NICE ÉCOVALLÉE

GUIDE DES PROCÉDURES D'ACHAT

DE L'EPA NICE ÉCOVALLÉE

Version 3.4 publiée au recueil de l'EPA le 13 mars 2023 entrée en vigueur le 14 mars 2023

TABLE DES MATIERES

1. GENERALITES 5
1.1. INTRODUCTION 5
1.2. DEFINITIONS 7
1.3. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE 10
2. PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT DE L'EPA ECOVALLEE-PLAINE DU VAR 11
2.1. LE POUVOIR ADJUDICATEUR 11
2.2. LE CONTROLE ECONOMIQUE ET FINANCIER DE L'ETAT 11
2.3. LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHES 12
2.3.1. ROLE DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHES 12
2.3.2. COMPOSITION DE LA COMMISSION 13
2.3.3. SEUILS DE COMPETENCE 14
2.3.4. LA FORMALISATION DE L'AVIS DE LA COMMISSION 15
2.3.5. LES CONVOCATIONS 15
2.3.6. LES RAPPORTS 16
2.3.7. HYPOTHESE DE LA MISE EN PLACE D'UN JURY 16
2.3.8. ORGANISATION DES REUNIONS A DISTANCE 17
2.4. LA COMMISSION D'OUVERTURE DES PLIS 18
2.5. AUTRES INTERVENANTS 18
3. LA PREPARATION DE L'ACHAT 19
3.1. ANTICIPER 19
3.2. DEFINIR LES BESOINS 19
3.3. CHOIX DU MONTAGE CONTRACTUEL 21
3.3.1. PRINCIPE DE L'ALLOTISSEMENT 21
3.3.2. MARCHES A TRANCHES OPTIONNELLES 23
3.3.3. VARIANTES, PRESTATIONS SUPPLEMENTAIRES EVENTUELLES ET « OPTIONS » 24
3.3.3.1. LES VARIANTES 24
3.3.3.2. LES PRESTATIONS SUPPLEMENTAIRES EVENTUELLES 26
3.3.3.3. LES OPTIONS AU SENS DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE 26
3.3.4. PRIX 27
3.3.5. TECHNIQUE D'ACHAT 28
3.3.5.1. LES ACCORDS-CADRES 28
3.3.5.2. LES ACCORDS-CADRES COMPOSITES 31
3.3.5.3. LE CONCOURS 31
3.4. CALCULER LA VALEUR ESTIMEE DU BESOIN 32

4. CHOIX DE LA PROCEDURE 35
4.1. PROCEDURE APPLICABLE EN FONCTION DU MONTANT DE L'ACHAT 35
4.1.1. SEUILS GENERAUX DE PROCEDURE 35
4.1.1.1. LES SEUILS DE PROCEDURE 40
4.1.1.2. LES SEUILS DE PUBLICITE 40
4.1.1.3. TABLEAU GLOBAL 41
4.1.2. « PETITS-LOTS » ET « MINI-LOTS » 42
4.2. PROCEDURE APPLICABLE EN FONCTION DE L'OBJET DU MARCHE OU DES CIRCONSTANCES DE SA CONCLUSION 43
4.2.1. CONDITIONS DE RECOURS AUX MARCHES PASSES SANS PUBLICITE NI MISE EN CONCURRENCE PREALABLES 43
4.2.1.1. HYPOTHESE D'UNE URGENCE IMPERIEUSE 43
4.2.1.2. HYPOTHESE D'UNE PROCEDURE INFRUCTUEUSE 44
4.2.1.3. HYPOTHESE D'UN MARCHE NE POUVANT ETRE CONFIE QU'A UN SEUL OPERATEUR ECONOMIQUE 45
4.2.1.4. HYPOTHESE DU MARCHE DE SERVICE PASSE AVEC LE OU L'UN DES LAUREATS D'UN CONCOURS 45
4.2.1.5. HYPOTHESE DE PRESTATIONS SIMILAIRES 45
4.2.2. CONDITIONS DE RECOURS A UNE PROCEDURE ADAPTEE 46
4.2.3. PROCEDURES FORMALISEES 48
5. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE PASSATION 49
5.1. PRESENTATION DES REGLES SPECIFIQUES APPLICABLES AUX DIFFERENTS TYPES DE PROCEDURES 49
5.1.2. MARCHES PASSES SANS PUBLICITE NI MISE EN CONCURRENCE PREALABLES 49
5.2.2. MARCHES PASSES SELON UNE PROCEDURE ADAPTEE 51
5.2.3. MARCHES PASSES SELON UNE PROCEDURES FORMALISEE 52
5.2. OBLIGATION DE DEMATERIALISATION 53
5.3. PUBLICITE 55
5.4. L'EXAMEN DES CANDIDATURES 55
5.5. LA NEGOCIATION EVENTUELLE 57
5.6. EXAMEN DES OFFRES ET ATTRIBUTION 58
5.6.1. LES CRITERES DE SELECTION 58
5.6.2. LA RECEVABILITE DES OFFRES 60
5.6.3. LE CLASSEMENT DES OFFRES ET ATTRIBUTION 61
5.7. DECLARATION SANS SUITE 62
6. ACHEVEMENT DE LA PROCEDURE 63
6.1. MISE AU POINT EVENTUELLE 63

6.2. INFORMATION DES CANDIDATS NON-RETENUS 63
6.3. SIGNATURE ET NOTIFICATION DU MARCHE 64
6.4. AVIS D'ATTRIBUTION OBLIGATOIRE 65
6.5. RAPPORT DE PRESENTATION DE LA PROCEDURE 65
7. DOCUMENTS COMMUNICABLES 65
8. LES RECOURS CONTENTIEUX LIES A LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS 66
8.1. LE REFERE PRECONTRACTUEL 67
8.2. LE REFERE CONTRACTUEL 67
8.3. LE RECOURS DE PLEINE JURIDICTION EN CONTESTATION DE LA VALIDITE DU CONTRAT 69
8.4. LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR 69
9. LES MODALITES DE MODIFICATION DU MARCHE EN COURS D'EXECUTION 70
10. MISE A DISPOSITION DES DONNEES ESSENTIELLES 72
11. MODALITES D'ARCHIVAGE 73

1. GENERALITES

1.1. INTRODUCTION

Le décret n°2008-229 du 7 mars 2008 a inscrit les opérations d'aménagement de la Plaine du Var parmi les opérations d'intérêt national (ci-après OIN) listées à l'article R. 102-3 du Code de l'urbanisme.

Pour mettre en œuvre l'OIN, l'établissement public d'aménagement de la Plaine du Var (devenu aujourd'hui établissement public d'aménagement Ecovallée-Plaine du Var) a été créé par le décret n°2008-773 du 30 juillet 2008 (modifié par le décret n°2015-982 du 31 juillet 2015).

L'établissement public d'aménagement Ecovallée-Plaine du Var (ci-après EPA) est un établissement public d'aménagement de l'Etat à caractère industriel et commercial.

Aux termes du décret n°2008-773 du 30 juillet 2008 et de l'article L. 321-14 du Code de l'urbanisme, comme tout établissement public d'aménagement, il a pour mission principale de conduire toute action de nature à favoriser l'aménagement, le renouvellement urbain et le développement économique de son territoire, dans le respect de la diversité des fonctions urbaines, de la mixité sociale dans l'habitat ainsi que de la protection de l'environnement.

Parmi les contrats relevant de la commande publique, à ce jour l'EPA Ecovallée-Plaine du Var conclut uniquement des marchés publics classiques et non des contrats de concession, des marchés de partenariat ou des marchés de défense ou de sécurité.

Par la délibération n°2009-007 du 23 janvier 2009, lors de son premier Conseil d'administration, l'EPA décidait de se soumettre volontairement aux règles de passation et d'exécution prévues par le Code des marchés publics. A cette date, en tant qu'établissement public industriel et commercial, l'EPA n'était pas soumis aux dispositions du Code des marchés publics mais à celles de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. Cette possibilité de soumission volontaire était expressément mentionnée à l'article 3 de ladite ordonnance.

La première version du Guide des procédures d'achat de l'établissement a été créée et approuvée par le Conseil d'administration de l'EPA, par sa délibération n°2010-0025 du 20 décembre 2010.

Le Guide avait initialement été établi selon des dispositions du Code des marchés publics issues du décret n°2006-975 du 1er août 2006 portant Code des marchés publics, modifié.

Le Guide des procédures d'achat de l'établissement a été mis à jour à plusieurs reprises notamment pour tenir compte des évolutions du droit applicables mais aussi de l'activité de l'établissement.

La principale modification du Guide est intervenue suite à la réforme du droit de la commande publique engagée par les Directives européennes du 26 février 2014 dites « marchés publics » et « concessions ». En ce qui concerne le droit des marchés publics, ces Directives ont été transposées notamment par les textes suivants :

- l'ordonnance n°2015-899 en date du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n°2016-360 en date du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Ces deux textes ont eu pour effet d'abroger le Code des marchés publics et l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005. L'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 s'appliquent aux contrats conclus par l'ensemble des acheteurs (terme regroupant tant les pouvoirs adjudicateurs que les entités

adjudicatrices), il n'y a donc plus désormais de distinction entre les personnes soumises au Code des marchés publics et les personnes non soumises.

Par la délibération n°2016-014 du 7 juillet 2016, le Conseil d'administration de l'EPA a approuvé la modification du Guide des procédures d'achat de l'établissement, à la suite de l'entrée en vigueur de la réforme du droit des marchés publics. Cette modification du Guide a donc été substantielle.

Le présent Guide de procédures de l'EPA Ecovallée-Plaine du Var a vocation à fournir le fil conducteur de l'achat, depuis l'évaluation des besoins jusqu'à la notification du contrat ainsi que son exécution. Sans être exhaustif, ce Guide explique et porte à la connaissance des équipes de l'EPA le droit applicable aux procédures de passation des marchés et ce qu'il s'agisse d'obligations s'imposant à tous les acheteurs ou de pratiques propres à l'EPA.

Il participe à la sécurisation des procédures d'achat de l'EPA en contribuant à assurer la conformité des procédures avec les règles de la commande publique, tout en assurant la cohérence des pratiques de l'achat au sein de l'ensemble de l'établissement.

En outre, il facilite l'efficacité de l'achat de l'EPA et la bonne utilisation des deniers publics.

Cette version 3 du Guide a été établie en fonction des règles issues du nouveau Code de la commande publique et reprend notamment le contenu des fiches techniques rédigées par la Direction des affaires juridiques des Ministères de l'économie et des finances ainsi que de l'action et des comptes publics (ci-après DAJ).

☝ Les parties législative et réglementaire du Code de la commande publique ont été publiées le 5 décembre 2018 au Journal officiel de la République française. Le Code de la commande publique constitue l'ultime étape de la démarche de rationalisation et de modernisation de ce droit, engagée avec la transposition des Directives européennes du 26 février 2014. Il permet de regrouper l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique, jusque-là contenues dans des textes épars, relatives aux différents contrats de la commande publique s'analysant comme des marchés publics ou des concessions au sens du droit de l'Union européenne. Il intègre notamment les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, à la sous-traitance et aux délais de paiement.

Ainsi, concernant les marchés publics, les dispositions issues de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 sont intégrées au sein de ce Code unique (lequel Code ne s'applique pas uniquement aux marchés publics mais à tous les contrats de la commande publique).

Sauf rares exceptions, cette refonte intervient à droit constant.

Le Code de la commande publique est entré en vigueur le 1er avril 2019. Les contrats en cours d'exécution à cette date ne sont pas, en principe, régis par le Code. Ce nouvel outil s'applique en effet aux marchés publics et aux concessions pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence publié à compter du 1er avril 2019. A noter que les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique ne sont pas concernés si la procédure de passation ou de mise en place est engagée avant cette date. Certains articles ont cependant vocation à s'appliquer à des contrats déjà conclus.

Certains contrats en cours d'exécution peuvent donc toujours être soumis à l'ancien Code des marchés publics (hypothèse d'un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication avant le 1er avril 2016), notamment par exemple des marchés subséquents qui auraient été conclus sur la base d'un accord-

cadre dont l'avis d'appel à la concurrence aurait été envoyé à la publication avant le 1er avril 2016. Ainsi selon notamment la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence, les textes de référence ne sont pas les mêmes : soit l'ancien Code des marchés publics, soit « l'ordonnance de 2015 » complétée par le « décret de 2016 » soit le nouveau Code de la commande publique.

Les règles propres à l'établissement décidées par le présent Guide entrent en vigueur après exécution des formalités de publicité applicables et les nouvelles dispositions introduites par la version 3 du Guide sont applicables à toutes les consultations ou procédures lancées après cette date peu importe le type de consultation (y compris notamment aux marchés subséquents passés sur le fondement d'un accord-cadre ayant donné lieu à un avis de publicité antérieur à l'entrée en vigueur de la version 3 du Guide).

Les dispositions du présent Guide à visée informative qui ne font que reprendre le droit positif sont applicables selon les règles propres à cette source du droit et indépendamment de leur compilation, ou non, au sein du Guide. Par exemple les règles issues du Code de la commande publique reprises au sein du présent Guide sont, en principe, applicables aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence publié à compter du 1er avril 2019 (et ce peu importe qu'elles aient fait l'objet d'une mention à titre d'information au sein du présent Guide). De la même manière, les modifications du droit en vigueur à venir seront applicables indépendamment du fait qu'elles aient été prises en compte ou non par le Guide pour être portée à la connaissance des équipes de l'EPA. Les textes internationaux, nationaux ainsi que la jurisprudence et autres sources du droit opposables à l'EPA priment les dispositions du présent Guide.

Si une disposition du Guide devient non conforme suite à une évolution du droit en vigueur alors cette disposition du Guide sera nécessairement inapplicable. Le Guide sera modifié dès que possible par décision du Directeur général.

Toute modification substantielle des pratiques propres à l'EPA devra donner lieu à une délibération du Conseil d'administration de l'établissement. En revanche, le Directeur général est habilité à modifier le Guide pour tenir compte de toute modification du droit en vigueur, par exemple suite à une modification législative ou règlementaire ou encore un revirement de jurisprudence. Il peut en outre corriger toute erreur ou coquille non substantielle, modifier la mise en page ou ajouter des schémas, logigrammes.

Le présent Guide encadre uniquement la passation de marchés publics classiques par l'EPA, il n'est pas relatif aux concessions, aux marchés de partenariat ou encore de défense ou de sécurité.

1.2. DEFINITIONS

L'EPA est un acheteur soumis au Code de la commande publique. En tant que personne morale de droit public, il a la qualité de pouvoir adjudicateur, conformément aux dispositions de **l'article L. 1211-1 du Code de la commande publique**.

Aux termes de **l'article L. 2 du Code de la commande publique**, « Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ».

Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions et ce quelle que soit la dénomination du contrat en cause. A titre d'exemple, une concession d'aménagement est

considérée comme une concession lorsque le concessionnaire assume un risque économique lié à l'opération d'aménagement, en revanche, il s'agit d'un marché dans le cas inverse.

Toutefois, tous les contrats publics conclus par les acheteurs ne sont pas des contrats de la commande publique. Au regard de cette définition, **les contrats conclus à titre gratuit ne relèvent pas du champ de la commande publique** ; sachant que le caractère onéreux d'un contrat peut certes résulter de la fixation d'un prix mais également de toute contrepartie équivalente telle que l'abandon par l'acheteur d'une recette ou encore la renonciation à percevoir une recette.

L'article L. 1100-1 du Code de la commande publique précise expressément que n'entrent pas dans le champ de la commande publique les contrats suivants :

- les contrats de travail ;
- les contrats ou conventions ayant pour objet des transferts de compétence ou de responsabilité entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunérations de prestations contractuelles ;
- les subventions définies à l'article 9-1 de la loi n°200-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations [1];
- les contrats ou conventions d'occupation domaniale.

Certains contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, constituant des contrats de quasi-régie (**articles L. 2511-1 et suivants du Code de la commande publique**) ou des contrats de coopération public-public (**article L. 2511-6 du Code de la commande publique**), sont exclus du champ des règles relatives à la préparation et la passation des marchés publics. La mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de contrats entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue le prolongement administratif de celui-ci, n'est pas nécessaire (théorie des prestations intégrées ou théorie du « *in-house* » ou « *quasi-régie* »). De la même manière, les contrats par lesquelles plusieurs entités publiques réalisent en commun une activité d'intérêt général dans un but exclusif d'intérêt public et sans favoriser un opérateur économique agissant sur le marché peuvent également être conclus sans être précédés d'une publicité et d'une mise en concurrence (« *coopération public-public* »).

Le Code liste d'autres achats qui ne sont pas soumis aux règles de préparation et de passation des marchés publics, c'est le cas par exemple des services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ou encore des activités de signification et de mise à exécution exercées par les huissiers ou des services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits (**article L. 2512-5 du Code de la commande publique**). Les règles en matière de préparation et de passation des

[1] « Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires.

Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent ».

marchés publics mentionnées au présent Guide ne s'appliquent pas aux « autres marchés » listés aux articles L. 2500-1 à L. 2515-1 du Code de la commande publique.

En outre, la dévolution strictement unilatérale d'une mission ou d'une compétence ne peut être qualifiée de marché public dans la mesure où il ne s'agit pas d'un contrat. En effet, l'investiture par voie unilatérale d'un opérateur, même pour accomplir une mission d'intérêt général, n'implique pas de lien contractuel (En ce sens : CE, 13 juillet 2007, « *Commune de Rosny-sous-Bois* », n°299207).

La notion de « marché public » recouvre les marchés classiques, les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité. En l'occurrence, le présent Guide concerne uniquement les marchés publics classiques ; les dispositions qui suivent ne concernent ni les concessions, ni les marchés de partenariat, ni les marchés de défense ou de sécurité.

L'article L. 1111-1 du Code de la commande publique donne une définition du marché public : « Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent Code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ». Les marchés publics conclus par l'EPA sont des contrats administratifs (**article L. 6 du Code de la commande publique**).

A noter qu'un contrat de concession se distingue d'un marché public notamment car il y a un transfert du risque à l'opérateur économique [2].

Un marché public peut tout aussi bien être conclu avec une personne privée qu'avec une personne publique (CE, avis, 8 novembre 2000, « *Société Jean-Louis Bernard Consultants* », n°222208 ; CE, 10 juillet 2009, « *Département de l'Aisne* », n°324156), sous réserve que le contrat conclu entre les entités appartenant au secteur public ne soit pas qualifié de *« quasi-régie* » ou de « *coopération public-public* » et donc soit exclu des règles en matière de préparation et passation des marchés.

Un marché de travaux a pour objet soit l'exécution ou la conception et l'exécution de travaux dont la liste publiée au Journal officiel de la République Française, soit la réalisation ou la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique (**article L. 1111-2 du Code de la commande publique**).

Un marché de fournitures a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits. Il peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation (**article L. 1111-3 du Code de la commande publique**).

---

[2] Article L. 1121-1 du Code de la commande publique : « *Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.*
La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés ».

Un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de services (**article L. 1111-4 du Code de la commande publique**).

Lorsqu'un marché porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Lorsqu'un marché a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées (**article L. 1111-5 du Code de la commande publique**).

1.3. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'article L. 3 du Code de la commande publique rappelle aux acheteurs publics qu'ils gèrent des deniers publics et, de ce fait, ils doivent faire preuve de leur bonne utilisation, ainsi que d'efficacité dans leurs achats.

Afin de garantir le respect de cet article, les marchés publics doivent respecter les principes suivants :

- **Liberté d'accès à la commande publique :** toutes les personnes intéressées par la conclusion d'un contrat passé par un acheteur doivent avoir la possibilité de postuler pour son attribution, rien dans l'attitude de l'acheteur ne doit restreindre la moindre ouverture à la concurrence ;
- **Egalité de traitement des candidats :** il s'agit de traiter de la même manière les opérateurs lors de l'examen de leurs candidatures et de leurs offres, l'acheteur veille à ne pas privilégier, de quelque manière que ce soit, un candidat au détriment d'un autre ;
- **Transparence des procédures :** le principe de transparence s'apparente à un principe de publicité dont les modalités pratiques de mise en œuvre varient en fonction du contrat public concerné.

