informations, il peut être conseillé de consulter les guides du groupe d'étude des marchés (GEM) développement durable, environnement¹⁵⁹.

15.1.3. L'exemple des véhicules à moteur

Il est recommandé à l'acheteur public de prendre en compte les incidences énergétiques et environnementales, lorsqu'il achète ou loue des véhicules (voitures particulières, véhicules utilitaires légers, poids lourds, autobus et autocars).

Cela peut se traduire par l'introduction de spécifications techniques relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ou par l'utilisation de critères d'attribution liés aux incidences énergétiques et environnementales du véhicule sur toute sa durée de vie.

15.2. LES PERFORMANCES EN MATIÈRE DE DÉVELOPPEMENT DES APPROVISIONNEMENTS DIRECTS DE PRODUITS DE L'AGRICULTURE

Le code des marchés publics (article LP 235-2) permet aux acheteurs publics de favoriser le développement des circuits courts de commercialisation dans le domaine des produits agricoles, à condition que cette prise en compte ne soit pas source de discrimination entre candidats et qu'elle soit de nature à satisfaire les besoins exprimés par l'acheteur public.

¹⁵⁸ CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197.

¹⁵⁹ Disponibles sur le site Internet de la Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers nationaux, à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/guides-et-recommandations-des-gem-et-autres-publications>.

Un circuit court est un mode de commercialisation des produits agricoles qui s'exerce soit, par la vente directe du producteur au consommateur, soit par la vente indirecte, à condition qu'il n'y ait qu'un seul intermédiaire. Le critère du circuit court n'est pas un critère géographique. L'acheteur prend en considération le circuit de fourniture et non pas l'implantation géographique du producteur. La localisation du producteur ne peut donc pas constituer un critère d'attribution du marché.

Le code met à disposition des acheteurs publics plusieurs outils, à différents stades du processus d'achat public, permettant de développer les circuits courts :

- ⇒ l'article LP 221-1 impose à l'acheteur public de déterminer la nature et l'étendue de ses besoins.
- ⇒ L'approvisionnement par les circuits courts permet au mieux de satisfaire ceux-ci, lorsque l'acheteur public a exprimé le souhait de se voir garantir la fraîcheur ou encore la saisonnalité des produits. Lors de l'expression des spécifications techniques exigées par l'article LP 221-2, l'acheteur public peut, par exemple, prévoir un approvisionnement très régulier, ou exclusivement en produits de saison ;
- ⇒ l'allotissement des marchés prévu par l'article LP 222-1 est également de nature à susciter une large concurrence et à faciliter la participation directe des producteurs agricoles et de leurs groupements. Il est, par exemple, possible de décomposer le marché en lots, défini par type de denrées, correspondant chacune à des catégories de fournisseurs différents ;
- ⇒ au moment de la publicité, l'article LP231-1 n'interdit pas à l'acheteur public de procéder à une publicité qui aille au-delà des obligations réglementaires, lui permettant ainsi de multiplier les candidatures utiles, en choisissant des supports atteignant les producteurs agricoles et leurs groupements ;
- ⇒ l'article LP 235-2 permet aux acheteurs publics, lorsqu'ils achètent des produits de l'agriculture, de prendre en compte, parmi les critères de sélection des offres, les performances en matière de développement des approvisionnements directs, par exemple, en demandant qu'il soit précisé le quantum de produits que le soumissionnaire s'engage à acquérir auprès de producteurs agricoles ou d'intermédiaires se fournissant auprès de producteurs agricoles. Outre ses effets favorables sur l'environnement, la prise en compte des performances en matière de développement des approvisionnements directs permet un approvisionnement en produits de l'agriculture de qualité ;
- ⇒ au moment de l'exécution du marché, l'article LP 214-1 rend possible l'insertion, dans le cahier des charges, de conditions d'exécution du marché, liées à son objet, qui prennent en compte l'impact de cette exécution sur l'environnement et, indirectement, constituent autant de moyens efficaces de privilégier les circuits courts d'approvisionnement. Il est possible dans ce cadre, par exemple, de prévoir la réduction des déplacements des véhicules de livraison, de manière à limiter la production des émissions de gaz à effet de serre.

15.3. LES PRÉOCCUPATIONS SOCIALES

15.3.1. Dans la définition des conditions d'exécution du marché

L'article LP 214-1 permet aux acheteurs d'imposer dans le cahier des charges le respect de clauses dites « sociales ».

Ces clauses permettent d'imposer aux entreprises soumissionnaires de s'engager à consacrer une part du marché, à la réalisation d'une action d'insertion professionnelle en faveur d'un public déterminé. Le code ne définit pas le champ d'application de la clause sociale. La clause sociale doit donc être définie en fonction du public que l'on souhaite viser.

Une telle clause est un élément de conformité de l'offre.

L'intégration de clauses sociales, notamment celles destinées à promouvoir la diversité, peut répondre à l'un, au moins, des objectifs suivants :

- l'insertion des personnes éloignées de l'emploi, notamment par l'affectation, dans une proportion raisonnable, d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics déterminés en situation de précarité ou d'exclusion notamment les demandeurs d'emplois ayant déclaré une qualification (diplômée, titrée ou non) ou une expérience, des stagiaires qualifiés, des chômeurs de longue durée, des jeunes ayant un faible niveau de qualification ou, des travailleurs handicapés;
- la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics.
- Le commerce équitable (système d'échange dont l'objectif est d'utiliser le commerce comme un levier de développement et de réduction des inégalités, en veillant à la juste rétribution des producteurs.)

