

Choisir la procédure de marché public adaptée aux besoins de l'acheteur

Afin de répondre à ses besoins entre autres, en matière de travaux, l'acheteur public (personne publique tel que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics) ou privé doit conclure un marché public, lequel pourra être passé, en fonction de son montant ou des circonstances qui l'entourent, de gré à gré ou selon une des procédures de publicité et de mise en concurrence. Depuis le 1^{er} janvier 2022, de nouveaux seuils s'appliquent.

Afin de répondre à ses besoins entre autres, en matière de travaux, l'acheteur public (personne publique tel que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics) ou privé doit conclure un marché public, lequel pourra être passé, en fonction de son montant ou des circonstances qui l'entourent, de gré à gré ou selon une des procédures de publicité et de mise en concurrence.

Les règles qui s'attachent à ces procédures de mise en concurrence sont fixées par le Code de la commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019 et reprenant en grande partie celles antérieurement fixées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics¹. En revanche, depuis le 1^{er} janvier 2022, de nouveaux seuils déterminant la procédure de mise en concurrence à engager par l'acheteur sont applicables.

Selon les termes de l'article L. 1111-1 du CCP, les marchés publics se définissent, rappelons-le, comme des contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs publics ou privés² soumis audit code avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à un besoin en matière de travaux, de fournitures ou de services en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

Et si tous les marchés publics doivent respecter un certain nombre de règles, notamment procédurales, inhérentes au droit de la commande publique, ils devront, selon leur objet, leur montant ou les circonstances de leur conclusion, être passés selon des procédures de publicité et de mise en concurrence distinctes.

¹Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

²Les acheteurs publics ou privés soumis au CCP sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices respectivement définis aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1 à L. 1212-4 du CCP.

Exigences procédurales minimales communes à tous les marchés publics

Dès lors qu'ils sont soumis au CCP, tous les marchés publics doivent respecter, à chacun des stades de leur procédure de passation, les principes de la commande publique, fixés à l'article L. 3 du CCP.

Ces principes sont aux nombres de trois, à savoir : la liberté d'accès à la procédure de passation, l'égalité de traitement des candidats à l'attribution du marché public et la transparence de la procédure de passation.

Ces principes se traduisent par des exigences procédurales communes à tous les marchés passés selon une procédure de mise en concurrence.

La liberté d'accès à la procédure pour tout opérateur économique sera assurée par la publicité du marché diffusée par l'acheteur public, permettant aux candidats éventuels d'avoir connaissance de ses besoins.

L'égalité de traitement des candidats impose quant à elle une objectivité totale entre les candidats de la part de l'acheteur et interdit donc tout favoritisme ou orientation au profit de l'un d'entre eux, que ce soit au stade de la rédaction des critères de sélection des candidats comme celui de l'analyse de leurs candidatures et de leurs offres.

Enfin, la transparence de la procédure exige que chacune de ses étapes soit portée à la connaissance des candidats. Ceux-ci devront donc notamment être informés des critères de sélection de leur offre, puis en fin de procédure du rejet éventuel de cette dernière ainsi que des motifs justifiant cette décision.

Définition précise des besoins, mise en concurrence effective et attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse : le triptyque de l'acheteur

En amont de toute procédure, l'acheteur devra procéder à une définition précise de ses besoins, comme prévu à l'article L. 2111-1 du CCP et du montant estimatif du marché qui en résulte afin d'engager la procédure de passation la plus adaptée et d'assurer la bonne utilisation des deniers publics.

Sauf exception, l'acheteur devra, dans le but d'assurer une concurrence effective entre les opérateurs économiques, passer le marché public en lots séparés selon les prestations distinctes qui en font l'objet (article L. 2113-10 du CCP).

Enfin, à l'issue de la procédure, et quelle que soit celle retenue, l'acheteur public doit attribuer le marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse. À cette occasion, que la procédure soit adaptée ou formalisée, il devra notifier aux candidats évincés le rejet de leurs candidatures ou offres.

Du reste, les règles procédurales applicables à la passation des marchés publics différeront selon le contrat en objet.

En effet, ainsi que l'énonce l'article L. 2120-1 du CCP, en fonction de leur montant, de leur objet ou des circonstances de leur conclusion, les marchés publics sont passés sans publicité ni mise en concurrence, selon une procédure adaptée, selon l'une des procédures formalisées prévues par le CCP, à savoir, l'appel d'offres ouvert ou restreint, la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif.

À moins de 40 000 euros hors taxes (HT), pas de publicité ni de mise en concurrence

L'acheteur public ou privé peut conclure un marché public sans procédure de publicité et mise en concurrence préalable lorsque « en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ou à un motif d'intérêt général. »³

Ainsi, lorsque la valeur estimée du marché public est en dessous du seuil de mise en concurrence, actuellement fixé à 40 000 euros, l'acheteur peut également s'abstenir de lancer une telle procédure.