L'application de ces principes se traduit par des obligations, et notamment :

- **Définition des besoins :** le périmètre et le contenu des besoins doivent être établis de façon la plus précise et détaillée possible. Les besoins sont déterminés de manière sincère et raisonnable ;
- **Publicité et mise en concurrence :** la publicité permet d'informer tous les candidats potentiels qui sont ensuite libres de participer à la mise en concurrence ;
- **Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse :** l'offre retenue est la meilleure des offres proposées (notion de mieux disant) au regard des besoins objectifs de l'établissement ;
- **L'EPA veille à l'impartialité de la procédure et à l'absence de situation de conflit d'intérêts :** Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché (**article L. 2141-10 du Code de la commande publique**).

2. PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT DE L'EPA ECOVALLEE-PLAINE DU VAR

2.1. LE POUVOIR ADJUDICATEUR

Le Directeur général de l'EPA Ecovallée-Plaine du Var a compétence pour préparer, passer, signer et exécuter les marchés publics. Il peut déléguer sa signature (**article R. 321-9 du Code de l'urbanisme**).

Toutefois une autorisation préalable du Conseil d'administration est nécessaire avant d'engager une dépense dont le montant est strictement supérieur aux seuils suivants :

- 8 000 000 € HT pour les marchés de travaux, à charge au Directeur général de rendre compte au prochain Conseil d'administration des marchés conclus pour un montant compris entre 4 000 000 euros HT et 8 000 000 euros HT ;
- 500 000 € HT pour les marchés de prestations intellectuelles et de fournitures courantes et services.

Lorsqu'une consultation est lancée en plusieurs lots, chaque lot étant constitutif d'un marché distinct, les seuils mentionnés ci-dessus sont applicables à chacun des lots pris individuellement.

De la même manière le marché similaire est un marché public distinct du marché initial, les seuils mentionnés ci-dessus s'appliquent donc individuellement à chaque marché.

Si un avenant à un marché a pour effet de porter le montant total du marché au-delà des seuils alors une autorisation du Conseil d'administration sera nécessaire préalablement à la conclusion dudit avenant.

Si la dépense générée par un accord-cadre a fait l'objet d'une autorisation du Conseil d'administration alors aucune autre autorisation du Conseil ne sera nécessaire pour engager les dépenses des marchés subséquents découlant de cet accord-cadre et ce même si le montant d'un marché subséquent était supérieur auxdits seuils.

Ladite autorisation du Conseil est rendue nécessaire par les dispositions de l'article 187 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif aux nouvelles règles de gestion budgétaire et comptable publique, il s'agit d'une autorisation à engager une dépense.

Ces éléments sont précisés par le règlement intérieur du Conseil d'administration.

2.2. LE CONTROLE ECONOMIQUE ET FINANCIER DE L'ETAT

L'autorité chargée du contrôle économique et financier de l'Etat exerce une mission générale de surveillance de l'activité et de la gestion de l'établissement, dont elle analyse les risques et évalue les performances, en veillant aux intérêts patrimoniaux et financiers de l'Etat.

Conformément aux dispositions de l'arrêté du 7 août 2008 fixant notamment les modalités spéciales d'exercice du contrôle économique et financier de l'Etat[3] sur les établissements publics

[3] Journal Officiel de la République Française n°0200 du 28 août 2008, page 13513, texte n°14

d'aménagement ainsi qu'aux modalités et aux seuils fixés par le contrôleur après consultation du Directeur général, sont notamment soumis à avis préalable dudit Contrôleur les :

- marchés de travaux ainsi que bons de commandes et marchés subséquents découlant d'un accord-cadre : seuil supérieur ou égal à 1 500 000 € HT.
- marchés de services, d'études, de maîtrise d'œuvre et de fournitures, ainsi que bons de commandes et marchés subséquents découlant d'un accord-cadre, et tous autres actes juridiques générateurs de dépenses : seuil supérieur ou égal à 150 000 € HT.

2.3. LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHES

2.3.1. ROLE DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DES MARCHES

La création d'une Commission d'appel d'offres (ci-après CAO) n'est obligatoire que pour les collectivités locales, les établissements publics locaux et les offices publics de l'habitat (article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales).

Toutefois, les acheteurs non soumis à cette obligation peuvent parfaitement décider de constituer une commission consultative spéciale dont il leur appartient de fixer et respecter les règles fonctionnement notamment de convocation, de composition et de *quorum*.

Ainsi, par sa délibération n°2010-0025 en date du 20 décembre 2010, le Conseil d'administration de l'EPA décidait volontairement d'instituer **la Commission consultative des marchés** (également dénommée CCM) afin de solliciter son avis sur le choix proposé par le rapporteur.

La Commission consultative des marchés de l'EPA n'est pas une CAO, il s'agit d'une Commission ad hoc ; elle ne prend pas de décision, elle rend uniquement un avis.

La Commission peut émettre un avis favorable sur la proposition du rapporteur, un avis favorable sous réserve(s) ou un avis défavorable.

La saisine de cette Commission est obligatoire au-dessus des seuils fixés à l'article 2.3.3. En revanche l'avis qu'elle émet est un avis simple, c'est-à-dire que le Directeur général peut librement choisir de le suivre ou non. Toutefois si l'avis de la Commission n'est pas respecté, il conviendra que le Directeur général motive ce choix.

En outre des modifications non substantielles du rapport d'analyse ou encore du contrat (cas d'un avenant par exemple) peuvent intervenir entre l'avis de la Commission consultative des marchés et la décision du Directeur général notamment pour corriger des erreurs, coquilles ou encore apporter des précisions. Si les modifications sont substantielles, une nouvelle saisine de la Commission consultative des marchés sera nécessaire.

Plusieurs cas peuvent donc se présenter :

- La Commission consultative des marchés émet **un avis favorable** sur le projet :
  - soit le Directeur général suit l'avis de la Commission (et donc également des équipes en charge de l'analyse) et signe donc les documents sans aucune modification ;
  - soit le Directeur général souhaite apporter des modifications aux projets avant signature :
    - ✓ si les modifications sont substantielles alors une nouvelle consultation de la Commission consultative des marchés est nécessaire,

- ✓ si les modifications apportées ne sont pas substantielles alors il peut signer les documents modifiés.

- La Commission consultative des marchés émet **un avis défavorable** sur le projet :
  - soit le Directeur général suit l'avis de la Commission consultative des marchés ce qui signifie qu'un nouveau travail d'analyse doit être effectué lequel sera à nouveau présenté en Commission,
  - soit le Directeur général ne suit pas l'avis de la Commission consultative des marchés, motive son choix et signe les documents éventuellement en les modifiant non substantiellement.
- La Commission consultative des marchés émet **un avis favorable sous réserve(s)** d'effectuer certaines modifications :
  - soit le Directeur général suit l'avis de la Commission consultative des marchés et signe les documents une fois modifiés conformément aux recommandations de la Commission si besoin en apportant également d'autres modifications non substantielles,
  - soit le Directeur général suit l'avis favorable de la Commission consultative des marchés mais refuse d'apporter les modifications préconisées, dans ce cas il peut signer les documents sans besoin de motiver son choix, il peut le cas échéant modifier non substantiellement les documents,
  - Soit le Directeur général souhaite apporter des modifications différentes de celles préconisées par la Commission :
    - ✓ si les modifications sont substantielles alors une nouvelle consultation de la Commission consultative des marchés est nécessaire,
    - ✓ si les modifications apportées ne sont pas substantielles alors il peut signer les documents modifiés sans motiver son choix de ne pas apporter les modifications préconisées par la Commission.

2.3.2. COMPOSITION DE LA COMMISSION

La composition de la Commission consultative des marchés de l'EPA est la suivante :

Membres (voix délibérative)
1 membre du comité de Direction restreint de l'EPA[4] Président de la Commission
2 membres du Conseil d'administration sur une liste de 3 membres
Le Directeur Départemental des Territoires et de la Mer *ou son représentant*
Le Secrétaire général de l'EPA *ou son représentant* bénéficiant d'une délégation de signature à cet effet
1 membre compétent du personnel de l'EPA[5]
Autres participants (voix consultative)
Responsable de l'achat – rapporteur
Le Contrôleur général *ou son représentant*
Le Directeur Départemental de la Protection de la Population *ou son représentant*
Agent comptable de l'EPA

[4] Le comité de Direction restreint est composé du (de la) Directeur(trice) général(e), du (de la) Directeur(trice) général(e) adjoint(e), du (de la) Secrétaire général et du (de la) Directeur(trice) du développement.

[5] Le membre compétent est une personne appartenant aux équipes de l'EPA et disposant d'une expertise ou compétence (soit en raison de son poste actuel soit de sa formation ou de son parcours) dans le domaine du marché dont l'analyse est présentée.

Toute personne dont l'audition pourrait s'avérer utile (désignation par le Président de la commission)

Les membres de la Commission consultative des marchés représentant le Conseil d'administration sont désignés par ce dernier en son sein.

Lorsque le mandat d'un membre du Conseil d'administration prend fin alors il n'est plus habilité à siéger en Commission consultative des marchés.

Des réunions de la Commission consultative des marchés peuvent être organisées pendant la période allant de la fin du mandat d'un ou plusieurs membre(s) du Conseil d'administration habilité(s) à siéger en Commission consultative des marchés et la désignation d'un ou de nouveau(x) représentant(s) si le quorum est réuni. Dans ce cas, les membres de la Commission dont le mandat a pris fin ne seront pas convoqués.

2.3.3. SEUILS DE COMPETENCE

- **La Commission est compétente pour émettre un avis préalablement au choix de l'attributaire d'un marché public (y compris les accord-cadre, marchés subséquents et marchés similaires) dont le montant est supérieur ou égal à 70 000 euros HT** sauf si le marché, en raison de son objet notamment, n'a pas fait l'objet d'une publicité et mise en concurrence préalable. A noter que, un marché similaire ne donne pas lieu à une publicité et mise en concurrence préalable mais fait l'objet d'un avis de la Commission consultative des marchés si son montant est supérieur à 70 000 euros HT.

  Le seuil de 70 000 euros HT n'est pas calculé selon les règles applicables en matière de computation des seuils prévues aux articles R. 2121-1 et suivants du Code de la Commande publique. **Il s'agit d'un seuil par contrat**.

  La Commission consultative des marchés n'émet pas d'avis préalablement à la conclusion d'une convention de groupement de commande ; l'avis d'une Commission interviendra si nécessaire pendant la procédure de passation et sera prévu par la convention constitutive du groupement.

  Conformément aux dispositions de l'article 2.3.7 du présent Guide, l'avis de la Commission consultative des marchés n'est pas sollicité lorsqu'un jury est consulté pour avis dans le cadre de la procédure de passation et que les membres de la Commission consultative des marchés à voix délibérative sont également membres à voix délibérative dudit jury.

- La Commission consultative des marchés est compétente pour émettre un avis préalablement aux modifications les plus importantes d'un marché public (y compris les accord-cadre, marchés subséquents et marchés similaires). Ainsi, il est décidé que la Commission émet un avis préalablement à la conclusion des modifications suivantes :
  - en ce qui concerne les marchés publics dont le montant cumulé du contrat initial et des modifications d'ores et déjà effectuées **est inférieur ou égal à 250 000 euros HT**, l'avis de la Commission consultative des marchés est sollicité avant signature de chaque modification du marché par le représentant du pouvoir adjudicateur **si les deux conditions cumulatives** suivantes sont remplies :
    - ✓ le montant cumulé du marché initial, des modifications du marché précédentes et de la nouvelle modification du marché est égal ou supérieur au seuil de saisine de la Commission consultative des marchés, soit 70 000 € HT ;

- ✓ le montant cumulé des modifications du marché précédent et de la nouvelle modification du marché est supérieur ou égal à 10% du montant hors taxe du marché initial.

- en ce qui concerne les marchés publics dont le montant cumulé du marché initial et des modifications du marché précédentes est **strictement supérieur à 250 000 euros HT**, l'avis de la Commission consultative des marchés est sollicité avant signature de chaque modification du marché par le représentant du pouvoir adjudicateur si le montant cumulé des modifications du marché précédentes et de la nouvelle modification du marché est égal ou supérieur à 5% du montant hors taxe du marché initial.

La Commission consultative des marchés peut parfaitement être saisie pour avis à titre volontaire c'est-à-dire même en l'absence de toute obligation en ce sens.

Elle formule un avis sur le choix proposé par le rapporteur.

Le cas échéant, elle peut poser des questions pour éclaircir tel ou tel point relatif à l'analyse des offres présentée en séance.

2.3.4. LA FORMALISATION DE L'AVIS DE LA COMMISSION

La Commission est convoquée et formule son avis, avec un quorum fixé au nombre de **trois membres ayant voix délibérative**. Le quorum doit être maintenu pendant toute la réunion de la Commission. L'avis est émis à la majorité absolue des suffrages exprimés. En cas de partage des voix, la voix du Président de la Commission est prépondérante.

L'avis de la Commission est formalisé dans le cadre d'un procès-verbal, qui est communiqué au pouvoir adjudicateur en vue de sa décision finale d'attribuer le marché.

Les membres de la Commission consultative des marchés doivent veiller à ne pas participer à une séance de la Commission s'ils sont en situation de conflit d'intérêts.

2.3.5. LES CONVOCATIONS

En principe, les réunions de la Commission consultative des marchés ont lieu les 1ers et 3èmes mardis du mois.

Les convocations ainsi que l'ordre du jour sont envoyés à l'ensemble des participants à la Commission au plus tard 7 jours calendaires avant sa tenue. Si aucun sujet n'est à soumettre, une annulation de la Commission sera envoyée dans le même délai.

L'envoi des convocations peut être effectué par tous moyens y compris par voie dématérialisée à l'adresse qui aura été communiquée par le membre de la Commission consultative des marchés. La convocation mentionne le jour, l'heure, le lieu de la réunion de la Commission (sauf si le Directeur général décide que la réunion est organisée intégralement à distance conformément aux dispositions de l'article 2.3.8 du présent Guide) ainsi que l'ordre du jour. En cas de réunion organisée en tout ou partie à distance, les modalités d'accès seront communiquées aux membres ou participants concernés préalablement à la réunion.

Les convocations sont transmises aux 3 membres élus du Conseil d'administration. Les deux premiers membres ayant fait part de leur disponibilité siègent à la Commission objet de la convocation.

En cas de besoin et si le quorum est réuni, des réunions de la Commission consultative des marchés peuvent parfaitement être organisées en dehors des dates prévues en principe à cet effet, c'est-à-dire un autre jour que les 1ers et 3èmes mardis du mois. Le délai ainsi que les règles de convocation devront être respectés. Cette possibilité peut par exemple être utile si le 1er ou le 3ème mardi du mois est un jour férié ou encore si l'analyse des offres n'est pas finalisée à cette date mais que les contraintes opérationnelles ne permettent pas d'attendre la date de principe suivante.

En cas d'urgence et à titre exceptionnel, le Président de la Commission peut décider de consulter cette dernière sous forme écrite. Le recours à la consultation écrite de la Commission consultative des marchés est justifié par la nécessité d'un avis de la Commission dans des délais trop brefs pour que cette décision puisse être prise en séance ordinaire. Dans ce cas les membres de la Commission consultative des marchés sont consultés individuellement par le Président de la Commission consultative des marchés, par voie écrite, le cas échéant par courrier électronique. La demande de consultation comprend la proposition d'analyse ou une synthèse de celle-ci. Le Président fixe le délai à l'issue duquel les membres de la Commission consultative des marchés à voix délibérative doivent voter et rendre un avis. Les membres de la Commission consultative des marchés répondent également par voie écrite, le cas échéant par courrier, et expriment leur avis sur la proposition qui leur a été envoyée. Ils peuvent poser des questions pendant le délai qui leur est imparti pour voter. Les conditions de quorum normalement en vigueur sont applicables à cette procédure et leur respect s'apprécie au moment du décompte des votes qui intervient au terme dudit délai.

Dans tous les cas, si après une première convocation, le quorum n'est pas atteint ou n'est plus atteint en cours de séance, la Commission consultative des marchés est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum. Il en est de même si le quorum n'est pas atteint suite à une première consultation écrite de la Commission.

2.3.6. LES RAPPORTS

Les dossiers sont soumis à la Commission consultative des marchés sur la base de rapports d'analyse établis par le responsable de l'achat et le rapporteur. Les rapports sont remis en séance en autant d'exemplaires que nécessaire ou par voie dématérialisée.

Le rapport d'examen des candidatures et/ou le rapport d'analyse des offres doivent comporter les éléments factuels justifiant les propositions de notes et de classement des offres.

Ces rapports sont élaborés de façon à fournir aux membres de la Commission une bonne compréhension du dossier.

Peuvent également être remis en séance les pièces comprises dans le dossier de consultation.

2.3.7. HYPOTHESE DE LA MISE EN PLACE D'UN JURY

Lorsque l'EPA organise un concours, il doit faire intervenir un jury, composé conformément aux dispositions **de l'article R. 2162-22 du Code de la commande publique**.

Dans ce cas, les membres avec voix délibérative de la Commission consultative des marchés sont, par principe, membres avec voix délibérative du jury de concours.

Aussi, peuvent siéger au jury d'autres personnes qualifiées convoquées par le Directeur général (maîtres d'œuvres ou d'autres experts).

La composition du jury ainsi que ses règles de fonctionnement sont décidées par décision du Directeur général.

Dans cette hypothèse la Commission consultative des marchés ne sera pas saisie en sus du jury dans la mesure où **l'avis du jury se substitue à celui de la Commission** ; sachant que les membres à voix délibérative de la Commission sont nécessairement membres à voix délibérative du jury.

En outre, il n'y a pas d'obligation de saisir la Commission consultative des marchés préalablement à la conclusion d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence avec le ou les lauréats d'un concours ; un jury comprenant les membres de la Commission a émis un avis préalablement à la désignation du ou des lauréats. L'EPA pourra toutefois solliciter l'avis de la Commission de manière facultative, notamment si le projet de contrat compris dans le dossier de consultation a évolué dans le cadre de la négociation ou si plusieurs lauréats ont été retenus.

En dehors de l'organisation d'un concours, le pouvoir adjudicateur peut parfaitement prévoir qu'un jury (composé comme le jury de concours) puisse émettre un avis dans le cadre de la procédure de passation. Par exemple, s'agissant d'une commande de maîtrise d'œuvre l'avis d'un jury peut être utile même s'il n'est pas organisé un concours de maîtrise d'œuvre (recours par exemple au dialogue compétitif ou encore à la procédure avec négociation). Les membres à voix délibérative de la Commission consultative des marchés seront également membres à voix délibérative de ce jury. La composition de ce jury ainsi que ses règles de fonctionnement sont décidées par décision du Directeur général et de la même manière l'avis de ce jury se substituera à celui de la Commission consultative des marchés.

2.3.8. ORGANISATION DES REUNIONS A DISTANCE

Les réunions de la Commission consultative des marchés peuvent être organisées aussi bien en présentiel qu'à distance.

D'une part, tout ou partie des membres et participants à la Commission consultative des marchés peuvent demander à participer à distance à une ou plusieurs réunions de ladite Commission au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle permettant leur identification et leur participation effective.

D'autre part, selon le contexte et notamment dans l'éventualité d'une crise sanitaire, le Directeur général peut imposer qu'une ou plusieurs réunions de la Commission aient lieu entièrement à distance (participation de l'ensemble des membres et participants au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle).