Ces clauses, qui doivent être pertinentes, socialement utiles et bien ciblées, doivent être rédigées en respectant les règles suivantes :

⇒ **offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause** : l'acheteur doit veiller à ce que toute entreprise souhaitant répondre au marché, quel que soit son statut juridique ou sa taille, soit à même de pouvoir remplir cette clause.

Par exemple, une clause imposant que l'exécution du marché soit assurée à 50% par un public éloigné de l'emploi exclut de facto les opérateurs économiques classiques au profit de certains opérateurs spécialisés comme les associations pour l'aide à l'insertion définies par l'article LP 5225-1 du code du travail de la Polynésie française.

⇒ ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause, mais offrir plusieurs possibilités à l'entreprise qui réalisera le marché lui permettant de répondre à ses engagements contractuels. La clause sociale doit donc se borner à prescrire un objectif d'heures d'insertion sans imposer aux opérateurs économiques une modalité particulière de mise en œuvre. Le titulaire conserve la liberté de remplir cet objectif d'insertion par divers moyens : embauche directe, sous-traitance ou cotraitance, mise à disposition d'un salarié en insertion par une structure extérieure (entreprise de travail temporaire) ... Ainsi, par exemple, l'acheteur public ne peut imposer aux opérateurs économiques d'utiliser une embauche par CDI ou d'avoir recours à une structure spécifique comme par exemple des associations pour l'aide à l'insertion.

⇒ **ne pas être discriminatoire à l'égard des candidats potentiels** ; les obligations sociales s'imposent de manière identique à tous les candidats et ont pour effet de les placer sur un pied d'égalité, tant au point de vue de l'engagement des moyens qui leurs sont demandés, qu'au point de vue de leur chance de se voir attribuer le marché ;

⇒ **ne pas limiter la concurrence**.

L'acheteur peut utilement se faire assister par :

- Le Service de l'emploi, de la formation et de l'insertion professionnelle (SEFI), en sollicitant la liste des demandeurs d'emplois ayant déclaré une qualification (diplômée, titrée ou non) ou une expérience dans le secteur professionnel concerné,
- Le Centre de formation professionnelle des adultes (CFPA), en sollicitant la liste des stagiaires titrés dans le domaine professionnel concerné.

Des partenariats avec ces mêmes structures peuvent utilement être recherchés afin de les aider dans l'analyse de l'offre d'emploi disponible, l'élaboration et la rédaction de telles clauses.

L'acheteur public devrait s'assurer, d'une façon générale, de l'équilibre de la mesure :

- Il doit donc identifier le ou les marchés pertinents pour la mise en œuvre de la clause sociale. Dès lors que la prestation envisagée fait appel à de la main d'œuvre, il devient opportun d'examiner les possibilités de décliner ces objectifs en prévoyant des dispositions en matière d'insertion professionnelle en faveur des publics éloignés de l'emploi. Tous les marchés de travaux et de services peuvent être concernés (bâtiment, travaux publics, nettoyage, collecte et traitement des déchets, restauration, gardiennage, entretien des espaces verts...). Certaines prestations spécialisées à forte dominante intellectuelles sont moins accessibles à de telles clauses.
- Il doit se renseigner sur la proportion de main-d'œuvre disponible dans le marché en tenant compte du secteur d'activité.

Dans sa démarche, l'acheteur doit :

- Pour les marchés retenus, lorsque ces derniers sont allotés, déterminer si la clause s'applique à tous les lots d'un marché ou seulement certains d'entre eux.
- Fixer la part de la prestation qui doit être assurée par des personnes en situation d'insertion. Il est recommandé de formuler une telle clause en nombre d'heures de travail. Ainsi, l'acheteur public indique, dans l'avis d'appel public à la concurrence l'existence d'une clause d'exécution, qu'il détaille dans le cahier des charges en indiquant le nombre d'heures d'insertion qu'il souhaite voir effectuer par l'opérateur qui réalisera le marché. Quel que soit le volume arrêté par l'acheteur il s'agit d'un plancher minimal que l'entreprise devra respecter. La détermination du nombre d'heures dédiées à l'insertion dépend de l'analyse initiale du marché. Il est généralement conseillé de situer le taux d'insertion entre 5 à 15 % des heures travaillées pour l'exécution du marché¹⁶⁰.

¹⁶⁰ G. Cantillon, *Marchés publics et développement durable*, Jcl. Collectivités territoriales, Fasc. 770-12, n° 131.

- Préciser les différents moyens à la disposition de l'entreprise lui permettant de répondre à ses engagements contractuels.
- Prévoir le contrôle de l'exécution dans les clauses du marché. Au même titre que pour les autres dispositions des cahiers des charges, l'administration devra veiller au respect par l'entreprise titulaire du marché des conditions d'exécution d'ordre social. Ainsi, il est important de prévoir des mesures de suivi et d'évaluation régulières des conditions d'exécution pendant le déroulement du marché public. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, l'acheteur applique les pénalités spécifiques prévues au marché. Toute exonération de l'obligation de mise en œuvre de la clause sociale est assimilable à une remise en cause des conditions de la concurrence. Les pénalités applicables doivent être prévues dans le CCAP.

