

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 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 comme par exemple la délivrance d'informations privilégiées.
3. La **transparence des procédures**, (quel que soit le montant, y compris pour les achats de faible montant) 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 3 000 000 FCFP HT.

9.3.1. Les marchés inférieurs au seuil de dispense des procédures

Lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à 3 000 000 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 3 000 000 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 FCFP HT, ceux-ci seraient confiés au plombier habituel pour 80 % d'entre eux mais la commune s'efforcera, 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.

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

Les marchés dont le montant est supérieur à 3 000 000 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).

Le code polynésien retient deux niveaux de publicité qui varie en fonction du montant estimé des achats réalisés en procédure adaptée. Ainsi, la question de la détermination des modalités de publicité se pose surtout pour les achats compris entre 3 000 000 FCFP HT (seuil de dispense) et 15 000 000 FCFP HT. A partir de 15 000 000 FCFP HT, le code impose des modalités de publicité précises.

9.3.2.1. Quelles obligations en matière de publicité pour les achats dont la valeur estimée est comprise entre 3 000 000 FCFP HT et 15 000 000 FCFP HT ?

Selon l'article LP 231-1, l'acheteur public choisit « *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)

Le code laisse le soin et la responsabilité à l'acheteur public dans le choix de la publicité à mettre en œuvre, il s'agit concrètement pour l'acheteur de déterminer le support de publicité le plus adéquat pour son achat.

A. Le choix du support de publicité

L'obligation de publicité n'implique pas nécessairement l'obligation de publier au JOPF ou dans un JAL.

Pour ces achats, d'autres supports de publicité alternatifs sont envisageables, 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 ;
- ✓ 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

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.



Ainsi, lorsque le montant de l'achat envisagé est à peine supérieur à 3 000 000 FCFP HT, les formalités à mettre en œuvre resteront dans la majorité des cas très 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 de 15 000 000 FCFP HT, la publicité devra être diffusée plus largement, afin de garantir les meilleures conditions de concurrence. Une publication dans la presse pourrait alors s'avérer nécessaire. Afin de ne pas constituer toutefois 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'urgence⁷¹.**

9.3.2.2. La conservation des traces de la consultation réalisée :

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 ces 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. La détermination du contenu de la publicité

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*).

9.3.3. Les obligations en matière de publicité pour les achats dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 15 000 000 FCFP HT : La publication obligatoire d'un avis d'appel public à la concurrence au JOPF ou dans un JAL

Les marchés passés selon une procédure adaptée d'un montant égal ou supérieur à 15 000 000 FCFP HT ainsi que ceux passés selon une procédure formalisée, obéissent aux mêmes modalités de publicité imposées par l'article LP 231-1-2°.

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

⁷¹ L'urgence s'apprécie au cas par cas. Les acheteurs doivent être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence.

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 des publications complémentaires « *sur tout autre support publicitaire supplémentaire* » (article LP 231-1 dernier alinéa).

Procéder à une publication complémentaire 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 des publications complémentaires.

Ainsi, 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) est recommandée.

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

Une publication dans la presse quotidienne locale permet d'atteindre le tissu local des petites entreprises ou encore dans la presse spécialisée afin de toucher le secteur économique concerné ou les entreprises de secteurs très spécifiques sont également envisageables.

RECAPITULATIF DES REGLES DE PUBLICITE		
MONTANT en FCFP HT	FORMALITES A OBSERVER	ARTICLES
MP ≤ 3 000 000	Publicité non obligatoire	Article LP 223-3-1°
3 000 000 < MP < 15000000	Publicité adaptée : détermination du choix d'un support pertinent	Article LP 231-1-1°
MP ≥ 15 000 000	Publication au JOPF ou dans un JAL Eventuellement, publicité complémentaire.	Article LP 231-1-2°

9.3.4. 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 dispense pas du respect des principes constitutionnels de la commande publique.

9.3.4.1. 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 ne signifie pas que l'on ne doit pas être en mesure, à tout moment, de justifier les choix qui ont été faits. Il est donc indispensable de conserver tout document permettant de démontrer que les choix faits ont été rationnels. 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 ».

9.3.4.2. 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).

9.3.4.3. 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.

a) 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.

b) 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 l'avis de publicité 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 (*l'arrêt ANPE du 30 janvier 2009*). 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. IIPA02676*).

c) 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 marchés passés en procédures formalisées sont assujettis s'agissant des obligations applicables en matière de publicité aux mêmes obligations que celles applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée dont la valeur estimée serait supérieur ou égal à 15 000 000 FCFP HT. Il est donc renvoyé aux développements du point 9.3.2.

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 aux procédures négociées (art. LP 323-2 et LP 323-10), à la procédure de dialogue compétitif (art. LP 324-1) ou à la procédure de concours (art. LP 325-1).

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 passations 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.

Les délais peuvent ainsi être allongés. 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 3 000 000 FCFP HT

Au-delà du seuil de dispense de procédure, le marché peut 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.