Les modalités concrètes d'organisation des réunions de la Commission consultative des marchés à distance seront fixées par décision du Directeur général (quelles soient intégralement ou partiellement à distance).

Lorsque l'avis d'un jury est sollicité dans les conditions prévues à l'article 2.3.7 du présent guide, le Directeur général de l'établissement pourra décider, selon les circonstances et au cas par cas, que la réunion de ce jury sera organisée à distance en tout ou partie et auquel cas il fixera les modalités concrètes d'organisation de la réunion concernée.

2.4. LA COMMISSION D'OUVERTURE DES PLIS

La réception des plis est effectuée de manière dématérialisée. La plateforme de dématérialisation garantit la confidentialité des contenus jusqu'à leur ouverture. Les équipes du Secrétariat général peuvent détenir la clé de la « chambre » permettant de rapatrier les plis électroniques sur le serveur en prévision de la séance d'ouverture des plis.

Exceptionnellement, si des plis sont remis par voie papier (en application d'une dérogation au principe de dématérialisation) alors un récépissé est remis lors du dépôt du pli lorsque celui-ci est fait en « main propre ». Les plis sont enregistrés à l'heure et au jour de leur arrivée dans un registre. Ce registre est vérifié et signé par les membres de la Commission d'ouverture des plis.

La Commission d'ouverture des plis interne à l'EPA est chargée de l'ouverture des candidatures et des offres en procédure adaptée avec publication et en procédure formalisée.

En outre, elle est chargée de l'ouverture des candidatures si un concours est organisé. En revanche l'ouverture des plis contenant les projets sera effectuée par un secrétariat de l'anonymat lequel pourra être assuré par tout membre du Secrétariat général de l'EPA si besoin avec l'aide d'un prestataire externe tel qu'un huissier de justice.

La Commission d'ouverture des plis est constituée de la manière suivante :

- Directeur général de l'EPA ou l'un de ses représentants membre du comité de direction restreint (présence facultative) ;
- Secrétaire général ou l'un de ses représentants (présence facultative) ;
- Responsable de l'achat ;
- Un gestionnaire marchés ou autre membre de l'équipe du Secrétariat général.

Les assistants à maîtrise d'ouvrage, les maîtres d'œuvre, ainsi que les agents de l'EPA Ecovallée-Plaine du Var concernés par le marché peuvent éventuellement participer à cette Commission.

Elle se réunit en tant que de besoin sans convocation et ordre du jour formalisés. Elle est chargée d'ouvrir les plis arrivés dans les délais, d'enregistrer les documents, candidatures, offres, propositions, remises par les candidats. Un procès-verbal de cet enregistrement est établi et signé par les personnes présentes.

2.5. AUTRES INTERVENANTS

L'EPA Ecovallée-Plaine du Var pourra s'adjoindre la compétence de toute personne, en interne ou en externe, pour l'assister dans la préparation et le suivi des procédures de passation des marchés publics de l'établissement.

3. LA PREPARATION DE L'ACHAT

3.1. ANTICIPER

L'achat doit être préparé le plus en amont possible. L'anticipation permet de répondre dans les temps aux besoins de l'établissement tout en respectant les règles de la commande publique.

3.2. DEFINIR LES BESOINS

Le terme « besoin » recouvre à la fois les besoins liés au fonctionnement quotidien de l'acheteur, par exemple l'achat de fourniture de bureaux ou d'ordinateurs et les besoins liés à l'activité d'intérêt général de l'établissement, par exemple la commande de prestations de maîtrise d'œuvre ou de travaux pour réaliser une voirie.

La définition des besoins est une obligation quel que soit le montant de l'achat envisagé ; c'est aussi la clef d'un achat réussi. Elle doit être établie de manière objective et raisonnable.

En effet, **l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique** dispose que : *« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ». En effet, « la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies » par le Code de la commande publique (article 3-1 du Code de la commande publique). **L'article L. 2111-2 du Code de la commande publique** ajoute que « *Les travaux, fournitures ou services à réaliser dans le cadre du marché public sont définis par référence à des spécifications techniques* » lesquelles définissent les caractéristiques requises. « Usuellement, ces spécifications sont les prescriptions techniques qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Mais elles peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou à une caractéristique du cycle de vie. En tout état de cause, ces spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché public et proportionnées à sa valeur et ses objectifs.

Une bonne évaluation des besoins et, par la suite, une définition très précise de ceux-ci dans les documents de la consultation, avant d'être une exigence juridique, sont une condition pratique impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions »[6] .

Ainsi, l'expression des besoins suppose une définition précise de la qualité des prestations à obtenir et les quantités souhaitées (« Que me faut-il ? Quel est le service que j'attends ? ») et du contexte dans lequel elles doivent pouvoir être assurées (délais, lieu(x) d'exécution et / ou de livraison, contraintes organisationnelles, etc.).

Pour les prestations récurrentes, c'est-à-dire qui se reproduisent dans des conditions similaires au fil des ans, la fréquence et les quantités nécessaires sont à apprécier sur l'année budgétaire ou, si le marché a une durée supérieure à une année, sur la base des quantités nécessaires pour la durée du marché. Il en est ainsi pour les fournitures et services courants et pour les travaux d'entretien courants.

Des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, doivent être pris en compte dans le cadre de la définition des besoins. Si la nature de l'achat le permet, ils doivent être traduits dans les cahiers des charges ou dans les règlements de la

[6] Fiche de la DAJ sur « *La définition du besoin* » mise à jour le 1er avril 2019

consultation (exigences minimales au niveau de l'examen des candidatures ou critères de sélection au niveau du choix de l'offre). L'article L. 2111-1 du Code de la commande publique n'impose toutefois pas à l'acheteur de retenir un critère écologique, ce dernier peut prendre en compte des objectifs de développement durable également notamment par référence à des spécifications techniques, par la prise en compte de labels, de normes écologiques, de clauses d'exécution etc…

A noter que la loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite Climat & résilience) précisée par le décret n°2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du Code de la commande publique imposeront aux marchés pour lesquels une consultation sera engagée ou un avis d'appel à la concurrence sera envoyé à la publication à compter de l'entrée en vigueur des dispositions concernées (à une date fixée par décret et au plus tard au 22 août 2026) les obligations suivantes :

- l'acheteur aura l'obligation de prendre en compte les objectifs de développement durable au stade de la détermination de la nature et de l'étendue du besoin et d'introduire des considérations environnementales ;
- l'acheteur aura pour obligation de retenir au moins un critère d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre (le décret n°2022-767 prévoit une entrée en vigueur au 21 août 2026) ;
- l'acheteur devra fixer dans leurs contrats des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives à l'environnement ;
- les marchés dont le montant est supérieur aux seuils européens devront en principe comprendre des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées.

Il est nécessaire d'appréhender l'ensemble des services, fournitures ou travaux concourant à la satisfaction du même besoin (livraison, maintenance, installation, etc.) de sorte à pouvoir procéder à une estimation fiable du montant du marché public et de ses caractéristiques puis de déterminer la forme et la procédure de passation du ou des marché(s) à conclure.

Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à la méthode dite du sourçage, lui permettant de réaliser des études de marchés, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques du projet de marché et de ses exigences. Conformément à **l'article R. 2111-1 du Code de la commande publique**, les résultats du sourçage ne doivent pas avoir pour effet de fausser la concurrence.

Conformément à **l'article R. 2111-2 du Code de la commande publique**, l'acheteur est tenu de prendre les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Un tel opérateur est exclu de la procédure de passation uniquement lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, tels que la mise à disposition, au sein des documents du marché public, de l'ensemble des informations communiquées par l'acheteur à l'occasion du sourçage organisé préalablement à la passation. Ainsi, tous les candidats potentiels seront remis sur un pied d'égalité.

La prise en compte de ces éléments permet de procéder à une estimation fiable du coût de l'achat.

Au terme de la détermination du besoin, l'établissement doit être en mesure de :

- déterminer tous les achats nécessaires à la satisfaction de ce besoin,
- classer les achats en fonction de leur nature,

- estimer les coûts,
- fractionner ses achats en lots, le cas échéant.

Ces éléments serviront à définir la (ou les) procédure(s) devant être mise(s) en œuvre pour réaliser l'achat. L'ensemble des éléments constitutifs du besoin de l'acheteur doit apparaître dans les documents de la consultation, le plus souvent dans le cahier des charges.

A noter qu'en cas d'incertitude sur le rythme ou sur l'étendue du besoin à satisfaire, l'acheteur a la possibilité de recourir à des accords-cadres. Les accords-cadres peuvent donner lieu à la conclusion de marchés subséquents ou à l'émission de bons de commande. Ils peuvent être conclus sans minimum mais doivent nécessairement comporter un montant maximum.

3.3. CHOIX DU MONTAGE CONTRACTUEL

3.3.1. PRINCIPE DE L'ALLOTISSEMENT

Depuis 2006, l'allotissement a été rendu obligatoire pour les marchés. Dorénavant il s'agit d'une obligation quel que soit l'acheteur. En outre ce principe s'applique tant aux marchés passés selon une procédure adaptée qu'à ceux passés selon une procédure formalisée.

« Destiné à favoriser la concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique, l'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'un seul opérateur économique. L'allotissement apparaît ainsi particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises, dans la mesure où il leur permet d'accéder plus facilement à la commande publique » [7].

Ainsi, le principe posé à **l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique** est que « *Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots* ».

« Lorsqu'une consultation est lancée pour plusieurs lots et ne fait l'objet que d'un seul avis de marché, chaque lot est attribué séparément à l'opérateur économique dont l'offre est retenue. En d'autres termes, chaque lot constitue un marché, lui-même attribué à un prestataire particulier ». A noter que, aucun principe ni aucune disposition du Code de la commande publique n'interdit à l'acheteur d'appliquer des procédures distinctes à des lots différents, chaque procédure donnant lieu à la publication d'un avis de marché, sous réserve de respecter les règles relatives au calcul de la valeur estimée et de ne pas fractionner irrégulièrement ce besoin global.[8]

L'acheteur peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique. L'acheteur dispose d'une grande liberté sous réserve d'indiquer clairement les modalités de soumissions et d'attribution des lots dans les documents de la consultation ou l'avis de marché et que l'interdiction de soumissionner pour certains lots ou d'attribuer certains lots à un même titulaire soit justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi. En effet, **l'article R. 2113-1 du Code de la commande publique** dispose que « L'acheteur indique dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour

[7] Fiche de la DAJ sur « *Allotissement dans les marchés* » mise à jour le 1er avril 2019
[8] Rép. Min. Q n°37244, JOAN, 29 mars 2011, page 3075

un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal ». Dans cette dernière hypothèse les règles applicables sont objectives et non discriminatoires ; elles ne doivent révéler aucune part d'arbitraire, ni de liberté de choix discrétionnaire de l'acheteur. L'acheteur doit donc porter à la connaissance des candidats l'ordre de priorité des différents lots.

Le recours à un marché non-alloti est possible lorsque l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes.

A noter que des prestations sont considérées comme différenciables au sens des textes sur l'obligation d'allotissement si ces prestations sont réalisées sur des zones géographiques distinctes[9]. Dans ce cas l'acheteur doit donc scinder le marché en plusieurs « lots géographiques » en tenant compte des zones géographiques distinctes qui peuvent être identifiées compte tenu de la structure économique.

L'article L. 2113-11 du Code de la commande publique prévoit également des exceptions à l'obligation d'allotissement et ce que l'on soit en présence de prestations distinctes ou non. En effet, l'acheteur peut décider de ne pas allotir un marché dans l'un des cas suivants :

- il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

L'acheteur doit être à même de prouver que les conditions du recours au marché non-alloti sont remplies. Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

Si le marché a été passé selon une procédure adaptée, la motivation de la décision de non-allotissement doit être effectuée dans les documents relatifs à la procédure (**article R. 2113-2 du Code de la commande publique**).

Si l'acheteur décide de ne pas allotir un marché dont la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale aux seuils de procédure formalisée alors ce choix doit être motivé dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation de la procédure (**article R. 2113-3 du Code de la commande publique**).

En collaboration avec le Secrétariat général de l'établissement, et autant que de besoin, il sera procédé à la traduction du besoin en plusieurs lots. Ce découpage devra tenir compte de la capacité des soumissionnaires potentiels à répondre à la consultation que l'on entend lancer, tout en veillant à l'intérêt économique et technique de l'établissement et à la cohérence de la prestation.

[9] CE, 23 juillet 2010, « *Région Réunion* », n°338367

3.3.2. MARCHES A TRANCHES OPTIONNELLES

Depuis 2016, les marchés à tranches conditionnelles sont renommés plus simplement marchés à tranches, dans lesquels on parle alors de tranches optionnelles. Les acheteurs peuvent conclure des marchés à tranches dont seule la première est ferme. Une ou plusieurs autres tranches peuvent être affermies par la suite mais sans certitude. C'est pourquoi on les qualifie d'optionnelles (**article R. 2113-4 du Code de la commande publique**).

La technique du marché à tranches optionnelles permet d'échelonner dans le temps l'exécution d'un marché et ainsi de le fractionner. L'acheteur n'a pas à justifier son choix de recourir à des tranches optionnelles, son usage étant libre. Les prestations incluses dans la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent. Pour la ou les tranches optionnelles, le principe est le même sachant que la cohérence s'apprécie alors en fonction de la ou des tranches précédentes. En effet, **l'article R. 2113-5 du Code de la commande publique** dispose que « *Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche optionnelle compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures* ».

Le fait d'obliger les acheteurs à composer des prestations homogènes garantit que les prestations se valent à elles seules. Elles seront donc utiles dans l'hypothèse où les tranches futures ne seraient pas réalisées et ou si le projet restait en l'état.

Les tranches optionnelles ne sont pas des lots. Un marché à tranches optionnelles ne peut pas comporter une tranche ferme « lot 1 » et une tranche optionnelle « lot 2 ». **Chaque lot est considéré comme un marché à part entière alors que les tranches font partie d'un seul et unique marché**. Un marché à tranches optionnelles peut être alloti, il comportera alors plusieurs lots, eux-mêmes divisés en tranches, fermes et optionnelles.

Le marché à tranches optionnelles fixe l'ensemble de ses conditions d'exécution. Il doit notamment déterminer :

- d'une part, la date limite (ou le délai) d'affermissement de chaque tranche ;
- d'autre part, le délai de réalisation des prestations à l'intérieur de chaque tranche.

L'exécution de chaque tranche optionnelle est subordonnée à la décision de l'acheteur de l'affermir, notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché.

Le marché peut porter sur des travaux, des fournitures ou des services. Les marchés de travaux demeurent néanmoins un secteur privilégié de passation des marchés à tranches.

Par exemple, lorsque le pouvoir adjudicateur envisage de réaliser des prestations ou travaux qu'il n'est pas sûr d'effectuer au moment de la notification, il peut recourir aux marchés à tranches optionnelles.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur détermine la base du besoin, dénommée « tranche ferme », à laquelle peuvent s'ajouter une ou plusieurs tranches optionnelles. Les tranches optionnelles traduisent les différentes hypothèses de poursuite de prestations (préalablement définies dans le cahier des charges). Le caractère de son besoin étant évolutif, le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité d'affermir ces tranches. Toutefois, au moment du lancement de la consultation, il doit en indiquer de manière claire et explicite la consistance, le prix, les modalités de détermination et les modalités d'exécution (cahier des charges). Lorsqu'une tranche optionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire peut bénéficier,

si le marché public le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit.

Les accords-cadres peuvent être fractionnés sous forme d'une tranche ferme et d'une ou plusieurs tranches optionnelles. De même, les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent être des marchés à tranches. Les dispositions relatives aux accords-cadres (**articles R. 2162-1 à R. 2162-14 du Code de la commande publique**) et aux marchés à tranches optionnelles (**articles R. 2113-4 à R. 2113-6 du même Code**) doivent alors être respectées.

En principe, l'accord-cadre à tranches optionnelles ne peut être attribué qu'à un seul titulaire. En effet, **l'article R. 2113-6 du Code de la commande publique** indique que : « L'exécution de chaque tranche optionnelle est subordonnée à la décision de l'acheteur de l'affermir, notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché ». Le titulaire est le même pour la tranche ferme et les tranches optionnelles et est engagé sur l'ensemble des tranches.

L'accord-cadre peut, en application de **l'article R. 2162-4 du Code de la commande publique**, être conclu sans montant minimum. Toutefois, dans le cas d'un accord-cadre à tranches optionnelles, la tranche ferme sera considérée comme un minimum sur lequel l'acheteur est engagé.

A noter qu'il est indispensable de ne pas confondre les variantes obligatoires ou facultatives et tranches optionnelles. En effet, si les tranches optionnelles sont des prestations que le pouvoir adjudicateur peut affermir pendant la durée de validité du marché, les variantes sont des prestations susceptibles de se substituer à la solution de base décrite dans les documents de la consultation.

3.3.3. VARIANTES, PRESTATIONS SUPPLEMENTAIRES EVENTUELLES ET « OPTIONS »

3.3.3.1. LES VARIANTES

Traditionnellement, une variante est une modification à l'initiative des candidats de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation[10].

Elle permet aux candidats de proposer à l'acheteur une solution ou des moyens pour effectuer les prestations du marché, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ou plus généralement dans les documents de la consultation. Il peut, par exemple, s'agir d'une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur, innovante le cas échéant, ou de moyens inconnus du pouvoir adjudicateur qui permettent au candidat de remettre une offre moins chère ou techniquement supérieure. Ainsi, les modalités de réalisation des projets complexes ne sont pas figées dès le stade de la consultation. La variante peut aussi consister en un aménagement des conditions financières du marché. Une variante suppose toujours une modification de l'offre de base, notamment des spécifications techniques prévues dans l'offre de base.

Le recours aux variantes peut être intéressant dans des domaines techniques ou à évolution rapide. Il permet en effet aux candidats de porter à la connaissance de l'acheteur soit une solution innovante, soit des moyens inconnus. Les entreprises peuvent ainsi proposer des techniques innovantes ou plus performantes et ainsi

[10] CE, 5 janvier 2011, n°343206

valoriser leur savoir-faire et développer leurs recherches. L'acheteur se donne en contrepartie la chance de découvrir des solutions innovantes tout en répondant parfaitement à ses besoins.

Les variantes sont autorisées par principe dans le cadre d'une procédure adaptée (article R. 2151-8 du Code de la commande publique). Les variantes ne sont interdites que s'il en est fait expressément mention dans les documents de la consultation.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt (article R. 2151-8 du Code de la commande publique).

L'acheteur public peut indiquer le nombre de variantes qu'il souhaite lui voir être proposées et par là même limiter ce nombre. Si l'acheteur public a limité le nombre de variantes autorisées, il ne peut plus en accepter plus, sous peine d'entraîner la nullité de la procédure de passation du contrat.

En outre, les acheteurs peuvent également exiger des candidats qu'ils présentent des variantes (article R. 2151-9 du Code de la commande publique). Cette faculté est ouverte pour toutes les procédures, qu'elles soient formalisées ou adaptées. Dans ce cas il s'agit d'une variante obligatoire ou « variante imposée ». Rien n'interdit à l'acheteur de définir précisément la variante attendue.

Si l'acheteur souhaite imposer une variante, il doit l'indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt. A défaut, il doit le faire figurer dans les documents de la consultation.

Si l'acheteur autorise expressément la présentation de variantes en procédure formalisée ou s'il impose une variante en procédure formalisée ou en procédure adaptée, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation (**article R. 2151-11 du Code de la commande publique**). Cette obligation ne s'impose pas si la variante est implicitement autorisée.

Le Code de la commande publique ne l'interdisant pas, il est possible de présenter des variantes sans offre de base. Il appartient donc à l'acheteur public de déterminer s'il souhaite qu'une offre de base soit produite en complément de la variante ou s'il laisse les soumissionnaires libres de ne présenter qu'une ou plusieurs variantes. Les candidats doivent se soumettre à cette décision.