15.3.2. Au stade de l'attribution du marché

L'article LP 235-2 permet l'utilisation d'un critère de la performance de l'offre en matière d'insertion professionnelle.

Comme tout critère, ce dernier doit présenter un lien avec l'objet du marché mais ce lien n'implique pas nécessairement que les critères se rapportent aux caractéristiques mêmes des prestations à fournir.

Ce critère peut être utilisé soit dans le cadre d'un marché dont l'objet est l'insertion professionnelle, soit indépendamment lorsque le marché est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion professionnelle¹⁶¹. A titre d'exemple, a été reconnue, l'existence d'un lien entre le critère de performance en matière d'insertion des publics en difficulté et les travaux de renforcement et de renouvellement des chaussées objet d'un marché lancé par un département.

Ce critère doit être porté à la connaissance des candidats (cf. point 14.2.2). Il convient donc d'annoncer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation l'utilisation de ce critère et les éléments qui seront pris en compte pour apprécier les offres notamment au moyen de sous-critères. L'incertitude concernant les conditions de mise en œuvre d'un critère de performance d'insertion professionnelle au regard des conditions d'exécution du marché est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.¹⁶² Il doit donc être suffisamment précis et clair, exempt d'incertitude de sorte que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent puisse savoir de manière certaine et complète ce qu'il recouvre et ne pas conférer une liberté inconditionnée d'appréciation à l'acheteur.

Afin d'apprécier les performances en matière d'insertion, certains sous-critères peuvent être recommandés¹⁶³ :

- L'encadrement technique et le tutorat proposés par l'entreprise pour les personnes en insertion (c'est-à-dire la manière dont l'entreprise va diriger et encadrer les bénéficiaires de l'action d'insertion pendant l'exécution du marché).
- Les mesures prises par l'entreprise pour assurer ou faire assurer l'accompagnement socioprofessionnel des personnes en insertion.
- Le dispositif de formation proposé par l'entreprise pour les personnes en insertion.
- Le niveau de qualification professionnelle susceptible d'être atteint par les personnes en insertion et les perspectives de pérennisation de leur emploi.

En revanche, les offres ne peuvent être examinées à l'aune d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise, qui ne peut être considérée comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les acheteurs publics ne peuvent donc pas exiger des candidats qu'ils aient mis en place une « politique sociale » dans l'entreprise¹⁶⁴.

La pondération du critère doit être raisonnable pour ne pas être discriminatoire. La jurisprudence a admis une pondération de 15% de la note finale.

A l'instar des conditions d'exécution auxquelles l'opérateur s'est engagé à souscrire, dès lors que l'offre a été retenue sur la base d'un critère social, le titulaire doit respecter son engagement. Il convient donc de prévoir des clauses de suivi et de contrôle. Les recommandations déclinées en la matière au point 15.3.1 sont applicables de la même manière ici.

Le critère social peut également être utilisé en combinaison avec une clause d'exécution (cf. point 16.3.1).

¹⁶¹ CE 25 mars 2013 Département de l'Isère, req. 364950.

¹⁶² CE 28 mai 2014, Commune Dijon c/ Sté Carrard services, req. n° 375941.

¹⁶³ Préconisation formulée par le guide de l'achat public durable édité par l'association des acheteurs publics, 7 janvier 2015.

¹⁶⁴ CE, 15 février 2013, Sté Derichebourg polyurbaine, n° 363921.

Lorsque le dossier de consultation met en œuvre une clause sociale, plusieurs soumissionnaires peuvent présenter des offres conformes à la clause sociale alors même que certains d'entre eux présenteraient des offres avec un nombre d'embauche ou d'heures d'insertion supérieur. L'utilisation du critère social associé à une pondération adéquate, donne à l'acheteur public le moyen de départager les offres également sur ce terrain, puisqu'il peut évaluer, par une note chiffrée les propositions qui lui sont faites.

Toutefois, il convient de définir de manière claire, au moment de la rédaction des documents de consultation des entreprises, ce qui sera attendu pour juger du critère social, notamment en instaurant des sous-critères et en anticipant sur la méthode de notation.

15.4. LES MARCHÉS RÉSERVÉS

L'article LP 225-1 du code permet aux acheteurs publics de réserver certains marchés ou certains lots d'un même marché à des établissements de travail protégé mentionnés à l'article LP 5313-14 du code du travail de la Polynésie française. Dans ce cas, l'exécution de ces marchés ou de ces lots doit être effectuée majoritairement par des personnes handicapées. L'avis de publicité doit mentionner le recours à cette réservation.

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 LP 223-2 et respectera les modalités de publicité prévues à l'article LP231-1.

En Polynésie française, une seule structure a été agréée en 2008 en qualité d'entreprise adaptée : L'association « Atelier pour la réinsertion professionnelle des personnes handicapées »¹⁶⁵.

16 - COMMENT ACHEVER LA PROCÉDURE ?

16.1. LA VÉRIFICATION DE LA SITUATION DE L'ATTRIBUTAIRE EN PROCÉDURE ADAPTÉE (ARTICLE LP 321-1)

L'opérateur économique pressenti, c'est-à-dire celui dont l'offre a été la mieux classée, doit justifier de :

- la régularité de sa situation fiscale et sociale ;
- la capacité juridique de son représentant pour l'engager vis-à-vis de l'acheteur public.