³L.2122-1 du Code de la commande publique. On notera que l'exception tenant au motif d'intérêt général a récemment été ajoutée par l'article 131 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, dite loi « ASAP ».

Toutefois, jusqu'au 31 décembre 2022 inclus, ce seuil est relevé à 100 000 euros pour la passation, d'une part, des marchés publics de travaux ainsi que, d'autre part, des lots portant sur des travaux à la condition que le montant cumulé ceux-ci n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Par ailleurs, un marché public peut être passé sans publicité ni mise en raison de son objet ou de circonstances particulières énoncées par les dispositions réglementaires du CCP, à savoir notamment :

- En cas d'urgence impérieuse (article R. 2122-1 CCP) ;
- En l'absence de candidature ou la présence de candidatures exclusivement irrecevables ou inappropriées (article R.2122-2 CCP) ;
- Lorsque la prestation ne peut être fournie que par un opérateur économique déterminé pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (article R. 2122-3 CCP) ;
- Pour certains marchés de fournitures ayant un objet particulier (article R. 2122-4 CCP) ;
- Pour certains marchés de fournitures ou de services passés dans des conditions particulières (article R. 2122-5 CCP) ;
- Pour les marchés de services conclus avec le lauréat ou l'un des lauréats d'un concours (article R. 2122-6 CCP) ;
- Pour certains marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence (article R. 2122-7 CCP) ;
- Enfin, pour certains marchés publics passés à des fins de recherche et d'expérimentation (article R.2122-10 et -11 CCP).

Si dans ces conditions tenant au montant, à l'objet du marché ou aux circonstances qui entourent sa conclusion, aucune procédure de publicité ou de mise en concurrence n'est exigée, les acheteurs doivent tout de même veiller à « choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin »⁴.

Les conditions de recours à la procédure adaptée

Lorsque conditions de recours aux marchés passés sans publicité ni mise en concurrence ne sont pas remplies, l'acheteur pourra conclure ses marchés publics selon une procédure adaptée en raison de leur objet ou de leur montant (article R. 2123-1 du CCP).

⁴Article 142 de la loi ASAP précitée et réponse à la question écrite n°00687 publiée au JO du Sénat du 7 mars 2013 page 781.

En raison du montant du contrat, l'acheteur a la possibilité de passer par une procédure adaptée si la valeur estimée hors taxes du marché public est inférieure aux seuils européens. De nouveaux seuils de procédure ont récemment été modifiés par l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique du 9 décembre 2021, qui constitue désormais l'annexe n° 2 du CCP.

Depuis le 1^{er} janvier 2022, ils sont fixés comme suit :

- 140 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des autorités publiques centrales ;
- 215 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les marchés publics de fournitures des autorités publiques centrales opérant dans le domaine de la défense ;
- 431 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- 5 382 000 euros HT pour les marchés publics de travaux.

Le choix d'une procédure adaptée peut également être fait pour un lot d'un marché alloté dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée lorsque les deux conditions suivantes sont cumulativement remplies :

- La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;
- Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Par ailleurs, lorsque l'objet du marché le permet, l'acheteur peut également avoir recours à la procédure adaptée. En effet, si le marché a pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent CCP, et ce quelle que soit la valeur estimée du besoin, le marché peut également être passé selon une procédure adaptée.

En procédure adaptée, modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par l'acheteur lui-même

Outre le respect des règles s'imposant à tout contrat de la commande publique, en procédure adaptée, les modalités de publicité et de mise en concurrence sont déterminées par l'acheteur en fonction « de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat » comme le précise l'article R. 2123-4 du CCP.

Toutefois, il convient de distinguer les modalités de publicité dont font l'objet les marchés publics passés en procédure adaptée selon que leur valeur soit supérieure ou inférieure à 90 000 euros HT⁵ :

- En dessous de 90 000 euros HT, les modalités de publicité sont librement adaptées par l'acheteur en fonction des caractéristiques du marché ;
- Au-dessus, un avis de marché respectant le modèle annexé au CCP devra nécessairement être publié soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Au-dessus des seuils, le choix impératif d'une procédure formalisée

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils susvisés, l'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées définies à l'article L. 2124-1 du CCP. L'acheteur devra alors choisir, selon les caractéristiques du marché en cause, entre l'appel d'offres, ouvert ou restreint, la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif.

L'appel d'offres est la procédure formalisée de droit commun définie par l'article L. 2124-2 du CCP comme « la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ».

L'appel d'offres peut alors être ouvert. Dans ce cas, tout opérateur peut soumissionner, c'est-à-dire remettre une offre. De fait, les entreprises candidates remettent au pouvoir adjudicateur qui organise la consultation un dossier unique comprenant à la fois les pièces de leur candidature et de leur offre.

A l'inverse, l'appel d'offres est dit restreint quand seuls les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection de leurs candidatures peuvent soumissionner en remettant une offre. Ainsi, formellement, le dépôt de leur candidature et de leur offre se fait en deux dossiers distincts.

Dans le cadre de la procédure d'appel d'offres l'attributaire sera choisi, sauf exceptions, par une commission d'appel d'offres (CAO) préalablement constituée au sein du pouvoir adjudicateur⁶.

Le marché public sera alors attribué au terme d'une procédure qui devra précisément respecter, entre autres, les mesures de publicités ainsi que les délais (entourant notamment la remise des candidatures et des offres, l'information des candidats non retenus, la signature du marché sa transmission au contrôle de légalité ou encore la publication de l'avis d'attribution) fixés par le Code de la commande publique.

⁵Article R. 2131-12 du CCP.

⁶Article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales.

Tableau récapitulatif des procédures de passation en fonction de la valeur estimée du marché au 1^{er} janvier 2022

Valeur estimative du marché public	Procédure de passation applicable
0 – 40 000 € HT	Pas de procédure de publicité ou mise en concurrence (article L. 2122-1)
40 000 € HT – 140 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des autorités publiques centrales 40 000 € HT – 215 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les marchés publics de fournitures des autorités publiques centrales opérant dans le domaine de la défense 40 000 € HT – 431 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité 40 000 € HT – 5 382 000 € HT pour les marchés publics de travaux	40 000 € HT – 90 000 € HT : Procédure de publicité et mise en concurrence adaptée dont les modalités de publicité sont librement adaptées par l'acheteur en fonction des caractéristiques du marché (articles R. 2123-1 et R. 2131-12 du CCP) 90 000 € HT, 140 000 € HT, 215 000 € HT, 431 000 € HT ou 5 382 000 € HT selon les cas : Procédure de publicité et mise en concurrence adaptée avec publicité soit dans le BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (articles R. 2123-1 du CCP et R. 2131-12)
Au-dessus de 140 000 € HT, 215 000 € HT, 431 000 € HT ou 5 382 000 € HT selon les cas	L'une des trois procédures formalisées selon les caractéristiques du marché (L. 2124-1 du CCP) : - l'appel d'offres, ouvert ou restreint (article L. 2124-2 du CCP) ; - la procédure avec négociation (article L. 2124-3 du CCP) ; - le dialogue compétitif (article L. 2124-4 du CCP).

Possibilité de négocier les conditions des marchés grâce à la procédure formalisée avec négociation

La procédure avec négociation est définie à l'article L. 2124-3 du CCP. Cette procédure permet à l'acheteur de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques sur la base des exigences minimales que doivent respecter les offres fixées par l'acheteur et indiquées dans les documents de la consultation⁷.

Elle ne peut être mise en œuvre que dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article R. 2124-3 du CCP. Dans notre domaine d'intérêt, l'immobilier, l'acheteur peut choisir une telle procédure lorsque, par exemple, le marché comporte des prestations de conception.

Et, lorsqu'il fait usage de cette procédure, l'acheteur doit être en mesure de prouver qu'il se trouve bien dans l'une de ces hypothèses, sous peine de voir le marché en cause annulé par le juge administratif en cas de contentieux.

La négociation devra respecter un certain nombre de règles permettant notamment d'assurer le respect des principes de la commande publique⁸. Du reste, certains délais fixés par le CCP devront également

être respectés par l'acheteur dans le cadre de cette procédure négociée⁹.

Le dialogue compétitif est défini à l'article L. 2124-4 du CCP comme la procédure dans laquelle « l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre ». Dans ce cadre, tous les aspects du marché pourront être discutés avec les participants ainsi sélectionnés par l'acheteur afin d'identifier les moyens permettant de satisfaire ses besoins.

Les conditions de recours au dialogue compétitif sont les mêmes que celles relatives à la procédure avec négociation décrite ci-avant et, de façon analogue avec cette dernière, les modalités d'organisation du dialogue sont également prévues par les dispositions réglementaires du CCP¹⁰.

Enfin, dans ce cadre, l'acheteur peut prévoir des primes au profit des participants, dont le montant sera indiqué dans les documents de la consultation et dont il sera tenu compte dans la rémunération du titulaire du marché¹¹.

Ana Nuytten
Avocate à la cour
SCP Seban et Associés

⁷Article R. 2161-13 du CCP.

⁸Articles R. 2161-17 à R. 2161-20 du CCP.

⁹Articles R. 2161-12 à R. 2161-22 du CCP.

¹⁰Articles R. 2161-26 à R. 2161-30 du CCP.

¹¹Article R. 2161-31 du CCP.