Une variante ne doit pas avoir pour effet de modifier substantiellement les spécifications décrivant l'objet du marché ainsi que les conditions initiales de mise en concurrence.

Les offres de base et les variantes sont jugées sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, définis dans les documents de la consultation.

Qu'elle soit imposée ou simplement autorisée, la variante se caractérise par deux éléments :

- si elle est retenue, la variante se substitue à la solution de base décrite dans les documents de la consultation, dans ses éléments qui en diffèrent ;

- le choix de retenir une variante ne découle que de l'application des critères d'attribution qui permettent de considérer qu'elle est économiquement la plus avantageuse parmi l'ensemble des offres de base et des variantes présentées.

3.3.3.2. LES PRESTATIONS SUPPLEMENTAIRES EVENTUELLES

L'acheteur peut demander aux soumissionnaires de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat. Ces prestations doivent être en rapport direct avec l'objet du marché et le cahier des charges doit définir leurs spécifications techniques avec précision.

Bien que le Code de la commande publique n'évoque pas le cas des prestations supplémentaires éventuelles, l'acheteur conserve la possibilité d'en prévoir.

Les prestations supplémentaires éventuelles ne constituent pas des variantes. En effet, le choix entre les offres de bases et les variantes suppose l'application des critères d'attribution. Le choix de retenir une ou plusieurs prestations supplémentaires éventuelles, au contraire, ne dépend pas de l'application des critères d'attribution.

Dans tous les cas, l'EPA veillera à limiter les prestations supplémentaires qu'il définit.

L'acheteur est libre de choisir si les soumissionnaires ont l'obligation de répondre aux prestations supplémentaires éventuelles dans leur offre ou une simple faculté d'y répondre. Il indiquera son choix dans les documents de la consultation.

Ainsi, les prestations supplémentaires éventuelles se distinguent des variantes dans la mesure où :

- dans toutes les hypothèses, leur définition appartient au seul acheteur qui doit faire figurer dans les documents de la consultation les spécifications techniques précises qui les régissent ;
- si elle est retenue, la prestation supplémentaire éventuelle ne se substitue pas à la solution de base décrite dans les documents de la consultation mais vient s'ajouter à ce qu'il sera possible d'exécuter dans le cadre du marché public ;
- le choix de retenir une prestation supplémentaire éventuelle ne découle pas de l'application des critères d'attribution.

3.3.3.3. LES OPTIONS AU SENS DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

Les options correspondent à une notion du droit de l'Union européenne qui figure dans les modèles d'avis d'appel à la concurrence. Elles constituent des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence, aux prestations commandées de manière ferme dans le cadre du marché public et qui doivent être prévues dans le contrat initial.

Il peut s'agir :

- de marchés publics de travaux ou de services similaires ;
- de tranches optionnelles ;
- de la reconduction du marché ;
- de certaines formes de clauses de réexamen.

Les variantes et les prestations supplémentaires éventuelles ne sont pas des options.

Ces options, que l'acheteur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils.

3.3.4. PRIX

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités (**article R. 2112-6 du Code de la commande publique**).

- **Prix unitaires** : prix appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées (le montant définitif du marché ou de l'accord-cadre ne peut être déterminé qu'à la fin de celui-ci, une fois calculées les quantités réellement exécutées) ;
- **Prix forfaitaires** : prix appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

En fonction de l'objet du marché et de la nature des prestations à effectuer, il peut s'avérer nécessaire de combiner les deux formes de prix, au sein d'un même marché. On parle alors de « prix mixte »[11]. Cette combinaison est fréquente, chaque fois que l'on peut décomposer le contenu du marché entre une prestation permanente et des prestations ponctuelles (services itératifs).

Par exemple, dans un marché d'entretien d'équipements techniques, la maintenance préventive est forfaitaire et la maintenance corrective (prestations de dépannage) est traitée sur devis, sur la base de prix unitaires.

Dans cette hypothèse, le marché devra préciser et individualiser clairement les prestations relevant respectivement du prix forfaitaire et du prix unitaire, afin d'éviter tout litige ultérieur.

Le marché peut comporter soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires, soit les deux à la fois. L'acheteur choisit la forme et le contenu des prix. Ce principe peut toutefois comporter certaines exceptions comme par exemple les marchés de maîtrise d'œuvre, aux sens des dispositions du Code de la commande publique relatives à la maîtrise d'ouvrage et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, qui prévoit nécessairement une rémunération forfaitaire du titulaire (**article L. 2432-1 du Code de la commande publique**).

La forme de prix ne conditionne pas le choix de la technique d'achat ainsi un accord-cadre à bons de commande peut parfaitement comporter des prix forfaitaires (même si le plus souvent les accords-cadres à bons de commande sont à prix unitaires) et un marché ordinaire peut comporter aussi bien des prix unitaires (dans ce cas le montant définitif du marché sera connu à la fin de celui-ci) que forfaitaires ou mixtes.

Il existe plusieurs documents financiers permettant aux soumissionnaires de présenter leur offre en fonction du type de prix et de prestations objet du marché ou de l'accord-cadre :

- **Bordereau des prix unitaires (BPU)** : principalement utilisé dans les accords-cadres à bons de commande, il liste les prix unitaires relatifs à chaque produit ou élément d'ouvrage prévu pour satisfaire les besoins exprimés dans le cahier des charges ;
- **Détail quantitatif et estimatif (DQE)** : principalement utilisé dans les accords-cadres à bons de commande, il est destiné à permettre la comparaison des prix et n'a pas valeur

[11] CE, 29 octobre 2010, « *SMAROV* », n°340212

contractuelle (ce document est utile dans le cadre de l'analyse des offres). Il effectue la somme des produits des quantités estimées par les prix unitaires. ;

- **Décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF)** : elle permet de décomposer le montant global du marché, indiqué dans l'acte d'engagement, en prix forfaitaires par typologie de prestation fournie.

Les pièces financières contractuelles doivent être indiquées en tant que telles dans le cahier des clauses administratives particulières.

A l'exception notamment des marchés de maîtrise d'œuvre, le principe est qu'un marché est conclu à prix définitif. Ce prix définitif peut être ferme ou révisable.

Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Un marché est conclu à prix ferme, lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations (**article R. 2112-9 du Code de la commande publique**). Il pourra être actualisé.

Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques. Un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.

3.3.5. TECHNIQUE D'ACHAT

Les techniques d'achat sont listées à **l'article L. 2125-1 du Code de la commande publique**. Elles permettent la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre au besoin de l'acheteur ou permettre la présentation d'offres ou leur sélection selon des modalités particulières.

Les techniques d'achat pouvant être utilisées par un pouvoir adjudicateur sont les suivantes : l'accord-cadre, le concours, le système d'acquisition dynamique, le catalogue électronique et les enchères électroniques.

Seules les techniques d'achat les plus utilisées par l'EPA sont mentionnées et détaillées ici.

3.3.5.1. LES ACCORDS-CADRES

Pour rappel, au titre de **l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique**, un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au Code de la commande publique avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

« Alors que sous l'empire de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et de son décret d'application n°2016-360 du 25 mars 2016, les accords-cadres étaient une sous-catégorie particulière de marché public, recouvrant aussi bien ceux qui s'exécutent par l'émission de bons de commande que ceux donnant lieu à la conclusion de marchés subséquents, le Code de la commande publique ramène les

accords-cadres au rang de technique d'achat au même titre que le concours ou le système d'acquisition dynamique »[12].

Un accord-cadre est un contrat, il s'agit d'un marché (les autres techniques d'achat ne sont pas des marchés).

Le 1° de l'article L. 2125-1 du Code de la commande publique définit la notion d'accord-cadre comme un contrat « qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée ». La philosophie de l'accord-cadre repose sur la possibilité d'ajuster la réponse aux besoins, à mesure de l'apparition de ceux-ci. L'accord-cadre permet à l'acheteur public de bénéficier d'une grande réactivité des prestataires au moment de l'apparition des besoins, alors que les procédures de droit commun supposent, dans de nombreux cas, une publicité préalable avec des délais de procédure plus longs.

Ainsi, au titre de l'article L. 2125-1 1° du Code de la commande publique, il existe deux typologies d'accords-cadres :

- L'accord-cadre attribué à plusieurs opérateurs avec mise en concurrence des attributaires pour la passation des marchés subséquents (« **accord-cadre multi-attributaires** ») ;
- L'accord-cadre attribué à un seul opérateur (« **accord-cadre mono-attributaire** »).

Ce choix relève de la libre appréciation de l'acheteur.

Les articles R. 2162-2 et R. 2162-4 précisent que **l'accord-cadre s'exécute par la conclusion de marchés subséquents lorsqu'il ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles et par émission de bons de commande lorsqu'il fixe toutes ces stipulations contractuelles** (objet et prix des prestations à exécuter sont entièrement déterminés), les deux modalités pouvant être combinées au sein d'un même accord-cadre à condition que les prestations relevant de ces deux modalités respectives soient bien identifiées.

Les modalités d'exécution d'un accord-cadre peuvent donc être de trois sortes :

- soit, l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles : il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées aux **articles R. 2162-13 et R. 2162-14 du Code de la commande publique** ;
- soit, l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles : il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées **aux articles R. 2162-7 à R. 2162-12 du Code de la commande publique** ;
- soit, l'accord-cadre est exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre (**article R. 2162-3 du Code de la commande publique**).

Les accords-cadres peuvent être conclus :

- soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;

[12] Fiche de la DAJ sur « *Les accords-cadres* » mise à jour le 1er avril 2019

- soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité.

A noter que depuis l'arrêt « Simonsen & Weel » du 17 juin 2021, ° C-23/20, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) exige désormais la détermination par le pouvoir adjudicateur de la quantité et/ou la valeur estimée dans un accord-cadre. L'avis de marché – et / ou le cahier des charges – doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets. Il n'est ainsi plus possible de conclure des accords-cadres sans montant maximum.

Un accord-cadre s'exécutant par l'émission de bons de commande n'exige pas obligatoirement que les prix des prestations susceptibles d'être commandées en exécution du marché soient des prix unitaires. En aucun cas la forme de prix ne détermine l'utilisation d'un accord-cadre à marchés subséquents ou d'un accord-cadre à bons de commande. Un accord-cadre à bons de commande peut comporter une part de prestations programmables conclues à prix unitaire et une part de prestations prévisibles conclues à prix forfaitaire.

Dans tous les cas, les accords-cadres doivent définir les modalités d'attribution des marchés subséquents et d'émission des bons de commande. En outre, l'accord-cadre est un contrat comportant des obligations et des engagements pour chacune des parties, y compris s'il est exécuté par l'émission de marchés subséquents. L'accord-cadre ne saurait en aucun cas se contenter de définir sommairement les besoins, permettant ensuite à l'acheteur d'être complètement libre dans la fixation de ses exigences.

Les marchés subséquents et les bons de commande ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. L'acheteur ne peut fixer une durée telle que l'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique.

L'article L. 2125-1 du Code de la commande publique prévoit que la durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans. Toutefois, il prévoit que, dans des cas exceptionnels justifiés, un accord-cadre peut être passé pour une durée supérieure, notamment en raison de son objet ou du fait que son exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. L'acheteur doit toujours pouvoir justifier de se trouver dans l'une de ces hypothèses lorsqu'il prévoit une durée de validité supérieure à quatre ans.

<u>L'accord-cadre à bons de commande</u> : Il permet de satisfaire un besoin précisément défini mais non parfaitement programmable en termes de quantités exactes à réaliser et de rythmes d'exécution des commandes. L'acheteur doit faire figurer dans les pièces de son marché l'ensemble des stipulations contractuelles portant tant sur les modalités de passation que d'exécution, à l'instar d'un marché ordinaire. Les bons de commande ont pour fonction de déterminer les prestations de l'accord-cadre dont l'exécution est demandée ainsi que leurs quantités. Ils ne sauraient avoir pour objet ou pour effet de modifier le contenu de l'accord-cadre. La réglementation n'impose pas de formalisme

particulier pour l'émission des bons de commande, qui doivent cependant être des documents écrits.

L'attribution des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence, même si l'accord-cadre a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques. Dans le cadre d'un accord-cadre à bons de commande multi-attributaires, l'acheteur détermine librement les modalités de répartition des commandes au regard des caractéristiques de l'accord-cadre. Celles-ci sont réparties entre les titulaires, selon les modalités fixées par l'accord-cadre, qui doivent toujours être objectives, transparentes et non discriminatoires. A cet égard et afin de donner aux opérateurs économiques une visibilité suffisante, l'acheteur doit informer clairement les candidats, dès le lancement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, des règles d'attribution des bons de commande.

L'accord-cadre à marchés subséquents : Il ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, certains termes des marchés subséquents peuvent n'être fixés qu'au moment de la conclusion de ces marchés. Toutefois il ne doit pas être pour autant une coquille vide n'engageant aucune des parties. L'accord-cadre doit donc comporter un certain nombre d'informations sur les engagements des parties et les conditions de passation des marchés subséquents. Les marchés subséquents précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent entraîner des modifications substantielles des termes de l'accord-cadre. Lorsque l'accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, les critères de sélection des offres pour attribuer les marchés subséquents sont définis dans l'accord-cadre lui-même.

Les marchés subséquents peuvent prendre la forme d'un accord-cadre fixant toutes les conditions d'exécution des prestations et exécuté au moyen de bons de commande.

A noter que conformément à l'article R. 2162-3 du Code de la commande publique les accords-cadres peuvent s'exécuter à la fois par la conclusion de marchés subséquents et par l'émission de bons de commande.

3.3.5.2. LES ACCORDS-CADRES COMPOSITES

Il est toujours possible de conclure un accord-cadre « composite » correspondant pour partie à un accord-cadre et pour partie à un marché ordinaire, à condition :

- que les deux types de prestations soient clairement identifiées ;
- que la partie correspondant à un accord-cadre obéisse aux règles propres aux accords-cadres et que la partie « marché » respecte celles relatives au marché ;
- que la conclusion d'un marché public non alloti soit autorisée par les dispositions relatives à l'allotissement.

3.3.5.3. LE CONCOURS

Depuis le 1er avril 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, le concours ne constitue plus une procédure de passation à part entière. Il n'a pas pour objet d'attribuer le marché mais de sélectionner un ou plusieurs candidats (le ou les lauréats du concours) avec lesquels le maître d'ouvrage pourra négocier et conclure le marché. En distinguant le concours des procédures formalisées, le nouveau régime des marchés publics se met en cohérence avec les Directives européennes.

Le Code de la commande publique identifie à son **article L. 2125-1** le concours en tant que « technique d'achat » grâce à laquelle l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet.

Les acheteurs soumis au livre IV du Code de la commande publique, doivent en principe organiser un concours restreint avant le conclure un marché de maîtrise d'œuvre dont le montant estimé du besoin est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée (**article R. 2172-2 du Code de la commande publique**).

Aucun autre processus de sélection ou aucune autre procédure de passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, que ce soit une procédure adaptée en dessous des seuils ou une procédure formalisée au-dessus, ne saurait comporter la production d'une esquisse, sous peine de requalification du processus en concours.

L'organisation d'un concours permet à l'acheteur de passer un marché de services sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le lauréat ou l'un des lauréats du concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations.

3.4. CALCULER LA VALEUR ESTIMEE DU BESOIN

Une fois le besoin défini, l'acheteur doit procéder au calcul de sa valeur estimée afin notamment de pouvoir identifier la procédure de publicité et de mise en concurrence à mettre en œuvre pour son marché public. Le franchissement d'un seuil entraîne, en principe, l'application de règles spécifiques.

Le montant estimé du besoin est déterminé **conformément aux articles R. 2121-1 à R. 2121-9 du Code de la commande publique**. L'acheteur ne peut se soustraire à l'application de ces textes en scindant de manière artificielle ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres.

Aux termes des dispositions de **l'article R. 2121-1 du Code de la commande publique**, « *L'acheteur procède au calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés. Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires* ». La valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur lance la consultation.

Pour calculer la valeur du besoin, il faudra prendre en compte la valeur estimée globale du besoin au niveau de l'acheteur et ce même si l'acte d'achat est effectué via plusieurs marchés distincts. Ainsi, la valeur estimée du besoin se distingue de la valeur estimée du contrat : l'acheteur peut répondre à l'un de ses besoins en recourant à plusieurs contrats distincts (le besoin sera toutefois bien le même).

En principe la valeur estimée du besoin est évaluée au niveau de l'acheteur y compris s'il est composé d'unités opérationnelles distinctes. Toutefois, il est possible d'estimer la valeur d'un marché au niveau d'une unité opérationnelle lorsque celle-ci est responsable de manière autonome de ses marchés publics ou de certaines catégories de ses marchés publics.

En effet, **l'article R. 2121-2 du Code de la commande publique** dispose que « *Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte. Toutefois, lorsqu'une unité*

opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question ».

Pour évaluer la valeur estimée d'un marché public de travaux, doit être prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération qui peut porter sur plusieurs ouvrages, à laquelle on ajoute la valeur estimée des fournitures et des services nécessaires à leur réalisation que l'acheteur met à la disposition des titulaires (par exemple, une consommation d'électricité, un stock de briques).

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.

Constitue ainsi une opération de travaux unique l'ensemble des marchés publics de travaux conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet ainsi que des marchés publics conclus simultanément pour la réalisation de trottoirs en divers endroits d'une même commune ou des travaux d'étanchéité de peinture effectués par un même acheteur pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées.

En matière de marchés publics de services et de fournitures, pour déterminer la valeur estimée de son besoin, l'acheteur doit prendre en compte la valeur totale des fournitures ou services susceptibles d'être regardés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. En tout état de cause, le choix entre ces deux formules ne doit en aucun cas être effectué pour permettre de soustraire les marchés publics aux règles de procédures fixées par le droit des marchés publics.

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à un 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.

Pour apprécier ce caractère homogène, l'EPA peut se servir de la nomenclature achat interne, sans pour autant être lié par cette nomenclature (l'appréciation est effectuée au cas par cas). L'EPA peut également utiliser les catégories figurant dans le vocabulaire commun pour les marchés publics (dits code CPV) ou la nomenclature de fournitures et de prestations de services homogènes annexée à l'arrêté du 13 décembre 2001 (cette nomenclature n'est plus en vigueur mais il est toujours possible d'y faire référence).

Lorsqu'il s'agit pour l'acheteur d'acquérir des services ou des fournitures répondant à des besoins ponctuels, il doit procéder à l'estimation de la totalité des prestations concernées sur toute la durée du marché public.

En revanche, lorsqu'il s'agit de répondre à des besoins récurrents, **l'article R. 2121-7 du Code de la commande publique** prévoit deux méthodes de calcul de la valeur estimée du besoin. Ainsi, l'acheteur peut tout d'abord se référer au montant hors taxe des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou en fin d'exercice budgétaire, tout en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché public ou encore à la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.

Le caractère ponctuel ou récurrent du besoin dépend nécessairement de l'acheteur et des caractéristiques de son activité. Cette appréciation est effectuée au cas par cas, toutefois le plus souvent les achats de services ou fournitures qui se rattachent au fonctionnement quotidien de

l'établissement revêtent un caractère récurrent et les achats se rattachant à l'activité opérationnelle de l'établissement revêtent un caractère ponctuel (le plus souvent les achats considérés comme homogènes interviennent à une seule étape de la réalisation d'une opération d'aménagement). Un besoin est considéré comme récurrent s'il est permanent ou quasi-permanent et donc si l'établissement doit disposer d'un prestataire en la matière de manière continue ou quasi-continue (lorsqu'un marché expire il convient de sélectionner rapidement un nouveau prestataire pour éviter une interruption des prestations). Ce besoin n'est pas lié à un évènement particulier.