A cette fin, il doit produire, dans le délai fixé par l'acheteur public, les pièces délivrées par les administrations et organismes compétents ainsi que les justificatifs permettant d'établir que la personne physique qui représente le candidat est bien habilitée (cf. 10.2.2.3 et 10.2.2.4).

Le défaut de présentation de ces documents par le candidat retenu, dans le délai imparti, entraîne le rejet de son offre. Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est alors sollicité pour produire à son tour les pièces nécessaires. Le cas échéant, cette procédure est renouvelée jusqu'à épuisement des offres classées (article LP 321-1).

16.2. L'INFORMATION DES CANDIDATS (ARTICLE LP 332-1)

L'information des candidats non retenus à l'issue d'une procédure de marché public constitue une formalité essentielle d'achèvement de la procédure, tant en vertu du principe de transparence, rappelé à l'article LP 111-1 du code des marchés publics et dont elle est l'une des applications les plus concrètes, qu'au regard de ses effets sur les voies de recours ouvertes à ses destinataires contre la procédure ou contre le contrat lui-même.

Les opérateurs économiques ont entrepris une démarche de réponse, parfois lourde, aux consultations, sans garantie de succès à l'issue de celle-ci. Au-delà de l'obligation réglementaire, c'est donc également, pour l'Administration, une pratique de bonne gestion et de courtoisie que d'apporter aux participants une information satisfaisante sur le résultat qu'ils ont obtenu, mais également sur les motifs de celui-ci.

Ces éléments d'information recèlent de surcroît un bénéfice indirect indéniable au profit des acheteurs publics, puisqu'ils conduisent en toute logique les entreprises à faire évoluer leurs offres, pour les rendre plus pertinentes, plus précises et/ou plus compétitives selon les cas.

Le niveau d'obligation diffère toutefois en fonction du caractère formalisé ou adapté de la procédure de passation engagée.

¹⁶⁵ Arrêté n° 785 MEF du 18 janvier 2008.

16.2.1. Marchés formalisés

L'obligation d'information des candidats évincés pèse sur tous les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée.

Cette obligation d'information des candidats évincés s'impose également aux marchés subséquents à un accord-cadre passé selon une procédure formalisée.

16.2.1.1. L'information des candidats évincés doit être rapide, mais pas précipitée.

L'acheteur public doit procéder à l'information des entreprises non retenues, « *dès qu'il fait son choix pour une candidature ou une offre* » (Art. LP 332-1, I).

L'acheteur public doit donc informer, à l'issue de l'examen des candidatures, toutes les entreprises dont la candidature a été écartée, en indiquant les motifs de ce rejet sans attendre la fin de la procédure.

Ensuite, lorsque l'acheteur public a choisi le candidat attributaire du marché, il notifie aux autres candidats admis à présenter une offre le rejet de celle-ci et les motifs de ce rejet. Cette notification a pour effet de délier les entreprises de leur engagement.

L'information des candidats s'impose également « *dans les plus brefs délais* » lorsque l'acheteur public décide de déclarer la procédure sans suite ou infructueuse (Cf. art. LP 322-9, LP 324-7, LP 332-1-III).

16.2.1.2. Le contenu de l'information des candidats non retenus.

⇒ Les motifs de la décision de rejet ou d'abandon de la procédure.

Quel que soit l'objet de la notification (rejet des candidatures, rejet des offres ou abandon de la procédure), celle-ci doit mentionner les motifs de la décision.

La lettre doit détailler les raisons qui ont conduit l'acheteur public à ne pas retenir la candidature ou l'offre considérée pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé¹⁶⁶. Les principes généraux applicables en matière de motivation des actes administratifs issus de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 pour la Polynésie française et ses établissements publics¹⁶⁷ et ceux issus des articles L. 211-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration¹⁶⁸ peuvent utilement servir de guide pour l'exposé et la formulation des motifs des décisions de rejet.

⇒ Le cas particulier de la motivation sur les décisions de rejet des offres

Lorsqu'elle a lieu à l'issue de la procédure, le code précise le contenu de l'information à fournir aux candidats à l'égard des candidats dont l'offre n'a pas été déclarée irrégulière, inacceptable, inappropriée ou anormalement basses. La lettre doit ainsi détailler les raisons qui ont conduit l'acheteur public à choisir l'offre de l'attributaire. Tenant compte de la position dégagée par la haute juridiction administrative¹⁶⁹, cette information doit au moins comprendre :

- le classement de leur offre,
- les notes qui leur ont été allouées,
- le nom de l'attributaire ainsi que les notes qui lui ont été allouées.

En pratique, dans le cadre de l'information des candidats évincés, l'acheteur public peut toujours communiquer plus d'éléments que ceux imposés par le texte sous les réserves mentionnées au point 16.1.3. Une telle communication complète utilement l'information obligatoire et sert, à la fois, le principe de transparence que doit garantir la commande publique, la confiance et l'intérêt du candidat à faire évoluer son offre pour la rendre plus compétitive et, indirectement, l'intérêt futur de l'acheteur public susceptible de voir s'optimiser la qualité des réponses qu'il recevra à ses consultations ultérieures.

¹⁶⁶ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n°324156.

¹⁶⁷ Loi n° 79-587 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public dans sa version applicable en Polynésie française

¹⁶⁸ Articles issus de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration (cf. article L. 552-1).

¹⁶⁹ CE 18 décembre 2012 e 363342 *Métropole Nice Côte d'Azur*, CE 18 décembre 2012 n° 362532 *Dept Guadeloupe*, CE 15 février 2013, n° 363854 *Sté SFR*.