Par exemple, les achats suivants sont récurrents : assistance et maintenance informatique, externalisation de la paie, conseil juridique, relations presse, assistance au recrutement, fournitures de bureaux, assurances.

En revanche, les achats suivants ne sont pas récurrents : réalisation d'une étude d'impact, d'une étude de circulation, commande de prestations de maîtrise d'œuvre urbaine, assistance à la concertation, contrôle technique.

La nomenclature achat interne indique les services ou fournitures présumés homogènes, elle précise également si ces achats sont récurrents ou non. Il ne s'agit toutefois que d'indications et la décision finale doit être prise après une analyse concrète. En outre, eu égard à l'évolution de l'activité de l'EPA, certains achats estimés aujourd'hui comme ponctuels peuvent devenir récurrents par la suite ou inversement.

Lorsqu'il s'agit de satisfaire un besoin concourant à la réalisation d'un même projet, l'acheteur peut prendre en compte, comme référence, la notion d'unité fonctionnelle. Cette notion, qui doit s'apprécier au cas par cas et 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 la réalisation du projet et faisant partie d'un ensemble cohérent est à prendre en compte de manière globale.

S'agissant des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamique, le calcul de la valeur estimée du besoin s'effectue par référence à la valeur maximale estimée de la totalité des marchés subséquents ou spécifiques à passer ou des bons de commande à émettre au cours de la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

La survenance de besoins nouveaux, alors même que les besoins ont été évalués de manière sincère et raisonnable, peut donner lieu, lorsqu'une modification du marché public en cours d'exécution n'est juridiquement pas envisageable, à la conclusion d'un nouveau marché public. La procédure de passation de ce nouveau marché sera à déterminer en application des règles précitées.

4. CHOIX DE LA PROCEDURE

4.1. PROCEDURE APPLICABLE EN FONCTION DU MONTANT DE L'ACHAT

Un marché peut être passé :

- **sans publicité ni mise en concurrence préalable** ;
- selon une **procédure adaptée** ;
- selon une **procédure formalisée**, qui sont l'appel d'offres, le dialogue compétitif et la procédure avec négociation.

Le choix des procédures, déterminé en fonction de la définition des besoins, devra être validé par le Directeur général (ou toute personne bénéficiant de délégation de signature).

La procédure de publicité et de mise en concurrence applicable va dépendre à la fois de l'estimation de la valeur du besoin et du dépassement, ou non, de certains seuils mais aussi de l'objet du marché ainsi que des circonstances de sa conclusion.

4.1.1. SEUILS GENERAUX DE PROCEDURE

Après avoir défini les besoins et la bonne computation des seuils, le montant de l'achat est comparé aux seuils de procédure formalisée prévus à l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au Journal Officiel de la République Française n°0286 du 9 décembre 2021, texte n°147. Ce montant permet de déterminer la procédure à appliquer, en principe, pour la passation du marché.

La procédure de publicité et de mise en concurrence applicable peut dépendre de seuils mais aussi de l'objet spécifique du marché. Ici sont présentés les principaux seuils de procédure et de publicité applicables à l'EPA. Toutefois, certains marchés pourront être passés selon une autre procédure que celle applicable en principe et ce en raison de leurs objets spécifiques ou du contexte. Ces marchés seront présentés ultérieurement. Ici nous présentons uniquement les seuils déclenchant, en principe, l'application de formalités de publicité et de mise en concurrence. L'hypothèse de « petits-lots » ou « mini-lots » sera également mentionnée ultérieurement.

Il est également important de préciser que l'EPA Ecovallée-Plaine du Var est un établissement public industriel et commercial de l'Etat et donc en tant que tel il n'est pas une « autorité publique centrale » au sens de l'avis du 9 décembre 2021 relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique mais un « autre pouvoir adjudicateur ». En effet, les autorités publiques centrales sont : l'Etat, à l'exception des établissements du service de santé des armées**, les établissements publics de l'Etat <u>autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial</u>**, à l'exception des établissements publics de santé, les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité juridique, la caisse des dépôts et consignations, l'ordre national de la Légion d'honneur, l'union des groupements d'achats publics, la fondation Carnegie, la fondation Singer-Polignac.

- <u>Si la valeur estimée du besoin est inférieure à 40 000 euros HT</u>, les acheteurs sont **dispensés de publicité et de mise en concurrence**. Il s'agit à la fois d'un seuil de procédure et d'un seuil de publicité (**article R. 2122-8 du Code de la commande publique**). En outre,

en dessous du seuil de 25 000 euros HT, les marchés publics ne doivent pas obligatoirement prendre une forme écrite.

Précision importante : même en dessous de 40 000 euros, les achats sont des marchés publics et sont donc soumis aux principes fondamentaux de la commande publique (et ce dès le 1er euro dépensé).

A noter que ce seuil a été modifié par le décret n°2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du Code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances, lequel a relevé ledit seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence de 25 000 à 40 000 euros HT et ce à compter du 1er janvier 2020.

Concernant l'ancien seuil de 25 000 euros HT, le Conseil d'Etat a jugé « *que cette faculté ouverte aux acheteurs se justifie par la nécessité d'éviter que ne leur soit imposé, pour des marchés publics d'un montant peu élevé, le recours à des procédures dont la mise en œuvre ne serait pas indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qui pourraient même, en certains cas, dissuader les opérateurs économiques de présenter leur candidature ; que la définition d'un seuil portant sur la valeur estimée du besoin constitue un critère objectif de nature à renforcer la sécurité juridique de la passation du marché pour l'acheteur et le candidat* ». Même en dessous de ce seuil subsiste l'obligation faite à l'acheteur de choisir une offre pertinente, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur (CE, 17 mars 2017, « Ordre des avocats de Paris et autres », n°403768 et 403817).

** En application du décret n°2022-1683 du 28 décembre 2022, jusqu'au 31 décembre 2024 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros HT. Ces dispositions sont applicables aux lots qui portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 100 000 euros HT, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.*

Ainsi, s'agissant des marchés visés par ledit décret n°2022-1683 et conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus, le seuil de 40 000 euros HT mentionné dans l'ensemble des articles du présent Guide est remplacé par 100 000 euros HT. L'EPA doit toutefois veiller particulièrement 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.

S'agissant des achats dits innovants le seuil de dispense de publicité et mise en concurrence est de 100 000 € HT. En effet, le décret n° 2021-1634 du 13 décembre 2021 a intégré **l'article R. 2122-9-1 au Code de la commande publique** qui précise que « *L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes.*
Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur veille 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 ».

Aux termes de **l'article L. 2172-3 du Code de la commande publique**, « *sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* ».

- Pour les marchés de fournitures ou de services[13], lorsque la valeur estimée du besoin :
  - est supérieure ou égale à 40 000 euros HT et inférieure à 215 000 euros HT, l'EPA peut recourir à une **procédure adaptée (article R. 2123-1 du Code de la commande publique)** :
    - ✓ la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros HT, la publication est facultative, l'établissement préconise a minima une consultation de 3 opérateurs économiques (« 3 devis »).
    - ✓ la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à 90 000 euros HT, l'acheteur publie un avis de marché sur son profil acheteur et soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

    L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché (**article R. 2131-12 du Code de la commande publique**).

    Le seuil de 90 000 euros HT est un seuil de publicité et non un seuil de procédure. Aux termes des dispositions de **l'article R. 2131-12 du Code de la commande publique**, ce seuil s'applique à l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. Il n'est donc en principe pas applicable à l'EPA toutefois ce dernier décide de s'y soumettre volontairement.

  - est supérieure ou égale à 215 000 euros HT, l'acheteur doit recourir à une **procédure formalisée**. L'acheteur publie un avis de marché sur son profil acheteur, dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne (**article R. 2131-16 du Code de la commande publique**). De la même manière l'EPA se soumet volontairement à la procédure de publicité la plus contraignante applicable à l'Etat.
- Pour les marchés de travaux[14], lorsque la valeur estimée du besoin :

[13] Sauf achats dits innovants
[14] Sauf achats dits innovants

- est supérieure ou égale à 40 000 euros HT [15]et inférieure à 5 382 000 euros HT, l'EPA peut recourir à une **procédure adaptée** :
  - ✓ la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros HT, de la même manière que pour les fournitures et services, la publication est facultative, l'établissement préconise a minima une consultation de 3 opérateurs économiques (« 3 devis »).
  - ✓ la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à 90 000 euros, l'acheteur publie un avis de marché sur son profil acheteur et soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

  L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché.

- est supérieure ou égale à 5 382 000 euros HT, l'acheteur doit recourir à une **procédure formalisée**. L'acheteur publie un avis de marché sur son profil acheteur, dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

- Pour les achats innovants, lorsque la valeur estimée du besoin :
  - est supérieure ou égale à 100 000 euros HT et inférieure au seuil de procédure formalisé (215 000 euros HT pour les fournitures et services et 5 382 000 euros HT pour les travaux), l'EPA peut recourir à une **procédure adaptée**. L'acheteur publie un avis de marché sur son profil acheteur et soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, services ou travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché
  - est supérieure ou égale au seuil de procédure formalisée (215 000 euros HT pour les fournitures et services et 5 382 000 euros HT pour les travaux), l'acheteur doit recourir à une **procédure formalisée**. L'acheteur publie un avis de marché sur son profil acheteur, dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

Les supports de publication utilisés par l'EPA Ecovallée-Plaine du Var sont :

- Profil acheteur de l'EPA : http://epa-plaineduvar.e-marchespublics.com
- Journal d'annonces légales
- Bulletin officiel des annonces des marchés publics
- Publicité pour les marchés à procédure formalisée : profil acheteur + Bulletin officiel des annonces des marchés publics + Journal officiel de l'Union européenne
- Divers autres supports de publicité peuvent être utilisés selon la spécificité de l'objet du marché

[15] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus

A noter que la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics s'impose à l'EPA depuis le 1er octobre 2018 et dans ce cadre là l'utilisation du profil acheteur est incontournable. Pour les marchés dont la valeur estimée est d'un montant supérieur ou égal à 40 000 euros HT et dont la procédure de passation donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, les documents de la consultation sont mis à disposition sur le profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence.

A noter que, le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et le Journal officiel de l'Union européenne sont obligatoires pour les marchés de fournitures et services de montant supérieur ou égal à 215 000 euros HT et les marchés de travaux de montant supérieur ou égal à 5 382 000 euros HT. Ils peuvent aussi être utilisés dès lors que l'acheteur estime que les publicités prévues sur internet et dans le journal d'annonces légales sont insuffisantes du fait de l'objet du marché.

Il est précisé que lorsque l'estimation du montant de l'achat est proche d'un des seuils « hauts » précités, il est préférable de s'inscrire dans la procédure du seuil supérieur.

Il est rappelé que les services acheteurs doivent utiliser le support de publicité adapté à leur consultation. Dès lors, même s'il est toujours possible d'utiliser une procédure sur invitation en deçà de certains seuils, chaque service doit s'interroger au cas par cas de la nécessité de mettre en place une procédure plus large de publicité et de mise en concurrence 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.

4.1.1.1. LES SEUILS DE PROCEDURE

Prix en HT	Sans obligation de publicité et mise en concurrence	Procédure adaptée (MAPA)	Procédure formalisée
Travaux	< 40 000 € HT[16]	< 5 382 000€ HT	≥ 5 382 000€ HT
Services		< 215 000 € HT	≥ 215 000 € HT
Fournitures		< 215 000 € HT	≥ 215 000 € HT

4.1.1.2. LES SEUILS DE PUBLICITE

Prix en HT	< 40 000 €[17]	≥ 40 000 €[18] < 90 000 €	≥ 90 000 € < 215 000 €	≥ 215 000 €	≥ 5 382 000€
Travaux	Pas de publicité obligatoire	Publication facultative Préconisation : *a minima* une consultation de 3 opérateurs économiques	JAL et/ou BOAMP + profil acheteur + éventuellement journal spécialisé		BOAMP + JOUE + profil acheteur
Services			JAL et/ou BOAMP + profil acheter + éventuellement journal spécialisé	BOAMP + JOUE + profil acheteur	
Fournitures					

* En rouge les procédures formalisées

[16] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants
[17] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants
[18] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants

4.1.1.3. TABLEAU GLOBAL

Prix en HT	< 40 000 €[20]	≥ 40 000 €[19] < 90 000 €	≥ 90 000 € < 215 000 €	≥ 215 000 €	≥ 5 382 000€
Travaux	Pas d'obligation de publicité ni de mise en concurrence	Publication facultative Préconisation : *a minima* une consultation de 3 opérateurs économiques	Procédure adaptée Publicité : JAL et/ou BOAMP + profil acheteur + éventuellement journal spécialisé	Procédure adaptée Publicité : JAL et/ou BOAMP + profil acheteur + éventuellement journal spécialisé	Procédure formalisée : appel d'offres, procédure négociée, dialogue compétitif Publicité : BOAMP + JOUE + profil acheteur
Services		Possibilité de s'inscrire dans le cadre d'une procédure adaptée par exemple en sollicitant 3 devis	Procédure adaptée Publicité : JAL et/ou BOAMP + profil acheteur + éventuellement journal spécialisé	Procédure formalisée : appel d'offres, procédure négociée, dialogue compétitif Publicité : BOAMP + JOUE + profil acheteur	
Fournitures					

[19] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants

[20] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants

4.1.2. « PETITS-LOTS » ET « MINI-LOTS »

Dans le cadre des marchés allotis, le principe, pour évaluer la valeur estimée du besoin, est d'additionner les montants estimatifs de chaque lot. Toutefois, dans un souci d'efficacité, l'acheteur dispose de la possibilité de déroger à cette règle et, sous certaines conditions, soit de recourir à une procédure adaptée soit de passer le marché sans publicité et mise en concurrence pour certains lots du marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et/ou aux seuils de procédure adaptée. Cette mesure permet d'associer les petites et moyennes entreprises à des opérations complexes, qui peuvent dépasser les capacités techniques et financières d'une seule entreprise.

Si le montant d'un lot est inférieur à 40 000 euros HT [21]alors ce lot pourra être passé sans publicité ni mise en concurrence si le montant cumulé des lots du marché alloti ne faisant pas l'objet de publicité et de mise en concurrence préalable n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots (**article R. 2122-8 du Code de la commande publique**). Il s'agit des « **mini-lots** ». Cette faculté de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros HT est une création du Code de la commande publique.

Bien sûr, la définition des besoins ne doit pas avoir pour objet ou pour effet d'échapper à des règles de mise en concurrence ou de publicité par un découpage artificiel des lots d'un marché et donc, de saucissonnage.

Ainsi, le nombre de « mini-lots » doit être limité et l'EPA s'oblige à motiver l'existence et le contour desdits « mini-lots ».

En outre, les acheteurs avaient d'ores et déjà, avant l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, la faculté de recourir à une procédure adaptée pour les « **petits-lots** ». Cette possibilité est reprise par le Code de la commande publique dont **l'article R. 2123-1** prévoit que l'acheteur pourra recourir à une procédure adaptée pour passer un « lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :

- 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 ; (…) ».

[21] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants

4.2. PROCEDURE APPLICABLE EN FONCTION DE L'OBJET DU MARCHE OU DES CIRCONSTANCES DE SA CONCLUSION

Certains achats peuvent être effectués via une procédure moins contraignante que celle qui leurs aurait été applicable selon les seuils en vigueur. La présente partie ne détaille pas l'ensemble des hypothèses permettant une procédure allégée ; seules sont développées les plus récurrentes pour l'EPA.

4.2.1. CONDITIONS DE RECOURS AUX MARCHES PASSES SANS PUBLICITE NI MISE EN CONCURRENCE PREALABLES

L'article L. 2122-1 du Code de la commande publique dispose que « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsqu'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* ». Les cas limitatifs dans lesquels peuvent être passés de tels marchés sont précisés **aux articles R. 2122-1 et suivants du Code de la commande publique**.

L'acheteur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence, qui doivent s'interpréter strictement, sont remplies.

Comme expliqué précédemment, certains marchés sont passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leurs montants, c'est le cas des achats de moins de 40 000 [22]euros HT ou encore des mini-lots. Toutefois, même au-dessus de ces seuils, des marchés peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leurs objets ou des circonstances dans lesquelles l'achat s'inscrit.

C'est le cas notamment des achats suivants (la liste n'est pas exhaustive) :

4.2.1.1. HYPOTHESE D'UNE URGENCE IMPERIEUSE

Aux termes des dispositions de **l'article R. 2122-1 du Code de la commande publique**, « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées* ».

« L'article R. 2122-1 du Code de la commande publique donne des exemples de marchés entrant dans cette catégorie. Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du Code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du Code de la construction et de l'habitation. Il en va de même pour les marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du Code rural et de la pêche maritime.

[22] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants

Les marchés ainsi conclus sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

En-dehors des exemples mentionnés expressément à l'article R. 2122-1 du Code de la commande publique, l'acheteur doit démontrer que deux conditions cumulatives sont remplies :

- il doit exister une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par les procédures formalisées ;
- l'urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour l'acheteur qui ne doit pas en être responsable. Elle ne peut ainsi résulter d'irrégularités ou de négligences commises lors de la passation d'un marché.

(…) Il doit exister un réel lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence. A mesure que la date des événements imprévisibles s'éloigne, la nécessité de réaliser les prestations présente de moins en moins le caractère d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles »[23].

4.2.1.2. HYPOTHESE D'UNE PROCEDURE INFRUCTUEUSE

« Les acheteurs peuvent avoir recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits par les documents de la consultation initiale, soit seules des candidatures irrecevables [24]ou des offres inappropriées [25]ont été présentées.

L'article R. 2122-2 du Code de la commande publique précise que cette possibilité n'est ouverte, que, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ».

L'infructuosité des procédures d'appel d'offres lancées par des pouvoirs adjudicateurs ainsi que celle des procédures de passation d'un marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou d'un marché relevant des 3° et 4° de l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique (marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques et marché de représentation en justice ou de conseil dans le cadre d'une procédure précontentieuse) peuvent donner lieu à la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence.

En revanche, l'infructuosité d'une procédure avec négociation ou d'un dialogue compétitif lancé par un pouvoir adjudicateur ne permet pas de recourir à un marché sans publicité ni mise en concurrence.

---

[23] Fiche de la DAJ sur « *Les marchés sans publicité ni mise en concurrence* » mise à jour le 1er avril 2019

[24] Aux termes des dispositions de l'article R. 2144-7 du Code de la commande publique : « *Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé* ».

[25] Aux termes des dispositions de l'article L. 2152-4 du Code de la commande publique : « *Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation* ».

Lorsque le marché public a pour objet de répondre à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable, l'acheteur doit transmettre à la Commission européenne, si elle en fait la demande, un rapport dans lequel il démontre que les conditions du recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables sont satisfaites.

La DAJ de Bercy recommande donc que ce rapport soit rédigé par principe lors de la conclusion du marché. Ce rapport peut être le rapport de présentation de la procédure prévu à **l'article R. 2184-1 du Code de la commande publique**.

4.2.1.3. HYPOTHESE D'UN MARCHE NE POUVANT ETRE CONFIE QU'A UN SEUL OPERATEUR ECONOMIQUE

En application des dispositions de **l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique**, « Un marché peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Les raisons financières ou économiques ne permettent pas de recourir à cette procédure dérogatoire »[26].

L'acheteur doit établir que deux conditions cumulatives sont remplies :

- la prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur : aucune solution de remplacement raisonnable ne doit exister et l'absence de concurrence ne doit pas résulter d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché ;
- la nécessité de recours à cet opérateur résulte soit de raisons artistiques, soit de raisons techniques, soit de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité.

Par exemple, il est possible de conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence pour l'achat de billets, dont le seul distributeur serait le club de football concerné[27].

4.2.1.4. HYPOTHESE DU MARCHE DE SERVICE PASSE AVEC LE OU L'UN DES LAUREATS D'UN CONCOURS

Aux termes des dispositions de **l'article R. 2122-6 du Code de la commande publique**, « *L'acheteur peut passer un marché de services sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le lauréat ou l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations* ».

4.2.1.5. HYPOTHESE DE PRESTATIONS SIMILAIRES

Aux termes des dispositions de **l'article R. 2122-7 du Code de la commande publique**, « *L'acheteur peut passer un marché de travaux ou de services sans publicité ni mise en concurrence préalables 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* ».

Cette possibilité n'est pas offerte pour les marchés de fournitures.

---

[26] Fiche de la DAJ sur « *Les marchés sans publicité ni mise en concurrence* » mise à jour le 1er avril 2019
[27] CE, 28 janvier 2013, « *Département du Rhône* », n°356670

Les prestations similaires doivent être entendues comme réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du premier marché. Les stipulations du premier marché ne doivent donc pas être substantiellement modifiées à l'occasion de la passation du marché de prestations similaires, ce qui entraînerait une modification des conditions initiales de mise en concurrence du premier marché. Il s'agit de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires à ceux qui ont été confiés au titulaire du premier marché, à condition que ces nouveaux travaux ou services soient conformes au projet de base ayant fait l'objet du contrat initial. Le marché de prestations similaires ne peut pas se rapporter à une opération de travaux différente de celle prévue par le premier marché. Si les modifications apportées au cahier des charges sont substantielles et entraînent une modification des conditions initiales de mise en concurrence, la réalisation des prestations devra alors être confiée à un prestataire sélectionné à l'issue d'une mise en concurrence.

Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services. Le montant du marché passé sans publicité ni mise en concurrence peut être différent de celui du premier marché, dès lors que le choix de ces éléments intervient lors de la préparation de la consultation initiale.

L'avis de publicité ou les autres documents de la consultation doit porter une telle mention. Si les formulaires européens sont obligatoires, la rubrique relative aux options de l'avis de publicité doit alors être remplie.

Pour apprécier le seuil de publicité et de procédure de passation du premier marché, l'acheteur doit considérer le montant total envisagé, incluant ainsi les prestations de services ou les travaux similaires qu'il envisage de confier au même prestataire. Pour une meilleure information des candidats potentiels, l'avis de marché peut décomposer le montant global des prestations en indiquant la part relative au premier marché et celle relative aux marchés de prestations similaires. La mention d'une telle information est toutefois facultative, et son absence ne rend pas irrégulière le recours à la procédure prévue à l'article R. 2122-7 du Code de la commande publique.

L'acheteur doit s'assurer, au moment de la passation du premier marché, que le titulaire a les capacités suffisantes pour effectuer les prestations du ou des marchés de prestations similaires. Il peut passer un marché de prestations similaires si toutes les conditions mentionnées ci-dessus sont respectées, alors même que le premier marché est toujours en cours d'exécution. Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du premier marché, et non pas de l'achèvement des prestations de celui-ci »[28].

4.2.2. CONDITIONS DE RECOURS A UNE PROCEDURE ADAPTEE

Aux termes des dispositions de l'article L. 2123-1 du Code de la commande publique, une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché. L'acheteur respectera les dispositions du Code de la commande

[28] Fiche de la DAJ sur « *Les marchés sans publicité ni mise en concurrence* » mise à jour le 1er avril 2019

publique applicables aux procédures adaptées ainsi que les principes de la commande publique de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

La procédure de passation choisie par l'acheteur doit être adaptée à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat ; c'est ce que signifie leur appellation de marchés à procédure adaptée (dénommés MAPA).

L'acheteur peut adapter les moyens mis en œuvre aux enjeux de son achat (adéquation entre les mesures de publicité et de mise en concurrence avec l'enjeu du marché).

A l'exception du cas des « petits-lots » d'ores et déjà évoqué, les marchés peuvent être passés en procédure adaptée, soit en raison de leur montant, soit en raison de leur objet (**article L. 2123-1 du Code de la commande publique**).

Peuvent être passés selon une procédure adaptée, les marchés dont la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils européens. Sachant que les marchés répondant à un besoin estimé à moins de 40 000 euros HT [29]peuvent être directement négociés avec un opérateur économique choisi par l'acheteur. Il est toujours possible de passer selon une procédure adaptée des marchés de moins de 40 000 euros HT24 et notamment de solliciter plusieurs devis.

Un accord-cadre peut parfaitement être passé selon une procédure adaptée si son montant maximum est inférieur aux seuils européens.

Il existe également des marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet. Aux termes des dispositions de **l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique**, c'est le cas des :

- marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques publié au Journal Officiel de la République Française n°0077 du 31 mars 2019, texte n°83, et ce quelle que soit la valeur estimée du besoin ;
- marchés ayant pour objet, quelle que soit la valeur estimée du besoin, un ou plusieurs des services juridiques suivants :
  - services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;
  - services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation d'une telle procédure ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.

Les services de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits et les consultations juridiques en vue de

[29] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et les achats innovants

la préparation d'une procédure contentieuse ou lorsque cette dernière est fort probable sont désormais exclus des règles de passation des marchés publics et peuvent donc parfaitement être négociés de gré à gré sans publicité ni mise en concurrence préalables (**article L. 2512-5 du Code de la commande publique**).

4.2.3. PROCEDURES FORMALISEES

Aux termes des dispositions de **l'article L. 2124-1 du Code de la commande publique**, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens et qu'il n'est pas possible de passer le marché sans publicité ni mise en concurrence préalable ou de recourir à une procédure adaptée, l'acheteur passe son marché selon une procédure formalisée.

Il existe 3 types de procédures formalisées :

- **L'appel d'offres ouvert** [30]**ou restreint**[31], qui est 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 (**article L. 2124-2 du Code de la commande publique**) ;
- **La procédure avec négociation** qui est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques (**article L. 2124-3 du Code de la commande publique**) ;
- **Le dialogue compétitif** qui est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ces besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre (article L. 2124-4 du Code de la commande publique).

L'article R. 2124-3 du Code de la commande publique liste les cas permettant à un pouvoir adjudicateur de passer ses marchés selon la procédure avec négociation. Il peut passer ses marchés selon la procédure de dialogue compétitif dans les mêmes hypothèses.

[30] L'appel d'offre est ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé peut soumissionner

[31] L'appel d'offre est restreint lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner

5. DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE PASSATION

5.1. PRESENTATION DES REGLES SPECIFIQUES APPLICABLES AUX DIFFERENTS TYPES DE PROCEDURES

Les règles encadrant la passation des marchés publics sont fixées au sein du Code de la commande publique.

L'EPA entend toutefois apporter certaines précisions et acter au sein du présent Guide les pratiques de l'établissement, les lignes directrices propres à l'établissement (règles qu'il s'impose à lui-même).

Ces règles particulières à l'EPA concernent essentiellement les marchés passés sans procédure de publicité ni de mise en concurrence préalables et les marchés en procédure adaptée car une marge de manœuvre importante est laissée à l'acheteur dans le cadre de ces procédures.

En ce qui concerne les procédures formalisées, il n'est pas nécessaire d'ajouter d'obligations supplémentaires à ce qui est déjà prévu par le droit en vigueur.

5.1.2. MARCHES PASSES SANS PUBLICITE NI MISE EN CONCURRENCE PREALABLES

Si les acheteurs qui recourent aux marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables ne sont pas soumis à l'ensemble des règles de procédure prévues par le Code de la commande publique, ils doivent néanmoins respecter les grands principes de la commande publique, rappelés à l'article L. 3 dudit Code, ainsi que des règles qui leur sont propres.

Précision très importante : En dehors du cas spécifique des marchés de services attribués à l'un des lauréats d'un concours en application de l'article R. 2122-6 du Code de la commande publique, **un seul opérateur économique doit être contacté dans le cadre des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable**.

Ainsi, la règle dite des trois devis constitue une procédure de conclusion de marché à procédure adaptée. Dès lors, elle suit le régime juridique applicable auxdits marchés, à commencer par l'obligation d'indiquer les critères d'attribution du marché de même que les conditions de leur mise en œuvre (pondération, éléments d'appréciation, etc.). A défaut, le marché sera censuré pour méconnaissance du principe de transparence[32].

Les développements au sein de la présente partie ne sont pas applicables à une demande de 3 devis laquelle constitue une procédure adaptée. A l'exception de l'hypothèse prévue à l'article R. 2122-6 du Code de la commande publique, si un marché est passé sans publicité ni mise en concurrence préalable, l'acheteur prend attache uniquement auprès d'un seul opérateur économique.

Toutefois, lorsque l'EPA aurait pu sélectionner un prestataire sans publicité ni mise en concurrence préalable, il peut toujours décider d'organiser une procédure adaptée et

[32] CAA Douai, 31 décembre 2012, « *Commune Hoymille* », n°11DA00590

notamment de solliciter 3 devis. Dans cette hypothèse il respectera les règles du Code de la commande publique applicables aux procédures adaptées.

Même si les marchés sans publicité ni mise en concurrence sont passés avec un seul opérateur économique, il est conseillé, afin d'obtenir de meilleures conditions dans la conclusion du marché, de négocier avec l'opérateur économique sélectionné.

Pour les achats dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT[33], il est mentionné à **l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique** que « L'acheteur veille 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 ».

Dans une fiche spécifique, la DAJ de Bercy précise que l'acheteur « veillera donc à choisir une offre financièrement raisonnable et cohérente avec la nature de la prestation. S'il possède une connaissance suffisante du secteur économique (par exemple : questions préalables à l'achat bien maîtrisées, connaissance des prix, du tissu économique, du degré de concurrence dans le secteur, etc.), il pourra effectuer son achat sans démarches préalables.

En revanche, si l'acheteur ne possède pas les connaissances utiles, il effectuera son achat comme le fait tout particulier avisé, après avoir procédé à des comparaisons (par exemple : consultation de comparateurs de prix sur internet, examen de catalogues ou prospection dans les magasins environnants ; comparaison des délais d'exécution ou des garanties proposées) ».

Pour les prestations les plus techniques, il pourra éventuellement solliciter des devis par courriel, fax ou courrier auprès de professionnels.

En dessous de 25 000 euros HT, aucun écrit n'est obligatoire. Toutefois les équipes de l'EPA sont encouragées à formaliser les achats d'un montant supérieur à 15 000 euros lorsque la contractualisation est nécessaire selon les enjeux de l'achat concerné notamment en matière de traitement de données à caractère personnel ou en raison de la nécessité de stipuler une cession de droit d'auteur.

Conformément à **l'article R. 2132-7 du Code de la commande publique**, les communications et les échanges d'informations lors de la passation d'un marché doivent, en principe, être effectués par voie électronique. Toutefois, aux termes de **l'article R. 2132-12 du Code de la commande publique**, lorsque le marché répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur n'est pas tenu d'utiliser des moyens de communication électronique.

Le pouvoir adjudicateur établira un rapport de présentation de la procédure conformément à **l'article R. 2184-1 du Code de la commande publique**, lorsque le marché répond à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens. Ce rapport comprend notamment les motifs de la passation du marché sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Dans la mesure où l'avis d'attribution, si un tel avis a été publié, contient les informations exigées, le pouvoir adjudicateur peut renvoyer, dans le rapport de présentation, à cet avis.

[33] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et les achats innovants

Ces informations, documents ou leurs principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande et, le cas échéant, aux autorités chargées du contrôle des marchés publics en même temps que les documents contractuels.

5.2.2. MARCHES PASSES SELON UNE PROCEDURE ADAPTEE

En application de **l'article R. 2123-4 du Code de la commande publique**, « *Lorsqu'il recourt à une procédure adaptée, l'acheteur en détermine les modalités 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* ».

« Le contenu du dossier de consultation ainsi que le formalisme contractuel sont liés aux caractéristiques du marché public. Le choix entre la rédaction d'une simple lettre de commande ou la rédaction d'un cahier des charges et ses pièces techniques va dépendre de plusieurs paramètres et notamment du prix, de l'objet et de la nature des prestations envisagées (condition de réalisation des prestations et degré de complexité). Il appartient à l'acheteur de définir, pour chaque MAPA, le contenu de son dossier de consultation »[34].

Les marchés publics qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont passés sous la forme écrite (**article R. 2112-1 du Code de la commande publique**). La rédaction d'un contrat écrit, même simplifié, permet d'encadrer l'exécution du marché. Selon la DAJ de Bercy, la forme écrite est libre : lettre, contrat, devis accompagné de l'accord de l'acheteur, courriel etc… L'idée étant que l'acheteur puisse conserver une trace de l'achat effectué et de ses modalités ; la traçabilité sera proportionnée à l'enjeu de l'achat.

L'acheteur doit obligatoirement élaborer un document relatif au déroulement de la consultation c'est-à-dire aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre. L'acheteur peut se dispenser d'un règlement de la consultation si toutes ces mentions figurent dans l'avis d'appel à la concurrence.

Selon les textes, les marchés passés selon une procédure adaptée doivent faire l'objet d'une publicité mais pas nécessairement d'une publication, notamment en ce qui concerne les achats de faible montant.

L'acheteur conservera une trace des raisons justifiant son choix.

Les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique, dont la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil de 750 000 euros HT[35] font l'objet d'une publicité adaptée en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des services en cause (**article R. 2131-14 du Code de la commande publique**).

Si la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil de 750 000 euros HT, lesdits marchés font l'objet d'un avis de marché conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marché (**article R. 2131-15 du Code de la commande publique**).

---

[34] Fiche de la DAJ sur « *Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant* » mise à jour le 1er avril 2019

[35] Seuil fixé par l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques publié au Journal Officiel de la République Française n°0077 du 31 mars 2019, texte n° 83

En procédure adaptée, au-delà des modalités de publicité, l'acheteur dispose également de larges marges de manœuvre quant à la détermination des modalités de mise en concurrence. Cette liberté se caractérise par exemple dans le choix laissé à l'acheteur de fixer le délai de remise des candidatures ou des offres ou dans le recours à la négociation. Le délai de remise des offres doit être raisonnable et permettre à tous les candidats potentiels de disposer du temps nécessaire pour préparer leur dossier de candidature et leur offre. Par exemple, un délai de remise des offres de 16 jours a été jugé insuffisant pour un marché s'élevant à 60 000 euros HT et pour lequel la visite des lieux s'imposait.

Au titre de la candidature, l'acheteur demandera les renseignements nécessaires à la vérification des capacités des candidats à exécuter correctement le marché et l'absence d'exclusions prévues aux articles L. 2141-1 à L. 2141-6, L. 2141-7 à L. 2141-11 et L. 2141-12 du Code de la commande publique.

En procédure adaptée, l'expérience du candidat peut-être un critère d'attribution des offres. Sa prise en compte doit néanmoins être rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, sans effet discriminatoire[36].

En outre, en procédure adaptée la pondération des critères de choix n'est pas obligatoire (bien que recommandée).

L'acheteur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Aux termes des dispositions de **l'article R. 2123-5 du Code de la commande publique**, « *Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation* ».

Dès qu'il a décidé de rejeter une candidature ou une offre, l'acheteur est tenu d'informer chaque candidat ou soumissionnaire concerné, du rejet de sa candidature ou de son offre. Il n'est, en revanche, pas soumis au respect d'un délai de suspension de la signature prévu au l'article R. 2182-1 et R. 2182-2 du Code de la commande publique

L'acheteur doit notifier le marché à son attributaire, il est toutefois libre du choix du support et de la forme de la notification.

Sauf le cas des marchés de services d'un certain montant relevant du 3° et du 4° de l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique, la publication d'un avis d'attribution n'est pas indispensable. Une publication n'en est pas moins possible. L'intérêt de cette publication est de réduire le délai de recours du référé contractuel de 6 mois à 1 mois (**article R. 551-7 du Code de justice administrative**). La publication d'un tel avis permet également de faire courir le délai de 2 mois du recours en contestation de validité du contrat, à condition que l'avis mentionne à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation, afin de pouvoir être regardé comme une mesure de publicité appropriée.

5.2.3. MARCHES PASSES SELON UNE PROCEDURES FORMALISEE

Les règles applicables aux procédures d'appel d'offres ouvert sont prévues **aux articles R. 2161-2 et suivants du Code de la commande publique**. La négociation est interdite aussi bien en appel d'offre ouvert que restreint. En appel d'offre ouvert le délai minimal de réception

[36] CE, 2 août 2011, « *Parc naturel régional des Grands Causses* », n°348254

des candidatures et des offres est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché si les plis peuvent être remis par voie électronique.

Les règles applicables aux procédures d'appel d'offres restreint sont prévues **aux articles R 2161-6 et suivants du Code de la commande publique**. Le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Le délai est le même pour la réception des offres, à compter de l'invitation à soumissionner.

Les règles applicables aux procédures avec négociation sont prévues **aux articles R. 2161-12 et suivants du Code de la commande publique**. Le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Le délai est le même pour la réception des offres, à compter de l'invitation à soumissionner. Cette procédure laisse la possibilité à l'acheteur de négocier les offres des soumissionnaires, si besoin en phases successives.

Les règles applicables aux procédures de dialogue compétitif sont prévues **aux articles R. 2161-24 et suivants du Code de la commande publique**. Le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés. L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

5.2. OBLIGATION DE DEMATERIALISATION

Depuis le 1er octobre 2018, le principe est que les marchés publics dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil mentionné à l'article R. 2132-2 du Code de la commande publique doivent être passés par voie dématérialisée.

Concrètement cela recouvre : la mise à disposition des documents de consultation, la transmission des candidatures et des offres, tous les échanges avec les entreprises (questions/réponses) ainsi que les notifications des décisions.

Plus précisément, les acheteurs doivent être équipés d'un profil d'acheteur et publier sur cette plateforme les documents de la consultation pour les marchés publics dont la valeur du besoin estimé est égale ou supérieure à 40 000 euros HT et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence (**article R. 2132-2 du Code de la commande publique**). En outre, l'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros HT (**article R. 2196-1 du Code de la commande publique**). Cette obligation d'information est également applicable aux marchés conclus en application de l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT. Toutefois, s'agissant de ces marchés, l'acheteur peut satisfaire à cette obligation d'information en publiant au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix, la liste de ces marchés conclus l'année précédente. Cette liste mentionne l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France.

A noter que, s'agissant des marchés notifiés à compter du 1er janvier 2024, l'acheteur publiera sur le portail national de données ouvertes les données essentielles des marchés répondant à un besoin dont

la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes dans les deux mois suivant la notification du marché ou sa modification, et non plus sur son profil acheteur.

Le profil d'acheteur est une plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Le profil d'acheteur garantit la sécurité, la confidentialité, l'intégrité et la traçabilité des échanges.

En outre, en principe (des exceptions sont toutefois prévues aux articles R. 2132-11 à R. 2132-13 du Code de la commande publique), les communications et les échanges d'informations lors de la passation d'un marché ont lieu par voie électronique (**article R. 2132-7 du Code de la commande publique**).

La signature électronique n'est pas encore obligatoire. Même en cas de signature manuscrite du contrat, il est nécessaire de le transmettre par voie électronique, donc de scanner le document papier signé.

Une offre remise sous format « papier » est désormais irrégulière. Elle peut toutefois être régularisée dans les conditions prévues **aux articles R. 2152-1 et R. 2152-2 du Code de la commande publique**.

L'article R. 2144-2 du Code de la commande publique permet à l'acheteur ayant reçu une candidature papier de demander au candidat de lui transmettre sa candidature en version électronique.

Lorsqu'une procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, l'EPA Ecovallée-Plaine du Var publie l'avis sur internet via la plateforme de dématérialisation choisie par lui et indiquée de manière systématique dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ainsi que sur son profil acheteur. L'EPA Ecovallée-Plaine du Var permet aux entreprises candidates à une consultation de retirer un dossier de consultation dématérialisé et de remettre une offre par voie électronique pour l'ensemble des procédures faisant l'objet d'un avis publié sur la plateforme.