16.2.1.3. Les modalités de transmission aux candidats évincés

Le code des marchés publics n'impose aucun formalisme particulier. La notification des décisions de rejet et d'attribution peut être effectuée par voie postale ou par voie électronique (*Cf. art. LP 332-1 – I, alinéa 3*).

La notification par un moyen de transmission électronique permet d'accélérer la conclusion du marché (*Cf. point 16.3 ci-après*).

La télécopie fait partie des modes de transmission « par voie électronique » ainsi que l'a indiqué la jurisprudence administrative¹⁷⁰.

La notification doit permettre d'attester date certaine de réception afin que les acheteurs publics soient en mesure de démontrer que celle-ci a bien été effectuée. A cette fin, il est recommandé :

- en cas d'acheminement par l'OPT, de demander un avis de réception postal,
- en cas de transmission par télécopie, de conserver l'accusé de réception automatique horodaté,
- dans l'attente de l'adoption des textes relatifs à la dématérialisation des marchés publics, en cas de notification par messagerie électronique, de demander aux candidats de renvoyer un accusé de réception exprès (***ne pas se contenter de la confirmation automatique produite par les logiciels de messagerie***) par retour de courriel à l'adresse expéditrice.

16.2.1.4. Sanction du défaut d'information.

L'information des candidats évincés constitue une obligation de publicité et de mise en concurrence dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par le juge des référés précontractuel et contractuel¹⁷¹. Notamment, le juge des référés précontractuels peut enjoindre à l'acheteur public de procéder à la communication des informations demandées dans un délai qu'il détermine¹⁷².

Toutefois, ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser¹⁷³. Tel est le cas lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre¹⁷⁴.

En revanche, ce manquement n'est pas constitué, si les motifs détaillés de ce rejet ont été communiqués au candidat évincé, à la date à laquelle le juge des référés statue, lui permettant de contester utilement son éviction¹⁷⁵, ou si les informations demandées sont étrangères aux caractéristiques de l'offre retenue¹⁷⁶.

16.2.2. Marchés à procédure adaptée (MAPA)

16.2.2.1. L'information immédiate

L'obligation d'information ne s'impose pas aux marchés passés selon une procédure adaptée¹⁷⁷ mentionnés aux articles LP 321-1 et LP 321-2.

L'acheteur public peut toujours néanmoins se soumettre volontairement à cette formalité.

16.2.2.2. La réponse à la demande d'information des candidats écartés.

L'acheteur public, s'il ne l'a pas déjà fait, est tenu de communiquer à tout candidat qui en fait la demande par écrit les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment, avant comme après la signature du marché.

Les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé¹⁷⁸. Pour les candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, l'acheteur public doit, comme en procédure formalisée, leur communiquer le

¹⁷⁰ CE 23 novembre 2011 Communauté Urbaine de Nice-Côte d'Azur. Req. 351570

¹⁷¹ CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, n° 253509.

¹⁷² CE, 11 mars 2013, *min. de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827 ; CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

¹⁷³ CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420.

¹⁷⁴ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix en Provence*, n° 314610.

¹⁷⁵ CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon*, n° 321217.

¹⁷⁶ CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

¹⁷⁷ CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435

¹⁷⁸ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n°324156.

classement de leur offre, les notes qui leur ont été allouées, le nom de l'attributaire ainsi que les notes qui lui ont été allouées.

16.2.2.3. Les limites du contenu de l'information des candidats (Art. LP 332-1 – IV)

Il est interdit aux acheteurs publics de communiquer des renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou à l'intérêt public ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

L'acheteur public doit notamment prendre garde à ne pas dévoiler des éléments confidentiels des offres concurrentes protégés par le secret des affaires. La communication de documents ou renseignements aux candidats évincés doit s'exercer dans le respect de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978¹⁷⁹. A l'égard des communes, de leurs établissements publics et de leurs groupements, ce droit s'exerce dans le respect des articles L. 311-1 et suivants du code des relations entre l'administration et le public¹⁸⁰.

L'information des candidats évincés ne saurait, ainsi, porter atteinte aux secrets protégés par la loi, notamment le secret de la vie privée ou le secret professionnel, ainsi que le secret en matière commerciale et industrielle, qui, selon la Commission d'accès aux documents administratifs, couvre :

- le secret des procédés : Tel est le cas des informations contenues dans les mémoires techniques des entreprises ;
- le secret des informations économiques et financières : tel est le cas des informations relatives aux capacités financières comme le chiffre d'affaires ;
- et le secret des stratégies commerciales : Tel est le cas des informations sur les pratiques commerciales des entreprises comme la liste des fournisseurs. De même, Si l'offre de prix global de l'entreprise retenue est communicable, tel n'est pas le cas en revanche du contenu de son bordereau de prix unitaires, de son détail quantitatif estimatif et de son offre de prix détaillée¹⁸¹.

16.2.3. En cas d'absence d'attribution du marché ou de lancement d'une nouvelle procédure (Art. LP 332-1-III)

Quelle que soit la procédure de passation engagée, adaptée ou formalisée, lorsque l'acheteur public décide de déclarer cette procédure sans suite ou infructueuse (Cf. art. LP 322-9, LP 324-7, LP 332-1-III), il est également tenu d'en informer les candidats déclarés. Cette décision doit être motivée.

¹⁷⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public pour la Polynésie française et ses établissements publics dans sa version applicable en Polynésie française

¹⁸⁰ Articles issus de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration (cf. article L. 552-1).

¹⁸¹ CE 28 septembre 2016 Sté Armor Développement req. 390760.

16.3. LE DELAI DE SUSPENSION DE LA PROCEDURE

16.3.1. Quels sont les marchés concernés ?

A compter de l'envoi de la lettre d'information notifiant aux candidats le rejet motivé de leur offre, l'acheteur doit respecter un délai minimal, dit délai de suspension ou encore de « standstill », avant de faire signer le marché par l'autorité compétente.

Le respect de ce délai n'est obligatoire que pour les marchés passés selon une procédure formalisée, sauf dans deux cas (article LP 332-1-I alinéa 4) :

- lorsque le marché a été attribué au seul opérateur ayant candidaté,
- pour les marchés subséquents accordés sur le fondement d'un accord-cadre.

16.3.2. Quels sont les délais à respecter ?

Les délais minima de suspension à respecter, fixés par le code, sont les suivants :

- lorsque la décision d'attribution de rejet de l'offre est envoyée par voie postale, le délai minimal est de **seize jours**, entre la date d'envoi de la décision et la signature du contrat ;
- lorsque la décision est envoyée par voie électronique, le délai minimal à respecter est réduit à **onze jours**.

Une fois le marché signé avec le titulaire, les documents relatifs à la procédure de passation deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, dans la limite du respect du secret en matière industrielle et commerciale.

16.3.3. Quelles sont les modalités de computation des délais ?

Le délai commence à courir à compter de la date d'envoi des lettres d'information aux candidats évincés et non pas à partir de la date de leur réception.

La computation du délai s'opère de date à date, c'est-à-dire du jour d'envoi de la lettre d'information jusqu'au dernier jour du délai appliqué¹⁸². Ainsi, si un acheteur public envoie ses courriers de rejet par voie postale le 28 mars 2018, il devra attendre 16 jours avant de pouvoir conclure le marché. Le premier jour du délai sera le 28 mars et le délai prendra fin le 12 avril 2018 à 23h59. L'acheteur pourra donc régulièrement signer le contrat dès le 13 avril 2018.

16.3.4. Quelle mention particulière doit comporter la décision de rejet de l'offre concernant le délai de suspension observé par l'acheteur ?

Le délai prévu à l'article LP 332-1 n'est qu'un minimum. Dès lors, l'acheteur a la faculté de :

- respecter *stricto sensu* ce délai¹⁸³,
- s'imposer un délai de suspension supérieur aux minima prévus selon le mode de transmission retenu (16 jours par voie postale ou 11 jours par voie électronique).

La lettre d'information notifiant le rejet de l'offre doit donc systématiquement comporter l'indication précise du délai de suspension que l'acheteur entend respecter.

Le défaut d'indication du délai de suspension est assimilé à une absence de notification et au non-respect du délai de suspension. Il a pour effet de permettre au candidat d'exercer un référé contractuel¹⁸⁴ quand bien même il aurait fait usage du référé précontractuel¹⁸⁵.

16.3.5. Pourquoi respecter un délai de suspension ?

Le respect de ce délai est destiné à rendre possible l'exercice d'un référé précontractuel prévu par l'article L 551-24 du code de justice administrative (CJA). Ce recours est ouvert jusqu'à la signature du contrat.

¹⁸² CE 2 août 2011 Société Clean Garden, req. n° 347526.

¹⁸³ CE 15 février 2013, Société SFR, req. n° 363854.

¹⁸⁴ Le référé contractuel est défini aux articles L.551-13 à L.551-23 et R. 551-7 à R. 551-10 du code de justice administrative. Il permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat. Ces dispositions relèvent de la procédure administrative contentieuse et constituent donc des normes applicables de plein droit en Polynésie française (CE 27 octobre 2011 Société TAT req. n° 350790, rendu à propos de la Nouvelle-Calédonie).

¹⁸⁵ CE, 24 juin 2011, OPH interdépartemental de l'Essonne, n° 346665

Si le marché est signé avant l'écoulement du délai, le candidat évincé se verrait privé de son droit à exercer un référé précontractuel.

Il s'agit donc d'une formalité substantielle dont le non-respect entache d'irrégularité la décision de signer le marché¹⁸⁶. Elle ouvre au candidat évincé une nouvelle voie de recours en lieu et place du référé précontractuel : le référé contractuel. Un tel manquement peut donc être sanctionné postérieurement à la signature du marché par la nullité du marché prononcée par le juge du référé contractuel (*article L 551-18 du CJA*).

16.4. LA PUBLICATION D'UN AVIS D'INTENTION DE CONCLURE

16.4.1. Quels sont les marchés pouvant être concernés ?

Les marchés passés selon une procédure adaptée inférieurs au seuil de procédure formalisée et les marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence ne sont soumis ni à l'obligation d'information des candidats évincés, ni au respect du délai de suspension de la signature prévue au I de l'article LP 332-1.

Cette souplesse permet donc une signature rapide des marchés passés selon une procédure adaptée et des marchés dispensés de procédure et ferme aux candidats évincés la voie du référé précontractuel.

L'article LP 332-2 prévoit toutefois que l'autorité compétente peut publier un avis relatif à son intention de conclure un marché conclu dans ces conditions.

Cette formalité est donc **facultative** et n'a aucune incidence sur la régularité juridique du marché si elle n'est pas mise en œuvre. Cependant, les acheteurs peuvent avoir un intérêt à s'astreindre volontairement à cette formalité pour éviter les contestations après sa signature et notamment se prémunir de l'exercice d'un référé contractuel par un candidat évincé.

16.4.2. Quelles sont les formalités à observer ?

Si l'acheteur décide de publier un avis relatif à son intention de conclure un marché, il doit alors :

- envoyer au Journal Officiel de la Polynésie française ou dans un Journal d'annonces légales un avis relatif à l'intention de conclure le contrat.
- respecter un délai de onze jours entre la date de publication de cet avis et la signature du marché.

Si ces deux formalités sont respectées, permettant ainsi aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel conformément à l'article L 551-24 du CJA, le contrat ne pourra plus faire l'objet d'un référé contractuel après sa signature (*article L 551-15 du CJA*).

16.5. LA NOTIFICATION DU MARCHÉ

Le marché public est notifié au titulaire.

Cette notification doit être préalable à tout commencement d'exécution pour les marchés ou accords-cadres d'un montant supérieur à 8 000 0000 FCFP HT. Le titulaire doit attendre d'avoir reçu la notification, avant de commencer à exécuter le contrat, faute de quoi les prestations exécutées n'auront aucune base juridique et leur paiement pourra être refusé.

Dans tous les cas, l'acheteur public veillera à procéder rapidement à la notification du marché.

16.5.1. Quelles sont les modalités de la notification des marchés passés selon une procédure formalisée ?

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification est faite par la remise l'envoi d'une copie du contrat signé par l'autorité compétente. C'est à compter de la date de notification au titulaire, que le contrat commence à produire ses effets juridiques. L'acheteur a donc tout intérêt à connaître de manière certaine la date de réception de la notification par le titulaire du contrat, par exemple par envoi en recommandé avec accusé de réception, par remise directe au titulaire contre récépissé.

¹⁸⁶ CE 7 mars 2005 Société Grandjouan-Saco, req. n° 270778.

16.5.2. -Quelles sont les modalités de notification des marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence ?

Pour les marchés à procédure adaptée et les marchés inférieurs au seuil de dispense de procédure, l'acheteur public est libre du choix du support et de la forme de la notification (télécopie, lettre, remise directe).

Si la notification par courriel peut également être admise, il est recommandé de solliciter des opérateurs qu'ils en accusent réception de manière expresse par retour de courriel afin de pouvoir se ménager la preuve de la date de réception de la notification.

16.6. LA TRANSMISSION AU CONTROLE DE LEGALITE

16.6.1. Quels sont les marchés de la Polynésie française et de ses établissements publics à transmettre ?

Dans le cadre du contrôle de légalité des actes des institutions de la Polynésie française ainsi que ceux de leurs établissements publics, les articles 171-II et 173-1 de la loi organique statutaire prévoient l'obligation de transmettre au représentant de l'Etat *« les conventions relatives aux marchés et aux accords-cadres d'un montant supérieur au seuil des procédures formalisées tel que défini par la réglementation applicable localement »*.

Le critère est donc lié exclusivement au montant du marché et non à la procédure suivie.

Sont donc exclus de l'obligation de transmission, tous les marchés et accords-cadres dont le montant est inférieur ou égal à trente-cinq millions HT FCFP quelle que soit la procédure suivie par l'acheteur public.

16.6.2. Quelles sont les règles de transmission des marchés applicables aux marchés allotis ou fractionnés ?

Elles s'apprécient au regard des règles de détermination du montant estimé du besoin à comparer aux seuils de procédure définies par l'article LP 223-6.

A. Les marchés allotis

Lorsque plusieurs lots sont attribués à l'issue d'une même procédure de consultation, ils ne doivent pas être transmis au contrôle de légalité si le montant de l'ensemble des contrats est inférieur ou égal à trente-cinq millions FCFP HT. En revanche, si ce montant est supérieur à ce seuil, l'ensemble des contrats doit être transmis.

B. Les marchés à bons de commande

Lorsque le marché à bons de commandes comporte un montant maximum et qu'il est pluriannuel et reconductible, le montant maximum multiplié par le nombre d'années permet de déterminer si l'acheteur peut conclure son marché en procédure adaptée ou selon une procédure formalisée. Si le marché à bons de commande ne comporte pas de montant maximum, il est présumé excéder les seuils de procédure formalisée.

Il résulte de ces dispositions que pour apprécier le montant d'un marché à bons de commande au regard de l'obligation de transmission au contrôle de légalité, il convient de cumuler les montants maximum sur toute la durée, reconductions comprises.

C. Marché à tranches

Pour apprécier le montant d'un marché à tranches au regard de l'obligation de transmission, il convient de cumuler le montant de toutes les tranches (tranche ferme et tranche(s) conditionnelle(s)).

D. Accords-cadres

L'accord-cadre doit être transmis lorsque le montant estimé de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée de l'accord cadre excède le seuil de 35 000 000 FCFP. Il en va de même pour les marchés subséquents conclus sur le fondement d'un accord cadre : ils doivent être présentés au contrôle de légalité s'ils sont d'un montant supérieur au seuil de 35 000 000 FCFP précité.

16.6.3. Quels sont les marchés des communes et de leurs établissements publics à transmettre ?

Concernant les communes polynésiennes et leurs établissements publics, le contrôle de légalité est régi par les articles L. 2131-1 du CGCT et suivants dans sa version applicable en Polynésie française. Le 4° de l'article L.2131-2 du CGCT prévoit la transmission des « (...) *conventions relatives aux marchés et aux accords-cadres d'un montant supérieur au seuil des procédures formalisées défini par la réglementation applicable localement* (...) ».

Ainsi, sont dispensés de l'obligation de transmission tous les marchés et accords-cadres dont le montant est inférieur ou égal à vingt millions de francs hors taxes.

La communication des actes ci-dessus énumérés doit s'accompagner des documents annexes nécessaires pour mettre le Haut-commissaire de la République à même d'en apprécier la portée et la légalité¹⁸⁷. Pour les communes, la liste des documents annexes à transmettre résulte des articles R. 2131-5 et suivants du CGCT.

16.7. L'AVIS D'ATTRIBUTION

Cette formalité correspond à la mise en œuvre du principe de transparence qui doit conduire les acheteurs publics à informer les candidats et plus généralement tout tiers du résultat de leur choix.

Cette formalité correspond à la mise en œuvre du principe de transparence qui doit conduire les acheteurs publics à informer les candidats et plus généralement tout tiers du résultat de leur choix.

16.7.1. Quels sont les marchés concernés ?

La publication d'un avis d'attribution est obligatoire pour les marchés et les accords-cadres donnant lieu à une procédure formalisée ainsi que pour les marchés conclus selon une procédure adaptée en raison de leur objet (article LP 321-2) dont le montant serait supérieur ou égal au seuil de procédure formalisée (art. LP 334-1-I).

La publication d'un avis d'attribution est facultative pour les autres marchés passés selon une procédure adaptée ainsi que pour les marchés dispensés de procédure de publicité et de mise en concurrence (article LP 334-1-II).

16.7.2. Dans quel délai, l'avis d'attribution doit-il être publié ?

L'acheteur public doit publier l'avis d'attribution dans un délai maximal de 30 jours à compter de la notification du marché au Journal officiel de la Polynésie française ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. L'utilisation du même support de publicité que celui retenu pour l'avis d'appel public à la concurrence est recommandée afin de garantir une bonne information des tiers.

16.7.3. Quel est l'intérêt de la publication d'un avis d'attribution ?

Les acheteurs publics ont intérêt à procéder volontairement à cette formalité, y compris lorsque celle-ci présente un caractère facultatif pour bénéficier de la réduction du délai de contestation contentieuse.

La publication d'un avis d'attribution a deux effets :

- raccourcir le délai pendant lequel le juge du référé contractuel peut être saisi (trente et un jour à compter la publication de l'avis au lieu de six mois) ;
- faire courir le délai de deux mois du recours en contestation de validité du contrat¹⁸⁸ à condition que l'avis puisse être regardé comme « *une mesure de publicité appropriée* ».

L'absence d'un tel avis ou son caractère incomplet n'est pas de nature à entraîner l'annulation d'un marché public¹⁸⁹.

En revanche, en l'absence de publication d'un avis d'attribution ou si celui-ci s'avèrerait incomplet :

- le délai de recours ouvert aux candidats évincés est porté à six mois¹⁹⁰.
- le recours en contestation de validité du contrat reste ouvert aux tiers sans condition de délai.

¹⁸⁷ Pour les communes, la liste des documents annexes à transmettre résulte des articles R. 2131-5 et suivants du CGCT.

¹⁸⁸ Ce recours est une création d'origine jurisprudentielle qui permet à tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses d'exercer un recours contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses (CE 4 avril 2014 Département du Tarn et Garonne, req. 358994).

¹⁸⁹ TAP 26 mars 2019 Société Multiservices – Tahiti Vidanges

¹⁹⁰ A moins que l'acheteur public ait pris l'initiative de publier un avis relatif à son intention de conclure un contrat.

16.7.4. Quelles informations faire figurer dans l'avis d'attribution ?

L'avis publié doit être regardé comme une mesure de publicité appropriée afin de permettre le déclenchement effectif des délais de recours mentionnés au point 16.7.3.

Le code polynésien des marchés publics ne fixe pas de modèle d'avis d'attribution, précisant que cet avis d'attribution comporte des « *indications relatives à la conclusion du contrat ainsi que des modalités de la mise en concurrence* ».

Afin de respecter les exigences posées par la jurisprudence administrative¹⁹¹, les acheteurs sont invités à faire figurer dans cet avis, les « *modalités de consultation du contrat* » en mentionnant notamment l'identité du service avec son adresse géographique auprès duquel le contrat peut être consulté.

Attention : La consultation des pièces constitutives du marché conclu avec le titulaire doit intervenir dans le respect des secrets protégés par la loi. Le service devra donc avant mise à disposition de ce document procéder à l'occultation des mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle.

Sont notamment couverts par le secret :

- l'offre de prix détaillée contenue dans la décomposition du prix global et forfaitaire, le bordereau des prix unitaires ou le détail quantitatif estimatif,
- les coordonnées bancaires,
- le mémoire technique,
- le plan particulier de sécurité et de protection,
- la présentation des moyens humains ou matériels de l'entreprise,
- ou encore le chiffre d'affaires.

¹⁹¹ CE 4 avril 2014 Département du Tarn et Garonne, req. 358994