5.3. PUBLICITE

Pour rappel, en principe, les formalités de publicité sont les suivantes :

<table>
<tr><th>Prix en HT</th><th>< 40 000 €[37]</th><th>≥ 40 000 €[38]
< 90 000 €</th><th>≥ 90 000 €
< 215 000 €</th><th>≥ 215 000 €</th><th>≥ 5 382 000€</th></tr>
<tr><td>Travaux</td><td rowspan="3">Pas de publicité obligatoire</td><td rowspan="3">Publication facultative
Préconisation : a minima une consultation de 3 opérateurs économiques</td><td colspan="2">JAL et/ou BOAMP + profil acheteur + éventuellement journal spécialisé</td><td>BOAMP + JOUE
+ profil acheteur</td></tr>
<tr><td>Services</td><td rowspan="2">JAL et/ou BOAMP + profil acheter + éventuellement journal spécialisé</td><td colspan="2" rowspan="2">BOAMP + JOUE
+ profil acheteur</td></tr>
<tr><td>Fournitures</td></tr>
</table>

* En rouge les procédures formalisées

Les développements qui suivent ne s'appliquent pas, en principe, aux marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable.

5.4. L'EXAMEN DES CANDIDATURES

La phase d'examen des candidatures se déroule, en principe, avant la phase d'examen des offres.

Toutefois, par exception à cette règle, **l'article R. 2161-4 du Code de la commande publique** permet à l'acheteur, en appel d'offres ouvert, d'examiner les offres avant les candidatures : « *L'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il examine les candidatures de manière impartiale et transparente. Il veille notamment à ce que sa connaissance des offres n'influe en rien sur l'appréciation des motifs d'exclusion ou des critères de sélection* ».

Cette possibilité existe également en procédure adaptée ouverte[39].

Dans ce cas les vérifications ne s'opèreront qu'à l'égard du titulaire pressenti.

L'acheteur doit contrôler que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits, que les candidats satisfont aux conditions de participation (aptitude à exercer l'activité professionnelle, capacité économique et financière et capacités techniques et professionnelles) et que les candidats ne font pas l'objet d'un motif d'exclusion de la procédure de passation.

Toute offre ou candidature remise hors délai est éliminée. Ce retard ne peut en aucun cas être régularisé.

---

[37] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants

[38] 100 000 euros HT s'agissant des marchés de travaux conclus jusqu'au 31 décembre 2024 inclus et des achats innovants

[39] Rien n'interdit à l'acheteur, en procédure adaptée sans limitation du nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, de prévoir une telle inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres, dans les mêmes conditions

La vérification des conditions de participation est effectuée différemment selon que la procédure soit restreinte ou ouverte.

Les procédures ouvertes sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre. Cela ne signifie pas que toutes les offres seront à examiner : l'élimination des candidats est possible en procédure ouverte.

Les procédures restreintes sont les procédures dans lesquelles seuls les opérateurs économiques sélectionnés sur la base de leur candidature sont admis à présenter une offre.

Parmi les procédures formalisées prévues par le Code de la commande publique, seul l'appel d'offres ouvert est une procédure ouverte. Les procédures adaptées prévues par le Code de la commande publique peuvent être, au choix de l'acheteur, des procédures ouvertes ou des procédures restreintes.

En cas de procédure ouverte, en application de **l'article R. 2144-3 du Code de la commande publique**, les conditions de participation font l'objet de vérifications au plus tard avant l'attribution du marché. Comme mentionné plus haut, en procédure ouverte il est désormais possible d'inverser l'ordre d'examen des candidatures et des offres ; dans ce cas les vérifications ne s'opèreront qu'à l'égard du titulaire pressenti.

Dans ce cas, en application de **l'article R. 2144-7 du Code de la commande publique**, si l'opérateur économique concerné ne satisfait pas aux conditions de participations fixées, ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuves, les compléments ou les explications demandées, sa candidature est déclarée irrecevable et son offre est éliminée. Le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est alors sollicité pour produire les documents nécessaires. Cette procédure est, le cas échéant, reproduite tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Dans le cadre des procédures ouvertes, l'EPA privilégie l'inversion de l'ordre d'examen des candidatures et des offres et donc de ne vérifier que la candidature du titulaire pressenti.

En cas de procédure restreinte, la sélection des candidats admis à participer à la suite de la procédure peut se faire soit au regard de niveaux minimaux de capacité soit l'acheteur peut prévoir la réduction du nombre de candidats soit il peut mêler ces deux modes de sélection. Si l'acheteur fixe un nombre maximum de candidats pouvant être invité à participer alors il fixera des critères de sélection des candidatures lesquels permettent d'évaluer les capacité professionnelles, techniques et financières des candidats. Il est impératif d'indiquer de manière explicite dans les documents de la consultation quels sont les critères de choix du candidat. Si la typologie du marché le permet, il est recommandé de pondérer les critères de sélection. **L'article R. 2144-5 du Code de la commande publique** prévoit que lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, les vérifications interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

Si un dossier de candidature est incomplet, **l'article R. 2144-2 du Code de la commande publique** prévoit que l'acheteur peut permettre au candidat de le compléter : « *L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous* ». Il s'agit toutefois d'une possibilité et non d'une obligation.

S'il ne demande pas de régularisation, les candidats dont le dossier n'est pas complet ne sont pas admis à présenter une offre en procédure restreinte ou leur offre n'est pas examinée en procédure ouverte.

S'il utilise cette faculté, l'acheteur adresse une demande de régularisation aux candidats concernés. Le principe d'égalité de traitement des candidats impose à l'acheteur de permettre à tous les candidats dont le dossier est incomplet de le compléter. A l'expiration du délai, si le candidat n'a pas produit les documents ou renseignements demandés, sa candidature doit être rejetée. 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.

L'acheteur peut également demander aux candidats de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus sur la base de l'article **R. 2144-6 du Code de la commande publique**.

En ce qui concerne la vérification des motifs d'exclusion de la procédure, **l'article R. 2144-4 du Code de la commande publique** prévoit que « L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché qu'il justifie ne pas relever d'un motif d'exclusion de la procédure de passation du marché ». Toutefois, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, cette vérification doit intervenir au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue (**article R. 2144-5 du Code de la commande publique**).

L'article R. 2141-7-1 prévoit désormais une interdiction de soumissionner facultative pour les entreprises n'ayant pas satisfait à leur obligation d'établir un plan de vigilance.

A l'exception des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence, le Responsable de l'achat consigne son analyse au sein d'un rapport d'analyse des candidatures. Ce rapport sera signé par le Directeur général et comportera sa décision sur l'admission ou non des candidatures (ou le cas échéant sur la demande d'analyse complémentaire des candidatures). Si l'examen des candidatures est effectué après celui des offres alors ce document sera un rapport d'analyse de la candidature de l'attributaire pressenti.

Lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, le Directeur général signera un rapport d'analyse et de sélection des candidatures. Ce rapport sera plus complet et comportera, à l'instar d'un rapport d'analyse des offres, les justifications du choix des candidats admis à participer et notamment une synthèse de l'analyse par critère (et sous-critère, le cas échéant), un classement par critère (et sous-critère le cas échéant) et un classement final.

5.5. LA NEGOCIATION EVENTUELLE

L'EPA Ecovallée-Plaine du Var est gestionnaire de deniers publics. A ce titre, il doit utiliser tous les outils de la commande publique qui lui permettent d'être efficace dans ses actes d'achat et d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse répondant à son besoin.

Pour ces raisons, si la nature du besoin à satisfaire et la réglementation en vigueur le permettent, l'EPA Ecovallée-Plaine du Var fait le choix de privilégier la négociation pour ses achats.

En outre, **l'article R. 2123-5 du Code de la commande publique**, indique que pour la procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment les prix.

La négociation est possible dans le cadre de plusieurs procédures :

- en procédure adaptée quel que soit le montant du marché si le pouvoir adjudicateur l'a mentionné dans le règlement de la consultation ;

- en procédure formalisée dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation quand les conditions de l'article R. 2124-3 du Code de la commande publique sont remplies ;
- en outre les marchés sans publicité ni mise en concurrence peuvent être négociés.

Il convient de rappeler que la négociation doit s'inscrire dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique. La négociation ne doit pas avoir pour effet d'avantager indûment un candidat et le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir de donner toute information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

En revanche, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires n'implique pas que le pouvoir adjudicateur soit tenu de poser les mêmes questions à tous les soumissionnaires. Ce n'est que si la question en cause est susceptible d'influencer la teneur d'une offre que celle-ci devra aussi être posée aux autres soumissionnaires.

L'acheteur doit également respecter le principe de confidentialité des offres et ne doit pas transmettre aux autres soumissionnaires les principales caractéristiques de l'offre d'un autre soumissionnaire.

La négociation doit être conduite dans le respect du principe de transparence des procédures. C'est pourquoi, les modalités de la négociation doivent être précisées dans les documents de la consultation. Ces derniers doivent ainsi préciser le champ et les limites de la négociation, les étapes et la forme que sera susceptible de revêtir la négociation.

Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales. Les exigences minimales que doivent respecter les offres et les critères d'attribution ne peuvent pas faire l'objet de négociations. Mis à part cela, la négociation peut porter sur tous les éléments du marché (non définis comme une exigence minimale par les documents de la consultation).

L'acheteur devra particulièrement veiller à la traçabilité des échanges effectués avec chacun des soumissionnaires ainsi qu'à les maintenir à un même niveau d'information.

5.6. EXAMEN DES OFFRES ET ATTRIBUTION

L'analyse des offres est effectuée, en principe, par la ou les personne(s) désignée(s) à cet effet (en raison de son ou de leurs domaine(s) de compétence(s)) parmi les membres de l'équipe de l'EPA. Cette analyse doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères de sélection (**article L. 2152-7 du Code de la commande publique**).

L'examen des offres se décompose en deux phases principales :

- l'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées (voir point 5.6.2 du présent Guide) ;
- 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.

Le cas échéant, la Commission consultative des marchés émet un avis favorable, favorable sous réserve(s) ou défavorable sur l'analyse. Et par la suite, le Directeur général attribut le marché.

5.6.1. LES CRITERES DE SELECTION

Le choix des critères permettant, eu égard à l'objet du marché, de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse relève de la liberté de l'acheteur. 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.

Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à l'acheteur. S'il décide de faire usage de sous-critères, l'acheteur devra porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères, dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection. De tels sous-critères doivent en effet être regardés comme de véritables critères.

Un critère reposant sur la localisation géographique ne peut pas être retenu car il porte atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et de non-discrimination.

L'article R. 2152-7 du Code de la commande publique 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 concerné.

Sauf en cas de dialogue compétitif et dans le cadre du partenariat d'innovation, l'acheteur peut ne choisir qu'un seul critère pour attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce cas, il ne peut s'agir que du prix ou du coût de la prestation. Le recours au critère unique du prix est cependant réservé aux seuls marchés publics ayant pour objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

A noter que s'agissant des marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 21 août 2026, les acheteurs ne pourront plus sélectionner les offres sur la base du critère unique du prix. Les acheteurs pourront attribuer un marché sur la base du critère unique du coût global, mais à condition que ce coût prenne en compte les caractéristiques environnementales des offres.

Au moins l'un des critères prendra en compte les caractéristiques environnementales de l'offre.

Il est toutefois recommandé de recourir à une pluralité de critères. Dans ce cas, **le prix ou le coût doivent nécessairement figurer parmi les critères de sélection retenus**.

Deux modalités de classement des critères peuvent être utilisées : la hiérarchisation ou la pondération. La hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres. La pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. **Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la pondération est le principe (article R. 2152-12 du Code de la commande publique)**. L'EPA recommande toutefois la pondération même en procédure adaptée.

En procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis de marché ou dans les documents de la consultation, donner aux candidats une information appropriée sur les critères d'attribution du marché ainsi que sur les conditions de leur mise en œuvre, c'est-à-dire soit la pondération, soit la hiérarchisation.

5.6.2. LA RECEVABILITE DES OFFRES

Pour pouvoir être classée, une offre ne doit pas présenter les caractéristiques d'une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée. Si, dans les conditions prévues par les articles L. 2152-1 à L. 2152-4 du Code de la commande publique, une offre peut être qualifiée d'irrégulière, d'inacceptable ou d'inappropriée, elle doit, en principe, être rejetée par le pouvoir adjudicateur.

L'article L. 2152-1 du Code de la commande publique prévoit effectivement que l'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale (**article L. 2152-2 du Code de la commande publique**). Sachant que les offres jugées anormalement basses constituent toujours des offres irrégulières qui ne sont toutefois pas régularisables.

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure (**article L. 2152-3 du Code de la commande publique**).

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation (**article L. 2152-4 du Code de la commande publique**).

<u>En appel d'offres ou en procédure adaptée sans négociation</u>, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées (**article R. 2152-1 du Code de la commande publique**). L'acheteur a toutefois la faculté d'autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses (**article R. 2152-2 du Code de la commande publique**).

La régularisation n'est qu'une simple faculté offerte à l'acheteur. Lorsqu'il se trouve en présence d'une offre irrégulière, celui-ci n'est donc pas tenu de demander au soumissionnaire de la régulariser et peut décider de la rejeter.

La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles (article R. 2152-2 du Code de la commande publique). Ainsi certaines irrégularités ne sont pas régularisables car elles sont trop importantes pour être régularisées sans entraîner une modification significative de l'offre bouleversant son économie générale.

En principe l'acheteur ne régularise pas lui-même les offres irrégulières, il adresse une demande en ce sens au candidat qui procède à la rectification.

<u>Pour les autres procédures</u>, seules les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses (article R. 2152-1 du Code de la commande publique). En outre il est toujours possible d'effectuer une demande de régularisation sur la base de l'article R. 2152-2 du Code de la commande publique, en dehors d'une négociation.

Lorsqu'il n'a été proposé aucune offre ou uniquement des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, nous sommes alors dans un cas d'infructuosité.

5.6.3. LE CLASSEMENT DES OFFRES ET ATTRIBUTION

Les offres régulières, acceptables et appropriées sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution (**article R. 2152-6 du Code de la commande publique**).

Pour classer les offres, l'acheteur applique une méthode de notation qui, elle, n'a pas à être précisée dans les documents de la consultation[40].

Si besoin, l'acheteur peut au préalable demander au soumissionnaire de préciser la teneur de son offre lorsque certains éléments de l'offre sont peu clairs ou incertains. Cette demande de précision intervient en l'absence de toute irrégularité.

En cas de variantes, qu'elles soient imposées ou autorisées, à la fois l'offre de base et la variante de chaque candidat sera analysée et sera retenue l'offre économiquement la plus avantageuse et ce peu importe qu'elle corresponde à une offre de base ou à une variante.

Si l'acheteur a imposé aux soumissionnaires de fournir des prestations supplémentaires éventuelles (ci-après également PSE), alors les équipes en charge de l'analyse doivent procéder à autant de classements des offres qu'il y a de combinaisons possibles (ils doivent analyser toutes les combinaisons). En effet, le choix de retenir telle ou telle prestation supplémentaire éventuelle appartient au Directeur général, donc les équipes en charge de l'analyse doivent effectuer un classement des offres pour chaque combinaison possible. Le Directeur général décidera ou non de retenir la ou les prestations supplémentaires éventuelles et en fonction de ce choix, sera sélectionnée l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par exemple, si l'acheteur a imposé deux prestations supplémentaires éventuelles, il conviendra d'effectuer 4 classements :

- offre de base
- offre de base + PSE 1
- offre de base + PSE 1 + PSE 2
- offre de base + PSE 2

Si la présentation d'une prestation supplémentaire éventuelle est simplement facultative alors cette dernière n'est pas prise en compte dans le cadre de l'analyse. L'acheteur analyse les offres sans tenir compte des prestations supplémentaires éventuelles. L'acheteur ne pourra décider de retenir les prestations supplémentaires éventuelles que si elles sont associées à l'offre retenue après examen des offres. Ce choix est effectué au moment de l'attribution.

Dans le cadre de l'analyse des offres et sauf hypothèse d'un marché conclu sans publicité ni mise en concurrence, la personne en charge du marché rédige un rapport portant sur cette analyse. Ce rapport (RAO) comporte a minima les rubriques suivantes :

- Identification du pouvoir adjudicateur ;
- Objet de la consultation ;
- Informations sur la procédure mise en place pour la consultation (date de la publicité, support, date remise des offres, etc.) ;

[40] CE, 31 mars 2010, « *Collectivité territoriale de Corse* », n°334279 ; CE, 21 mai 2010, « *Commune d'Ajaccio* », n°333737

- Liste des plis déposés dans les délais impartis (et des plis hors délai, le cas échéant) ;
- Liste des offres admises à l'analyse (en cas de non admission, motifs de ce choix) ;
- Analyse des offres :
  - synthèse de l'analyse par critère (et sous-critère, le cas échéant) et motifs justifiant la note attribuée (en cas de pondération)
  - notation (en cas de pondération)
  - classement par critère (et sous-critère le cas échéant),
  - classement final
- Proposition d'attribution ;
- Proposition de déclaration sans suite ou d'infructuosité (le cas échéant) ;
- Signature du rédacteur ;
- Mention de l'avis favorable, favorable sous réserve(s) ou défavorable de la Commission consultative des marchés ;
- Décision du Directeur général ou toute personne bénéficiant d'une délégation de signature (décision à signer en cas d'acceptation de la proposition formulée par le rédacteur).

Il est formellement proscrit d'informer les soumissionnaires du résultat du choix du titulaire avant la décision d'attribution formelle du marché prise par le Directeur général (ou toute personne bénéficiant d'une délégation de signature).

Dans le cadre de procédures où un jury émet un avis, le déroulement sera différent dans la mesure où la Commission consultative des marchés émet un avis sur l'analyse effectuée par les équipes tandis que le jury émet un avis soit sur le choix des candidats admis à participer soit sur le choix du candidat retenu. Le jury effectue une proposition de choix et est souverain dans son analyse.

Par conséquent dans cette hypothèse, un rapport d'analyse et de sélection du ou des lauréat(s) en cas de concours ou un rapport d'analyse et de sélection de l'attributaire dans les autres cas sera signé par le Directeur général. Ce rapport est signé après avis du jury et comporte en son sein l'analyse et la décision du Directeur général. Ce rapport contient au minimum les mêmes indications que celles contenues dans un rapport d'analyse des offres classique.

A noter que, dans le cadre de procédures où un jury émet un avis, le Directeur général peut décider de mettre en place une commission technique qui pourra également associer des personnes externes à l'EPA. Cette commission prépare et facilite les travaux du jury en effectuant une analyse objective et factuelle des dossiers.

5.7. DECLARATION SANS SUITE

L'article R. 2185-1 du Code de la commande publique autorise l'acheteur à abandonner la procédure d'attribution d'un marché en la déclarant sans suite et ce à tout moment de la procédure jusqu'à la signature du marché (la déclaration sans suite peut même intervenir alors que le marché a été attribué mais pas signé).

La déclaration sans suite peut être motivée par l'infructuosité de la procédure ou par toute autre raison d'intérêt général.

Cette décision est prise par l'autorité compétente pour attribuer le marché donc en l'occurrence par le Directeur général.Il n'est pas nécessaire de consulter la Commission consultative des marchés préalablement.

Ainsi, à tout moment, l'EPA Ecovallée-Plaine du Var peut décider de ne pas donner suite à une procédure de consultation de marché ou d'accord-cadre pour des raisons qu'il motive.

Dans ce cas, il communique aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure, dans les plus brefs délais, les raisons pour lesquelles il a été décidé de ne pas attribuer le marché public ou de recommencer la procédure (**article R. 2185-2 du Code de la commande publique**). Cette décision doit comporter les voies et délais de recours en revanche, elle n'a pas obligatoirement à être publiée.

6. ACHEVEMENT DE LA PROCEDURE

6.1. MISE AU POINT EVENTUELLE

Aux termes des dispositions de **l'article R. 2152-13 du Code de la commande publique** : « *L'acheteur et le soumissionnaire retenu peuvent procéder à une mise au point des composantes du marché avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre du marché* ».

Cette mise au point peut être l'occasion de préciser certains éléments du marché public, de corriger certaines erreurs purement matérielles ou d'effectuer de légères modifications.

6.2. INFORMATION DES CANDIDATS NON-RETENUS

Conformément à **l'article R. 2181-1 du Code de la commande publique, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, l'acheteur doit, tant en procédure formalisée qu'en procédure adaptée, et sans délai, notifier à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre**.

En procédure formalisée, la notification mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre, lesquels doivent être suffisamment détaillés pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé.

Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, outre les motifs du rejet de l'offre concernée, l'acheteur communique : le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre et la date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché (**article R. 2181-3 du Code de la commande publique**). La lettre de rejet doit ainsi préciser les raisons qui ont conduit l'acheteur à choisir l'offre de l'attributaire. A cet égard, le Conseil d'Etat a considéré qu'était suffisante la communication des notes et du classement de l'intéressé ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par celui-ci[41].

A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande :

- lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ;
- lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue (article R. 2181-4 du Code de la commande publique).

[41] CE, 19 avril 2013, « *Commune de Mandelieu-la-Napoule* », n°365617 ; CE, 18 décembre 2012, « *Métropole Nice Côte d'Azur* », n°363342

En procédure adaptée, l'acheteur notifie le rejet de son offre au candidat mais il n'est pas dans l'obligation de mentionner dans la notification les motifs du rejet, le nom de l'attributaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre.

Il communique aux candidats et aux soumissionnaires qui en font la demande les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. Si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée ni irrégulière ni inacceptable l'acheteur lui communique, en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public (**article R. 2181-2 du Code de la commande publique**).

La notification du rejet de leurs offres aux opérateurs économiques a pour effet de délier ceux-ci de leurs engagements, y compris lorsque celle-ci a été envoyée par erreur[42].

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la notification constitue également le point de départ du délai de suspension de la signature du marché, ou délai de *standstill,* pendant lequel les candidats évincés peuvent effectuer un référé précontractuel. Les marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence ne sont pas soumis au respect du délai de suspension

A noter que, lorsque ce délai de suspension a été respecté par l'acheteur, aucun référé contractuel ne pourra plus être exercé par la suite. A contrario, si l'acheteur ne respecte pas ce délai, ou s'abstient de l'indiquer dans la notification, le référé contractuel reste ouvert aux candidats évincés, y compris dans le cas où ils auraient déjà engagé un référé précontractuel. En procédure adaptée en revanche, l'information des candidats évincés ne permet pas à l'acheteur de fermer la voie du référé contractuel. Seule la publication au Journal officiel de l'Union européenne d'un avis d'intention de conclure et le respect d'un délai de 11 jours avant la signature du marché permet de bénéficier des dispositions de **l'article L. 551-15 du Code de justice administrative**.

Pour les marchés subséquents passés en application d'un accord-cadre multi-attributaires (procédure adaptée ou formalisée), l'EPA devra respecter un délai minimal de 7 jours calendaires entre la date d'envoi de la notification de rejet et la date de signature du marché subséquent.

6.3. SIGNATURE ET NOTIFICATION DU MARCHE

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de 11 jours est respecté entre la date d'envoi de la notification de rejet et la date de signature du marché public par l'acheteur (**article R. 2182-1 du Code de la commande publique**).

Le respect de ce délai n'est toutefois pas exigé lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ou pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique (**article R. 2182-2 du Code de la commande publique**).

A l'issue du délai de suspension qu'il s'est imposé, l'acheteur peut signer le marché avant de le notifier au titulaire.

Dans les cas où une autorisation du Conseil d'administration est nécessaire ou bien un avis relatif au contrôle économique et financier de l'Etat, ils interviendront avant la signature du contrat.

---

[42] CE, 31 mai 2010, « *Société Cassan* », n°315851

Le marché prend effet à la date de réception de la notification (**article R. 2182-4 du Code de la commande publique**).

6.4. AVIS D'ATTRIBUTION OBLIGATOIRE

L'avis d'attribution est obligatoire pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens (**article R. 2183-1 du Code de la commande publique**). Les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre ne sont pas soumis à l'obligation de publication d'un avis d'attribution (**article R. 2183-3 du Code de la commande publique**). Cette formalité vise à informer les tiers de la conclusion du marché, elle permet également de faire courir les délais de recours en référé contractuel et en contestation de la validité du contrat.

Il doit être publié dans un délai maximum de **30 jours** à compter de la date de signature du marché. L'EPA privilégie une publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

6.5. RAPPORT DE PRESENTATION DE LA PROCEDURE

Pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation. L'établissement de ce rapport n'est pas exigé pour les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre lorsque ceux-ci sont conclus sans remise en concurrence (**article R. 2184-1 du Code de la commande publique**).

Ce rapport comporte les éléments prévus **aux articles R. 2184-2 et suivants du Code de la commande publique**.

7. DOCUMENTS COMMUNICABLES

« Les marchés publics et les documents qui s'y rapportent sont des documents administratifs soumis au droit d'accès institué par le livre III du Code des relations entre le public et l'administration. **Une fois le marché signé, les documents composant la procédure de passation perdent leur caractère préparatoire, et deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris à un candidat évincé**.

Ce droit d'accès doit toutefois s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale protégé par les dispositions de l'article L. 311-6 de ce Code, lequel recouvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières, et le secret des stratégies commerciales.

Il résulte de la décision du Conseil d'Etat du 30 mars 2016, « *Centre hospitalier de Perpignan* » (n° 375529) que, lorsqu'elles sont saisies d'une demande de communication de documents relatifs à un marché public, les autorités soumises au livre III de ce Code doivent examiner si les renseignements contenus dans ces documents peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret en matière commerciale et industrielle et faire ainsi obstacle à cette communication.

Le Conseil d'Etat a en outre précisé qu'au regard des règles de la commande publique, doivent être regardées comme communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces d'un marché public et que, dans cette mesure, l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire, notamment, sont en principe communicables. **En revanche, les éléments qui reflètent la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un**

secteur d'activité et dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret commercial ne sont, en principe, pas communicables. Il en va ainsi du bordereau des prix unitaires.

A ce titre, sont notamment exclus de la communication les éléments suivants, qui devront être occultés :

- les mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification de système qualité, aux certifications tierces parties ainsi qu'aux certificats de qualification concernant la prestation demandée ;
- les mentions concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics ;
- les mentions relatives aux détails techniques et financiers des offres de toutes les entreprises contenues dans les documents préparatoires à la passation du marché (procès-verbaux, rapports d'analyse des offres).
- l'offre de prix détaillée contenue dans le bordereau des prix unitaires, la décomposition du prix global et forfaitaire et le détail quantitatif estimatif ne sont pas non plus communicables »[43].

S'agissant des accords-cadres multi-attributaires, la Commission d'accès aux documents administratifs considère que cette position doit être adaptée au caractère très particulier de ces contrats et que la communication à des tiers des caractéristiques techniques et financières des offres présentées lors de la passation de chaque marché subséquent porterait atteinte au secret en matière industrielle et commerciale.

La Commission d'accès aux documents administratifs propose sur son site un tableau récapitulatif des documents communicables ou non dans le cadre de la passation d'un marché public.

8. LES RECOURS CONTENTIEUX LIES A LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Les procédures de passation des marchés peuvent être contestées devant le juge administratif ; les recours peuvent être effectués avant ou après la signature du contrat, devant le juge de l'urgence ou du contrat.

Le juge est doté de pouvoirs importants et divers : il peut arrêter une procédure de passation à tous les stades, annuler un contrat en modulant l'effet dans le temps, infliger à l'acheteur une amende financière ; sachant que méconnaitre les dispositions législatives ou règlementaires relatives à la publicité et à la mise en concurrence peut également constituer un délit pénalement sanctionné (délit de favoritisme à l'article 432-14 du Code pénal).

[43] https://www.cada.fr/administration/marches-publics

Les principaux recours pouvant être effectués sont les suivants :

8.1. LE REFERE PRECONTRACTUEL

Le référé précontractuel est régi par les articles L. 551-1 à L. 551-12, et R. 551-1 à R. 551-6 du Code de justice administrative. **Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables**. Il permet aux candidats constatant un manquement à ces règles d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat.

C'est le recours le plus utilisé.

Les personnes habilitées à engager un référé précontractuel sont « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement* » [44]aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, peuvent saisir le juge du référé précontractuel, à la fois certes le candidat évincé (à tout stade de la procédure) mais aussi les candidats potentiels que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a dissuadés de soumissionner. En revanche, l'opérateur économique déclaré attributaire d'un contrat n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence applicables.

Le juge du référé précontractuel peut être saisi jusqu'à la signature du contrat. Si le juge est saisi après la signature du contrat, la requête est irrecevable.

L'exercice du référé précontractuel suspend automatiquement la procédure de passation. Le contrat ne peut pas être signé une fois que le juge a été saisi. Si le contrat a été signé en méconnaissance des obligations de suspension de signature alors l'opérateur économique pourra effectuer un référé contractuel (son recours en référé précontractuel sera toujours rejeté).

Le requérant ne peut invoquer que des moyens tirés des manquements de l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lors de la passation du contrat.

Le juge statue dans un délai maximum de 20 jours à compter de sa saisine. Il statue en premier et dernier ressort. Son ordonnance est susceptible d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dans les 15 jours de la notification de la décision. Ce pourvoi n'a pas d'effet suspensif.

Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, suspendre et annuler l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat. Le juge dispose de pouvoirs d'injonction et de suspension : il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet.

8.2. LE REFERE CONTRACTUEL

Le référé contractuel est régi par les articles L. 551-13 à L. 551-23, et R. 551-7 à R. 551-10 du Code de justice administrative. **Ce recours permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat**.

---

[44] CE, 3 octobre 2008, « *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe* » (SMIRGEOMES), n°305420

Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises à former un référé précontractuel, c'est-à-dire « *celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ». **Toutefois, un opérateur économique est recevable à former un référé contractuel lorsqu'il n'a pas été mis en mesure de former un référé précontractuel**.

En procédure formalisée, cette voie est notamment ouverte lorsque la notification du rejet de la candidature ou de l'offre adressée par l'acheteur au candidat évincé n'est pas accompagnée de l'indication du délai de suspension applicable, ou que le délai indiqué est inférieur au délai minimum de suspension et ce, alors même que le contrat aurait été finalement signé dans le respect de ce délai minimum, ou encore lorsque l'acheteur n'a pas respecté le délai de suspension qui s'imposait à lui.

En procédure adaptée, la voie du référé contractuel restera ouverte, si le candidat évincé n'a pas été informé dans son courrier de rejet de l'intention de la personne publique de conclure le contrat et que celle-ci n'a pas, par ailleurs, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication.

Le référé contractuel peut être exercé dans un délai de :

- 31 jours, à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au Journal officiel de l'Union européenne ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, à compter de la notification de la conclusion du contrat ;
- 6 mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat, si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée.

Les contrats dont la passation n'est pas soumise aux procédures formalisées peuvent échapper au référé contractuel, si le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne son intention de conclure le contrat et observe un délai de 11 jours entre cette publication et la signature du contrat.

La même exclusion s'applique aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, si l'acheteur envoie aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observe un délai de 11 jours en cas d'envoi dématérialisé, entre cet envoi et la signature du marché.

Le référé contractuel est destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves : les moyens invocables sont moins nombreux que pour le référé précontractuel. « *Les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551- 18 à L. 551-20 du même Code* ». Il appartient au juge de vérifier que les manquements invoqués par le candidat évincé ont « *affecté ses chances d'obtenir le contrat* ».

Seuls peuvent être invoqués :

- l'absence totale de publicité,
- l'absence de publication au JOUE si celle-ci est obligatoire,
- la violation du délai de *standstill*,
- la violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du référé précontractuel
- la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Le juge dispose d'un délai d'un mois à compter de sa saisine pour statuer.

Le juge du référé contractuel dispose de pouvoirs importants qui figurent aux articles L. 551-17 à L. 551-20 du Code de justice administrative. Il peut tout d'abord suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, prononcer l'annulation du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée et une pénalité financière.

8.3. LE RECOURS DE PLEINE JURIDICTION EN CONTESTATION DE LA VALIDITE DU CONTRAT

La jurisprudence « Tarn-et-Garonne » [45]ouvre aux tiers, sans considération de leur qualité, une voie de droit spécifique leur permettant de contester la validité du contrat ou certaines de ses clauses devant un juge de plein contentieux aux pouvoirs étendus.

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 est recevable à former ce recours.

Le recours doit être exercé, y compris pour les contrats relatifs à des travaux publics, dans un délai de **deux mois** à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées. Cette condition de publicité peut être remplie notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

Tous les moyens susceptibles de remettre en cause la validité du contrat ne peuvent pas être invoqués devant le juge. En effet, le caractère opérant des moyens soulevés est subordonné à la circonstance que les manquements invoqués soient en rapport direct avec l'intérêt lésé ou soient d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Le juge peut :

- décider de la poursuite de l'exécution du contrat ;
- inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe ;
- en cas d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, prononcer, le cas échéant avec un effet différé, et après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ;
- si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office, prononcer, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, l'annulation totale ou partielle.
- Saisi de conclusions en ce sens, le juge peut également condamner les parties à verser une indemnité à l'auteur du recours en réparation des droits lésés.

8.4. LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

La décision d'abandonner la procédure en la déclarant sans suite est toujours susceptible d'être contestée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir.

De même, les clauses réglementaires du contrat ne peuvent être contestées que par la voie du recours pour excès de pouvoir, le recours en contestation de validité étant exclu.

---

[45] CE, 4 avril 2014, « *Tarn-et-Garonne* », n°358994

Le régime contentieux obéit aux règles classiques de recevabilité des recours pour excès de pouvoir. Le délai de recours est notamment de **deux mois** à compter de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Le juge ne dispose que de pouvoirs limités : il peut rejeter la requête ou annuler l'acte. Le cas échéant, les requérants peuvent demander au juge d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé ou de prendre à nouveau une décision dans un délai déterminé.

9. LES MODALITES DE MODIFICATION DU MARCHE EN COURS D'EXECUTION

Aux termes des dispositions de **l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique** un marché peut être modifié en cours d'exécution, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans 6 hypothèses différentes :

- **Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux** : Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage (**article R. 2194-1 du Code de la commande publique**).
- **Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires** : Le marché peut être modifié lorsque, des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial (**article R. 2194-2 du Code de la commande publique**). Le montant de la modification ne peut pas être supérieur à 50 % du montant du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Toutefois, ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence (**article R. 2194-3 du Code de la commande publique**). L'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix pour calculer le montant de la modification (**article R. 2194-4 du Code de la commande publique**).
- **Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues** : Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir (**article R. 2194-5 du Code de la commande publique**). Ce sont des circonstances extérieures qu'un acheteur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci. Les articles R. 2194-3 et R. 2194-4 du Code de la commande publique sont applicables et notamment, le montant de la modification ne peut pas être supérieur à 50 % du montant du marché initial.
- **Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché** : Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché soit en application d'une

clause de réexamen ou d'une option soit dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial (**article R. 2194-6 du Code de la commande publique**). Une cession qui n'entre pas dans une de ces hypothèses ne peut être envisagée au profit d'un nouveau titulaire.

- **Les modifications ne sont pas substantielles** : Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. Une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :
  - elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
  - elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
  - elle modifie considérablement l'objet du marché ;
  - elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6 du Code de la commande publique (**article R. 2194-7 du Code de la commande publique**).
- **Les modifications sont de faible montant** : Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux (**article R. 2194-8 du Code de la commande publique**). La condition relative au non-dépassement des seuils européens est à apprécier au regard de la seule augmentation résultant de la modification, pas du nouveau montant du contrat une fois modifié. Si ces deux conditions sont satisfaites, sous réserve que les modifications envisagées ne s'accompagnent pas d'autres modifications susceptibles d'être substantielles, les parties peuvent conclure librement un avenant qui pourrait ainsi porter sur tous leurs engagements : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du contrat. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, pour apprécier si les seuils de 10 % ou 15 % ne sont pas dépassés, l'acheteur ou l'autorité concédante doit prendre en compte la valeur cumulée des modifications successives.

En tout état de cause, qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, **de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché**.

A noter que le fait qu'une modification du contrat en cours d'exécution se traduise par le franchissement des seuils européen n'est pas constitutif d'une irrégularité ni ne rend irrégulier a posteriori le contrat, pour autant que le calcul de la valeur estimée du besoin initial auquel ce contrat répond a été opéré dans le respect des dispositions applicables (la valeur estimée du besoin se calcule au moment du lancement de la consultation).

La modification conventionnelle du contrat en cours d'exécution donne lieu à la signature par les deux parties d'un avenant.

En cas de modifications suite à des travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires ou rendues nécessaires par des circonstances imprévues, lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne.

10. MISE A DISPOSITION DES DONNEES ESSENTIELLES

L'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros HT.

Ces données essentielles portent sur :

- La procédure de passation du marché ;
- Le contenu du contrat ;
- L'exécution du marché, notamment, lorsqu'il y a lieu, sur sa modification (article R. 2196-1 du Code de la commande publique).

L'arrêté ministériel du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique, publié au Journal officiel de la République française du 31 mars 2019, texte n°23, fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.

Cette obligation d'information est également applicable aux marchés conclus en application de l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT. Toutefois, s'agissant de ces marchés, l'acheteur peut satisfaire à cette obligation d'information en publiant au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix, la liste de ces marchés conclus l'année précédente. Cette liste mentionne l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France.

L'article 4 du décret n°2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique prévoit notamment la fusion des données du recensement et des données essentielles des marchés publics au sein d'une même liste intitulée « données essentielles des marchés publics » à partir de 40 000 euros hors taxes et la publication de ces données essentielles sur le portail national des données ouvertes et non plus sur le profil d'acheteur. Ces dispositions entrent en vigueur au 1er janvier 2024. Il s'applique aux marchés publics notifiés à compter de cette date.

L'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics publié au Journal officiel de la République française du 1er janvier 2023, texte n°8, fixe la liste des formats, normes et nomenclatures dans lesquels les données essentielles des marchés publics doivent être publiées ainsi que les modalités de leur publication ou de communication.

Le nouvel article R. 2196-1 du Code de la commande publique disposera à compter du 1er janvier 2024 que « *L'acheteur publie sur le portail national de données ouvertes les données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes dans les deux mois suivant la notification du marché ou sa modification* ». S'agissant des marchés conclus en application de l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros HT, la rédaction restera identique.

11. MODALITES D'ARCHIVAGE

L'EPA veille à garder trace de l'ensemble des étapes, opérations ou évènements de la procédure et de l'exécution des marchés publics. Ce suivi permet, en cas de besoin, de disposer des preuves de ces évènements ainsi que des décisions prises.

Lorsque l'exécution du marché a pris fin, le dossier relatif au marché fait l'objet d'un archivage. Les durées de conservation sont fixées **aux articles R. 2184-12 et R. 2184-13 du Code de la commande publique**.

L'acheteur conserve les candidatures et les offres ainsi que les documents relatifs à la procédure de passation pendant une période minimale de 5 ans à compter de la date de signature du marché.

L'acheteur conserve les pièces constitutives du marché pendant une durée minimale de 5 ans pour les marchés de fournitures ou de services et de 10 ans pour les marchés de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché.