

2019

Abrégé des marchés publics de travaux

Fédération Nationale
des Travaux Publics



EDITIONS
LE MONITEUR

Abrégé des marchés publics de travaux

2019

Abrégé des marchés publics de travaux

Fédération Nationale
des Travaux Publics



EDITIONS
LE MONITEUR

Directrice des éditions : Claire de Gramont
Directeur éditorial : Thierry Kremer
Éditeur : Richard Deau
Édition et coordination des illustrations : Alain Bouteville
Conception de la maquette : STDI (Charlène Pineau)
Conception de la couverture : STDI (Charlène Pineau)
Réalisation de la couverture : STDI (Charlène Pineau)
Mise en pages : STDI (Guylaine Gresser)
Fabrication : Isabelle Fontaine

© Groupe Moniteur (Éditions du Moniteur), Antony, 2019
ISBN papier : 978-2-281-13376-9
ISBN numérique : 978-2-281-13377-6
www.editionsdumoniteur.com

Sommaire

Première partie – Les marchés publics	7
1 Un champ élargi	9
2 Des principes fondamentaux renforcés	16
3 Les relations entre entités publiques	18
4 Types de marchés publics et procédures de passation	23
Deuxième partie – La passation des marchés	33
5 Échanges préalables	35
6 Organisation de l'achat et allotissement	38
7 Présentation de la candidature et de l'offre	40
8 Motifs d'exclusion	45
9 Dématérialisation	48
10 Procédures de mise en concurrence	56
11 Présentation et analyse des offres	62
12 Achèvement de procédure, information des candidats et notification du marché	72
13 Conservation des données relatives aux marchés	74
Troisième partie – La sous-traitance	77
14 Cadre contractuel de la sous-traitance	79
15 Cadre financier de la sous-traitance	84

Quatrième partie – Exécution des marchés/gestion contractuelle	89
16 Pouvoir de contrôle de l’acheteur	91
17 Contenu du marché public, cadre des obligations du titulaire	92
18 Exécution financière	93
19 Modification en cours d’exécution	103
20 Résiliation du marché	107
21 Délais de recours concernant les mesures prises pour l’exécution d’un marché	108
22 Réception des travaux	110
23 Règlements alternatifs des différends	112
Annexes	113
Index	123

Les marchés publics

1 Un champ élargi

1.1 Les principaux apports du nouveau Code de la commande publique ⁽¹⁾

Les nouveaux textes

Deux textes constituent le Code de la commande publique :

- l’ordonnance du 26 novembre 2018 (partie législative) du Code de la commande publique⁽²⁾ reprend les grands principes de la commande publique et en définit le périmètre ;
- le décret du 3 décembre 2018 (partie réglementaire) du Code de la commande publique⁽³⁾ décrit la passation et l’exécution des marchés publics.

Clés de lecture

Les numérotations d’articles de la partie législative (L) correspondent aux numérotations de la partie réglementaire (R).

Les numérotations se décomposent en 4 niveaux :

1. Partie

1.1. Livre

1.1.1. Titre

1.1.1.1. Chapitre

Les dispositions codifiées sont fréquemment scindées en plusieurs articles (« un point, un article »)⁽⁴⁾.

(1) Seuls les marchés publics sont traités dans cet Abrégé.

(2) Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (JO 5 décembre 2018).

(3) Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (JO 5 décembre 2018), rectifié par le décret n° 2019-259 du 29 mars 2019 (correction de coquilles, d’oublis...).

(4) Le code compte 1147 articles dans sa version en vigueur au 1^{er} avril 2019.

Le code est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

Il s'applique aux contrats de la commande publique pour lesquels une consultation est engagée ou un avis envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2019.

Il est présenté comme un texte à « droit constant », sous réserve de modifications rédactionnelles et d'harmonisation du droit.

Il intègre en effet :

- l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics ;
- des principes issus de la jurisprudence du Conseil d'État sur les marchés publics ;
- mais également d'autres textes « annexes » à la commande publique : la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, les textes relatifs aux délais de paiement, la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (Loi MOP), la loi LCAP⁽⁵⁾, LOI ELAN⁽⁶⁾⁽⁷⁾.

Focus

Les principaux apports du Code de la commande publique :

- l'intégration de grands principes de la commande publique posés par la jurisprudence ;
- des modifications dans les règles de passation des marchés publics qui vont au-delà d'ajustements rédactionnels ;
- un volet plus étoffé portant sur l'exécution des marchés publics.

Structure du code

1^{re} partie : définitions et champ d'application (les contrats, les acteurs...)

2^e partie : les marchés publics, les marchés de partenariat, les « autres marchés » (dont les contrats « *in-house* »).

3^e partie : les concessions.

(5) Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

(6) Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

(7) Les dispositions des lois MOP, LCAP et ELAN ne sont pas détaillées dans cet Abrégé.

Définition des marchés publics

Les marchés publics sont les contrats conclus :

- par un ou plusieurs acheteurs 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.**

Définition des marchés de travaux

Les marchés publics de travaux ont pour objet :

1° soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis publié au *JO* du 31 mars 2019

2° soit la réalisation, soit 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 une fonction économique ou technique.

Références

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE

Directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

Code de la commande publique, art. L. 1111-1 et 2

Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique (*JO* du 31 mars 2019)

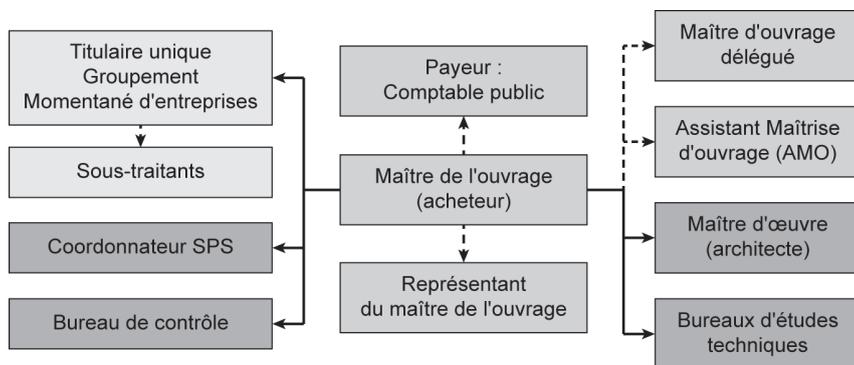


Fig. 1.1 Les intervenants d'un marché de travaux

* **Assistant à maîtrise d'ouvrage** : Le maître d'ouvrage peut passer des marchés publics d'assistance à maîtrise d'ouvrage portant sur un ou plusieurs objets spécialisés, notamment en ce qui concerne tout ou partie de l'élaboration du programme, la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération ou le conseil spécialisé dans un domaine technique, financier, juridique ou administratif (CCP, art. L. 2422-2).

** **Maître d'ouvrage délégué** : le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire l'exercice, en son nom et pour son compte de certaines de ses attributions. La délégation de maîtrise d'ouvrage est strictement encadrée par le CCP ; elle prend obligatoirement la forme d'une convention de mandat (CCP, art. L. 2422-5 à L. 2422-11).

*** **Représentant du maître d'ouvrage** : il est dûment habilité par ce dernier à l'engager dans le cadre du marché et à le représenter dans l'exécution du marché. Il peut être soit un agent du maître d'ouvrage, soit le représentant de son mandataire.

1.2 Notions d'acheteur et d'opérateur économique

La notion générique d'« acheteur » s'impose en droit de la commande publique.

Mais la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices est maintenue, ainsi que les règles qui s'y appliquent dans certains cas.

Les pouvoirs adjudicateurs

Ce sont :

1° les personnes morales de droit public

Ex. État, Collectivités territoriales et leurs établissements...

2° les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur

b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur

c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur

Ex. : Société d'Économie Mixte (SEM)

3° les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun

Ex. : Sociétés Publiques Locales (SPL)

Les entités adjudicatrices

Ce sont des acheteurs intervenant dans le domaine des réseaux tels que l'énergie (électricité, gaz, chaleur), l'eau (eau potable et assainissement sous certaines conditions), les transports (chemin de fer, tramway...)

Ces entités adjudicatrices sont :

1° les pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateur de réseaux

Ex. SEM exerçant une activité d'opérateur de réseaux...

2° les entreprises publiques qui exercent une activité d'opérateur de réseaux

Une **entreprise publique** est :

- tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou services marchands
- et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent directement ou indirectement
- une **influence dominante** en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée **dominante** lorsque ceux-ci directement ou indirectement détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

Ex. : EDF, SNCF Réseau, RATP, ...

3° les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux

Ex. Enedis-ErDF et GrDF dans le secteur de la distribution d'énergie...

Les entreprises sont des opérateurs économiques

Selon le stade de la procédure, l'entreprise qui répond à ou exécute un marché public est :

- un « **opérateur économique** » : « toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services »
- un « **candidat** » lorsqu'il « demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique »
- un « **soumissionnaire** » lorsqu'il « présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique »
- un « **attributaire** » lorsque le marché lui est notifié
- un « **titulaire** » lorsqu'il exécute le marché.

Références

Code de la commande publique, art. L. 1211-1, L. 1212-1 à L. 1212-4

Code de la commande publique, art. L. 1220-1 à L. 1220-3

Travaux				
Seuils	0 € HT	25 000 € HT	90 000 € HT	5 548 000 € HT
Modalités de publicité	Aucune publicité sauf exception	Publicité adaptée	Publicité obligatoire : BOAMP ou JAL + si nécessaire, presse spécialisée ou JOUE	Publicité obligatoire : BOAMP et JOUE
		Publicité supplémentaire facultative		

Tab. 1.1 Les seuils de publicité – Travaux

Source : Direction des Affaires Juridiques de Bercy

Travaux			
Seuils	0 € HT	25 000 € HT	5 548 000 € HT
Procédures	Marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables, sauf exception	Procédure adaptée	Procédures formalisées applicables - appel d'offres ouvert ; - appel d'offres restreint ; - procédure avec négociation ; - dialogue compétitif
			Marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas prévus par les dispositions spécifiques du CCP

Tab. 1.2 Les seuils de procédures – Travaux

Source : Direction des Affaires Juridiques de Bercy

2 Des principes fondamentaux renforcés

Nouveauté du code 2019, les principes fondamentaux sont rappelés dans un titre préliminaire.

2.1 Les grands principes applicables à la passation des marchés

Il s'agit de :

- l'égalité de traitement des candidats ;
- la liberté d'accès à la commande publique des opérateurs ;
- la transparence des procédures.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

L'étape essentielle de la « **définition préalable des besoins** » est maintenue **mais renforcée au bénéfice des acheteurs** :

- « 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 » ;
- les acheteurs choisissent désormais « **librement** » pour répondre à ces besoins **d'utiliser leurs propres moyens** ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique ;

Autres principes essentiels de la passation des marchés :

- ils ne peuvent être attribués à des opérateurs ayant fait l'objet de mesures d'exclusion définies par le code ;
- ils sont conclus pour une durée limitée.

2.2 Les principes applicables à l'exécution des contrats administratifs

Un article spécifique (L. 6) est consacré aux principes jurisprudentiels propres aux contrats administratifs, conclus par des personnes publiques :

- l'autorité contractante exerce « **un pouvoir de contrôle** » sur l'exécution du contrat ;
- elle peut **unilatéralement** modifier le contrat sans en bouleverser l'équilibre ou le résilier ;
- Le cocontractant a droit à une indemnisation en cas de modification unilatérale ou de résiliation pour un motif d'intérêt général, « **sous réserve des stipulations du contrat** ».

Il est par conséquent important de lire attentivement les documents du marché.

Le **titulaire** qui poursuit l'exécution de son contrat, lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du marché, **a droit à une indemnité**.

Références

Code de la commande publique, art. L. 1 à L. 6

Code de la commande publique, art. L. 2111-1

3 Les relations entre entités publiques

Certains contrats conclus entre entités appartenant au secteur public sont exclus en partie du champ de la commande publique. Ils sont fermés à la concurrence des entreprises privées et traités dans le Livre V « Autres marchés publics ».

Certaines dispositions relatives à l'exécution des marchés leur sont néanmoins applicables.

Les formes de relations entre ces entités diffèrent selon que l'acheteur est un pouvoir adjudicateur (PA) ou une entité adjudicatrice (EA).

3.1 Les relations internes aux pouvoirs adjudicateurs

Ces relations internes prennent la forme soit :

- d'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs ;
- d'une quasi-régie (ou « in house »).

Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en œuvre une coopération entre eux afin d'atteindre des objectifs communs dans le champ des services publics dont ils ont la responsabilité, sous deux conditions :

- 1° la mise en œuvre de la coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;
- 2° les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.

Il s'agit d'une coopération contractuelle entre pouvoirs adjudicateurs (par exemple, entre plusieurs communes ou entre plusieurs communes et un département, etc.)

Elle se distingue de la quasi-régie du fait qu'il n'existe aucun contrôle exercé par l'une des entités sur une autre.

Quasi-régie

Les contrats de quasi-régie (« in house ») sont des contrats conclus entre deux personnes morales distinctes, **mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre.**

Le marché attribué par le pouvoir adjudicateur à une autre personne morale publique ou privée de droit public ou de droit privé n'est pas soumis au code lorsque trois conditions cumulatives sont remplies :

- 1° le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale contrôlée un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- 2° **la personne morale contrôlée réalise doit réaliser plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées** par le pouvoir adjudicateur ou par d'autres personnes morales que ce dernier contrôle ;
- 3° la **participation directe de capitaux privés** s'ils ne confèrent pas une capacité de contrôle ou de blocage conduisant à exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Focus

Les niveaux de seuils définis par l'ordonnance permettent aux personnes publiques qui coopèrent entre elles et aux entités en situation de quasi-régie d'exercer jusqu'à 20 % de leurs activités sur le marché concurrentiel.

Le pourcentage d'activité est déterminé en prenant en compte :

- le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités (ex. coûts supportés) ;
- au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2511-1 à L. 2511-6

3.2 Les relations internes aux entités adjudicatrices

Entreprise liée

L'entreprise est considérée comme liée à une entité adjudicatrice si l'une des conditions est remplie :

- ses comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;
- elle est susceptible d'être directement ou indirectement soumise à l'influence dominante de l'entité ;
- elle est susceptible d'exercer une influence dominante sur l'entité ;
- elle est soumise à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence sur l'entité adjudicatrice.

Focus

S'agissant des marchés publics de travaux :

- l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédentes précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires en matière de travaux ;
- avec l'entité adjudicatrice ou d'autres entreprises auxquelles l'entité adjudicatrice est liée.

Cette entreprise liée pourra donc exercer jusqu'à 20 % de ses activités sur le marché concurrentiel.

Coentreprise

Le Code de la commande publique ne s'applique pas aux marchés passés :

- par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs activités d'opérateurs de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ;
- ainsi qu'aux marchés publics passés par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque :
 - l'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant au moins trois ans ;
 - les entités adjudicatrices qui ont constitué cet organisme en sont parties prenantes pendant au moins trois ans.

Focus

Une personne publique peut être candidate à un marché public à condition de ne pas fausser la concurrence avec les entreprises privées, que sa réponse soit le prolongement du service public, qu'elle puisse justifier que le prix proposé prenne en compte tous les coûts, qu'elle n'a pas bénéficié de ressources résultant de sa mission de service public par la production de documents comptables ou appropriés.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2511-7 à L. 2511-9

Conseil d'État, avis, 8 novembre 2000, n° 222208 – CE 30 décembre 2014, req. n° 355563 – CE 18 septembre 2015, req. n° 390041 – CE 14 juin 2019, req. n° 411444

3.3 Règles applicables à ces « autres marchés »

Il s'agit d'une clarification du code 2019.

Lorsque ces « autres marchés » sont des marchés publics, ils sont régis par :

- les règles relatives aux délais de paiement du code la commande publique⁽⁸⁾ ;
- les dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance⁽⁹⁾ ;
- les règles de résiliation du Code de la commande publique⁽¹⁰⁾ ;
- les dispositifs de règlement alternatif des différends du Code la commande publique, à l'exception des comités consultatifs de règlement amiable des différends⁽¹¹⁾.

(8) Cf. section 18.

(9) Cf. section 15.

(10) Cf. section 20.

(11) Cf. section 23.

À noter

La résiliation d'un contrat de droit privé relevant du Code de la commande publique est régie par le Code civil.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2521-1 à 4

4 Types de marchés publics et procédures de passation

4.1 Marchés publics « classiques »⁽¹²⁾

Techniques particulières d'achat

➤ Marchés à tranches

Le besoin global est connu mais seule une partie des travaux est certaine (tranche ferme). Les prestations de la tranche ferme et de chaque tranche optionnelle doivent constituer un ensemble cohérent.

Le marché porte sur l'ensemble des tranches : ferme et optionnelle (s) :

- les tranches optionnelles doivent être affermies par l'acheteur dans les délais prévus au marché pour devenir exécutoires ;
- une indemnité d'attente ou de dédit peut être prévue au marché si la tranche optionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie.

Le montant à prendre en compte au stade de la publicité du marché comprend le montant de la tranche ferme et des tranches optionnelles.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2113-4 à 6

➤ Accords-cadres

L'accord-cadre est un marché public conclu par un acheteur avec une entreprise (accord-cadre mono-attributaire) ou plusieurs entreprises (accord-cadre pluri-attributaire) qui peuvent être remises en concurrence.

Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul titulaire, l'administration est tenue de conclure avec lui des marchés subséquents à hauteur du minimum

(12) Portant sur une seule prestation réalisée ponctuellement.

apprécié sur la durée totale de l'accord-cadre, sauf à devoir indemniser le titulaire.

L'accord-cadre peut donner lieu soit à :

- des marchés subséquents, lorsqu'il ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles ;
- l'émission de bons de commande⁽¹³⁾.

L'accord-cadre peut prévoir trois cas :

- soit un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;
- soit seulement un minimum ou un maximum ;
- soit sans minimum ni maximum.

Dès lors qu'un accord-cadre ne précise pas de maximum, il est présumé dépasser les seuils européens de publicité.

Les accords-cadres ne peuvent pas dépasser :

- 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs ;
- 8 ans pour les entités adjudicatrices.

Important : indemnisation du titulaire si le montant minimum n'est pas atteint

L'engagement de l'acheteur sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit du titulaire dans l'hypothèse où ce montant ne serait pas atteint.

Le montant de l'indemnité correspond à la marge bénéficiaire nette qu'aurait dégagée l'exécution des commandes manquantes (*et non pas dans la différence entre le montant minimum et le montant des prestations réalisées*).

La rémunération des employés de l'entreprise est indemnisable si elle constitue une charge couverte par le règlement du marché.

La jurisprudence admet également que les frais d'études engagés pour la réalisation de prestations spécifiques et les frais inhérents à la mobilisation du personnel pour l'exécution du marché soient mis à la charge de l'acheteur.

(13) Attention : les bons de commande ne sont pas remis en concurrence, même si l'accord-cadre a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques (Code de la commande publique, art. R. 2162-14).

Focus

Durée des marchés

Règles applicables aux marchés ainsi qu'aux reconductions :

- cette durée est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ;
- la reconduction prévue dans le marché est tacite : le titulaire ne peut s'y opposer sauf stipulation contraire prévue dans le marché.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2162-1 à 14

4.2 Marchés globaux

Les marchés globaux sont passés par dérogation au principe d'allotissement :

- marchés de conception-réalisation ;
- marchés globaux de performance ;
- marchés globaux sectoriels.

Lorsqu'un marché global comporte des prestations de conception, une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation doit être identifiée.

4.2.1 Marchés de conception-réalisation

Ces marchés portent à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Ils dérogent au principe selon lequel les études et l'exécution doivent être réalisées par deux entités différentes^[14].

[14] Cf. le livre IV du CCP qui intègre la loi MOP du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

Ce type de marché n'est possible que pour :

- des motifs d'ordre technique ;
- améliorer l'efficacité énergétique ;
- un bâtiment neuf dont la performance énergétique dépasse la réglementation en vigueur⁽¹⁵⁾.

Ces circonstances rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Pour les ouvrages, les motifs d'ordre technique sont liés à leur destination ou leur mise en œuvre technique.

Les ouvrages concernés sont ceux :

- dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ;
- dont les caractéristiques, comme les dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des entreprises.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2171-1 et 2, L. 2171-7

Code de la commande publique, art. R. 2171-1, R. 2171-19 à 22

4.2.2 Marchés globaux de performance⁽¹⁶⁾

Le marché global de performance permet d'associer la réalisation, éventuellement la conception-réalisation, de travaux à des prestations de maintenance ou d'exploitation afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.

Ces objectifs chiffrés (qualité de service, efficacité énergétique ou incidence écologique) doivent être mesurables au cours d'exécution pour en tenir compte pour la rémunération du titulaire.

(15) Nouveau cas introduit par l'article 69 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Loi ELAN).

(16) Voir Guide IDRRIM « du bon usage des marchés publics globaux de performance en routes et voirie – Recommandations ».

Pour attribuer le marché, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères dont le critère du coût global.

L'acheteur peut être obligé, dans certaines hypothèses et à partir de certains seuils, de désigner un jury pour l'attribution des marchés globaux de conception-réalisation ou de performance.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2171-3 et 7

Code de la commande publique, art. R. 2171-2 et 3, R. 2171-15 et s.

4.2.3 Marchés globaux sectoriels

Les marchés globaux sectoriels portent notamment sur des immeubles ou ouvrages spécifiquement affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, au ministère de la défense ou aux établissements pénitentiaires.

La Société du Grand Paris (SGP) peut également confier à une entreprise une mission globale portant sur la construction et l'aménagement :

- des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris ;
- ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2171-6

Code de la commande publique, art. R. 2171-3, R. 2171-19 à 22

Focus

Les conditions de versement d'une prime en marché global

Lorsque les documents de la consultation prévoient la remise de prestations, ils indiquent le montant et les modalités de la prime versée aux soumissionnaires, notamment lorsqu'un marché global de performance comporte des prestations de conception.

Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

En cas de conception-réalisation ou marché global de performance :

- passé en procédure formalisée et que celle-ci fait intervenir un jury, la prime est versée aux soumissionnaires sur proposition du jury ;
- la rémunération du titulaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

4.3 Marchés de partenariat

4.3.1 Définition

Le marché de partenariat est un **contrat global** qui permet de confier à un ou des opérateurs économiques :

- des missions « centrales » : construction, transformation, rénovation, démantèlement ou destruction d'ouvrages, d'équipements... nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;
- des « missions facultatives » : conception, aménagement, entretien, maintenance, gestion ou exploitation de ces ouvrages, équipements ou une combinaison de ces éléments, mission de service public ;
- **tout ou partie de leur financement.**

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

4.3.2 Conditions de recours

Elles sont au nombre de trois :

- le marché de partenariat doit présenter un bilan « contractuel » plus favorable que d'autres types de marchés publics (marchés publics classiques, concessions, ...) ;
- l'acheteur doit réaliser une étude de soutenabilité budgétaire ;
- la valeur du marché doit être supérieure à des seuils minimaux.

Les seuils de recours sont :

- **2 millions d’euros HT** lorsque l’objet porte sur des équipements, des systèmes d’information ou comporte un **objectif de performance énergétique** ;
- **5 millions d’euros HT** pour les ouvrages d’infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l’énergie, des transports, de l’aménagement urbain et de l’assainissement ;
- 10 millions d’euros HT pour des prestations ou ouvrages autres.

4.3.3 Personnes concernées

Les marchés de partenariat peuvent être conclus par tout acheteur à l’exception de certains organismes de l’État, établissements publics de santé et structures de coopération sanitaire. L’État peut conclure un tel marché pour le compte de ces organismes.

4.3.4 Financement

Une personne publique peut participer au financement des investissements d’un marché de partenariat.

Le marché de partenariat peut donner lieu à des subventions et à d’autres participations financières.

Les modalités de financement indiquées dans l’offre finale peuvent présenter un **caractère ajustable**.

Des dispositions sont prévues concernant les conditions d’indemnisation, le partage des risques entre l’acheteur et le titulaire en cas d’annulation ou de résiliation du contrat.

4.3.5 Contenu du marché

Sur décision de l’acheteur, le titulaire peut être chargé d’acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l’opération y compris par voie d’expropriation.

4.3.6 Part confiée à des PME

Une PME au sens européen du terme répond aux critères suivants :

- moins de 250 personnes ;
- chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ;
- non détenue à plus de 25 % par une autre entreprise⁽¹⁷⁾.

L'acheteur prend en compte parmi les **critères d'attribution la part d'exécution du marché de partenariat que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME.**

Le titulaire :

- s'engage à confier à des PME une part minimale de 10 % de l'exécution du marché ;
- il doit constituer un cautionnement à la demande des prestataires exécutant une partie du marché.

4.3.7 Rémunération du titulaire et occupation du domaine public

Le titulaire est rémunéré par l'acheteur à compter de l'achèvement des opérations de construction et pendant toute la durée du contrat :

- cette rémunération est liée à des objectifs de performance ;
- elle peut faire l'objet de cessions de créances professionnelles ;
- le contrat peut donner lieu à des avances et acomptes.

Le marché peut déterminer des recettes annexes ou issues de la valorisation du domaine par le titulaire⁽¹⁸⁾. En cas d'occupation du domaine public le titulaire possède des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2200-1 à L. 2236-1

Code de la commande publique, art. R. 2200-1 à R. 2236-1

(17) Recommandation de la Commission européenne du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises.

(18) Ce qui entraîne une diminution de la rémunération versée par l'acheteur.

4.4 Partenariat d'innovation

Définition

Le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet :

- la recherche et le développement de **travaux innovants** ;
- l'acquisition ultérieure des travaux qui en résultent ;
- un besoin qui ne peut être satisfait par des technologies déjà disponibles sur le marché.

Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services « nouveaux ou sensiblement améliorés ».

Le caractère innovant peut relever :

- de la mise en œuvre de **nouveaux procédés de production ou de construction** ;
- d'une **nouvelle méthode de commercialisation** ;
- d'une **nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise.**

La valeur à prendre en compte pour déterminer le montant du partenariat correspond au montant cumulé de :

- la valeur totale estimée des activités de R&D menées au cours des différentes phases du partenariat ;
- la valeur totale estimée des travaux innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée.

Les procédures d'attribution des partenariats d'innovation sont déterminées en fonction des seuils et des acheteurs concernés.

À noter

- La valeur estimée des travaux envisagés ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement.

Focus : Les domaines d'innovation identifiés dans le secteur des travaux publics

L'organisation des chantiers :

- la sécurité des installations : pour les travailleurs, les visiteurs et le grand public, la prévention et la réduction des risques ;
- la réduction des nuisances : sonores, olfactives, etc. ;
- la réduction des consommations énergétiques : des émissions de gaz à effet de serre, la production d'énergie renouvelable...

Concernant la conception et l'exploitation des ouvrages :

- la mise en œuvre des équipements : de nouveaux matériaux ;
- la valorisation des matières : réutilisation de matériaux composites ;
- la prise en compte de l'existant : notamment la réutilisation d'ouvrages existants ;
- l'amélioration du bilan environnemental des installations ;
- l'efficacité énergétique ;
- le traitement des déchets : la réduction, le recyclage et leur réutilisation...

Références

Code de la commande publique, art. L. 2172-3

Code de la commande publique, art. R. 2172-20 à R. 2172-32

4.5 Programmes expérimentaux

Il s'agit d'une procédure particulière permettant aux acheteurs de réaliser des ouvrages afin de vérifier et tester la pertinence de projets relevant d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation :

- la mise en concurrence est limitée à des opérateurs économiques dont les projets ont été sélectionnés par le jury du programme public national ;
- un protocole d'expérimentation est prévu entre l'acheteur et l'organisme public responsable du programme national.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2172-33 et 34

Code de la commande publique, art. R. 2122-10 et 11

La passation des marchés

5 Échanges préalables

Les acheteurs sont encouragés à effectuer des consultations, études de marché ou à solliciter des avis sur leurs projets de marchés (sourcing⁽¹⁹⁾).

Mais l'utilisation des résultats de ces études ne doit pas avoir pour effet de fausser la concurrence, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement et la transparence des procédures.

En effet, le fait pour une entreprise de détenir une « information privilégiée » peut être un motif d'exclusion de la procédure de mise en concurrence. L'acheteur apprécie l'impact de cette « information privilégiée » au titre des **exclusions** de la commande publique.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2141-7 à 11

Code de la commande publique, art. R. 2111-1 et 2

Important

Des délais suffisants pour préparer les offres !

Désormais, l'acheteur doit fixer les délais de réception des offres⁽²⁰⁾ en tenant compte de **la complexité du marché et du temps nécessaire aux entreprises pour préparer leur offre.**

(19) Ou sourcing.

(20) Ainsi que des délais de réception des candidatures.

Tab 5.1 Points de vigilance avant la remise d'une offre

Constat	Actions
Lecture et vérification des pièces du marché à fournir par les candidats	Lecture attentive du dossier de consultation mais surtout du règlement de consultation du marché.
Informations complémentaires fournies par l'acheteur	<p>Si les candidats à un marché public ont besoin d'informations complémentaires :</p> <ul style="list-style-type: none"> – depuis le 1^{er} octobre 2018 et pour les marchés > 25 000 €HT les demandes d'informations adressées à l'acheteur devront l'être par voie dématérialisée ; – dès lors que la réponse peut apporter une connaissance spécifique ou un avantage à un candidat pour la compréhension du projet, l'ensemble des candidats doit être informé. <p>En cours de procédure, l'acheteur peut apporter des correctifs mineurs à condition de ne pas modifier substantiellement la définition du besoin ou la nature du marché.</p> <p>Ces compléments ou correctifs doivent être communiqués à l'ensemble des candidats dans un délai raisonnable <u>et</u> avant la date limite de remise des offres.</p>
Contenu des spécifications techniques	Elles peuvent préciser si un transfert des droits de propriété intellectuelle est exigé au profit de l'acheteur. Attention au savoir-faire de l'entreprise et de son transfert à l'acheteur du fait de cette précision dans le marché.
Si le marché ne respecte pas les principes fondamentaux ou les procédures en vigueur. Si certaines clauses administratives ou techniques ne sont pas conformes à la réglementation (Ex. clauses de révision de prix)	<p>Demander à l'acheteur de modifier les documents du marché, de laisser aux entreprises un nouveau laps de temps suffisant pour répondre.</p> <p>Intervention possible pour demande de précision ou de rectification par les Fédérations régionales ou la Fédération Nationale des Travaux Publics.</p>

Focus**Vigilance sur les clauses de variation de prix**

Les formules de variation des prix doivent traduire les variations économiques constatées pendant l'exécution des marchés. Elles peuvent donc avoir une incidence positive ou négative sur les prix des marchés.

Il s'agit d'un élément essentiel de la mise en concurrence initiale des candidats. Concrètement, une fois le marché signé et conformément au principe d'intangibilité du prix, les formules de variation et les index de référence ne peuvent plus être remis en cause.

Il s'agit d'un engagement contractuel. Ni l'acheteur ni le titulaire ne peut, en principe, y renoncer ou en empêcher unilatéralement la mise en œuvre.

Le « *guide prix* » de la DAJ de Bercy précise :

« Lors de la mise en concurrence d'un marché de travaux ou de fournitures et services non courants, invitez les candidats ayant détecté une anomalie dans le choix des éléments de référence à vous en informer aussitôt, car aucun avenant ne sera possible.

Le pouvoir adjudicateur rectifiera la clause et prolongera le délai de remise des offres ».

NB : Le site web du Moniteur propose un moteur de recherche qui permet d'identifier les index les plus appropriés aux travaux objet du marché.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2111-5

Code de la commande publique, art. R. 2143-2 et R. 2151-1

Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics (JO 31 mars 2019)

Guide prix : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/autres_groupes_travail/guide-prix-dans-mp.pdf

6 Organisation de l'achat et allotissement

Désormais, l'acheteur a trois possibilités pour organiser son achat :

1° la **mutualisation** de ses besoins. C'est-à-dire faire appel à une centrale d'achat ou constituer un groupement de commandes avec d'autres acheteurs ;

2° l'**allotissement** des prestations du marché ;

3° la **réserve des marchés** à certains opérateurs.

6.1 Allotissement

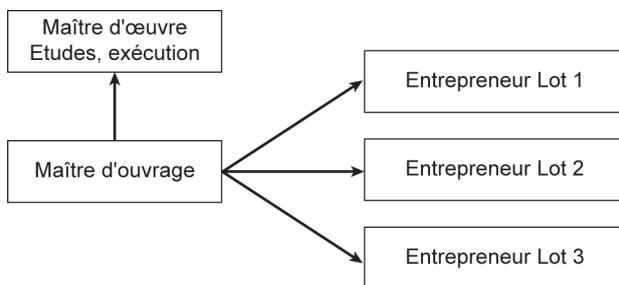


Fig. 6.1 Mise en œuvre de l'allotissement

Sauf exception, les marchés publics sont divisés en lots.

Le principe de l'allotissement est confirmé et étendu à tous les acheteurs, sauf pour les marchés globaux.

L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.

Trois exceptions sont maintenues :

- si l'acheteur ne peut pas assurer seul les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- si la dévolution en lots séparés a pour effet de restreindre la concurrence ;
- si elle risque de rendre l'exécution du marché techniquement difficile ou coûteuse.

Les cas de non allotissement doivent être motivés en droit et en fait.

L'acheteur peut limiter le nombre de lots :

- pour lesquels un candidat peut présenter une offre ;
- qui peuvent être attribués à un même opérateur⁽²¹⁾.

Les candidats ne peuvent présenter des offres variables⁽²²⁾ en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus par un même attributaire.

6.2 Marchés réservés

Certains marchés ou lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou établissements qui emploient au moins 50 % de :

- travailleurs handicapés
- travailleurs « défavorisés »⁽²³⁾.

Important

Un acheteur ne peut réserver un marché à la fois à des établissements employant des travailleurs handicapés et à ceux employant des travailleurs défavorisés. Il doit choisir entre ces deux catégories de travailleurs.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2113-1 à L. 2113-16

Code de la commande publique, art. L. 2151-1

Code de la commande publique, art. R. 2113-1 à 3, R. 2113-7 et 8

(21) Attention à bien vérifier le contenu du règlement de la consultation.

(22) En d'autres termes « consentir un rabais » en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

(23) Nouvelle catégorie issue des directives européennes relatives aux marchés publics de 2014.

7 Présentation de la candidature et de l'offre

CANDIDATURE	OFFRE
<ul style="list-style-type: none">✓ DC1✓ DC2 <p>Capacité économique et financière :</p> <ul style="list-style-type: none">– extraits du CA (Chiffre d'Affaires) ;– comptes annuels ;– déclaration appropriée de banque... <p>Capacité technique et professionnelle :</p> <ul style="list-style-type: none">– liste des travaux pendant 5 ans ;– carte /identifications professionnelles FNTP ;– certificats de capacité ;– personnel d'encadrement... <p>✓ Possibilité de prendre en compte les capacités des sous-traitants</p> <p>-----</p> <p>Ou DUME (cf. partie 9)</p>	<ul style="list-style-type: none">✓ Acte d'engagement (les CCAP et CCTP ne doivent pas normalement être signés, ni paraphés, ni renvoyés) DC 4 – Déclaration de sous-traitance✓ détail estimatif✓ bordereau des prix✓ mémoire technique✓ fiches techniques....

7.1 Documents à produire

En fonction des exigences de l'acheteur inscrites dans le règlement de la consultation :

- **une déclaration sur l'honneur concernant les interdictions de soumissionner et l'emploi des travailleurs handicapés**,
☞ cette déclaration est généralement remplacée par le **formulaire DC1 – Lettre de candidature – Habilitation du mandataire par ses cotraitants**
- les documents et renseignements concernant **l'aptitude et les capacités techniques et financières des candidats**.

☞ ces éléments sont généralement remplacés par le **formulaire DC2 – Déclaration du candidat individuel ou du membre du groupement**⁽²⁴⁾

Les éléments de la candidature peuvent être remplacés par le **DUME** (*Document Unique de Marché Européen, cf. partie 9 relative à la dématérialisation*).

Important

Seul le candidat potentiellement **attributaire** doit prouver qu'il n'est pas interdit de soumissionner et fournir les documents justificatifs.

L'acheteur doit désormais fixer des **délais** en tenant compte de la **complexité du marché et du temps nécessaire aux entreprises pour préparer leurs candidatures et leurs offres**.

Focus « Dites-le nous une fois » : des mesures pour alléger les dossiers administratifs des candidats

1 – Les entreprises ne sont plus tenues de fournir les documents que l'acheteur peut obtenir gratuitement et directement :

- via un système électronique d'informations géré par un organisme officiel (INSEE, ACOSS, DGFIP)⁽²⁵⁾ ;
- via par un espace de stockage numérique.

Le candidat indique toutes les informations nécessaires à la consultation de ces espaces numériques⁽²⁶⁾. L'accès doit être gratuit et direct pour l'acheteur.

2 – Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une

(24) Les DC1 et DC2 sont à signer si l'acheteur l'exige dans le RC.

(25) Décret n° 2019-33 du 18 janvier 2019 fixant la liste des pièces justificatives que le public n'est plus tenu de produire à l'appui des procédures administratives en application de l'application de l'article L. 113-13 du code des relations entre le public et l'administration – cf. www.fnfp.fr.

(26) Ces espaces sont par exemple, un prestataire extérieur qui détient et gère des informations relatives à l'entreprise (plateforme), l'espace de stockage numérique de l'entreprise elle-même, l'espace de stockage numérique de la plateforme sur laquelle l'entreprise répond au marché.

précédente consultation et qui demeurent valables, **même si celui-ci ne l'a pas expressément prévu**⁽²⁷⁾.

7.2 Capacités exigées des candidats

L'acheteur fixe des niveaux minimaux :

- de capacité économique ;
- de capacité financière ;
- de capacité technique et professionnelle.

Ils doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Pour les marchés de travaux, de services, de fournitures (comportant des travaux de pose ou d'installation), l'acheteur peut imposer que les candidats indiquent les noms et qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques chargées de l'exécution du marché.

7.3 Mise en œuvre des capacités

L'acheteur ne peut exiger que des renseignements et documents figurant sur une liste établie par un arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats.

Focus : candidature en groupement

- fournir un seul DC1 pour le groupement mais autant de DC2 qu'il y a de membres du groupement ;
- **l'appréciation des capacités en cas de groupement est toujours globale ;**
- chaque membre du groupement ne doit pas détenir la totalité des capacités requises pour exécuter le marché ;
- si le groupement est désigné **attributaire**, le mandataire devra produire un document d'habilitation par les autres membres du groupement justifiant de sa capacité de mandataire. Il n'existe pas de document type d'habilitation.

(27) CCP, art. R. 2143-14.

Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché. **Une même personne physique ne peut présenter plusieurs candidatures.**

Si des pièces sont absentes ou incomplètes lors de la candidature, l'acheteur **peut** demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai approprié.

Références

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics (JO 31 mars 2019)

Focus

Les obligations en matière d'assurance

➤ Risques professionnels

L'article R. 2142-12 du code classe le niveau approprié d'assurance dans la catégorie des capacités économiques et financières.

L'arrêté du 22 mars 2019 permet à l'acheteur d'exiger la preuve d'une assurance **des risques professionnels pertinents** selon l'objet du marché et à la nature des prestations à réaliser.

Il s'agit d'apprécier la capacité des candidats à réparer les dommages de toute nature causés, notamment à des tiers, du fait de l'exécution du marché.

➤ Assurance décennale légalement obligatoire

Le candidat **doit s'engager à souscrire** un contrat d'assurance le couvrant pour sa responsabilité décennale lorsque cette assurance est légalement obligatoire en vertu des articles L. 241-1 et L. 243-1-1 du Code des assurances.

La **preuve de la souscription** d'un contrat d'assurance couvrant cette responsabilité ne peut être exigée que du **seul candidat dont l'offre a été retenue**. Elle prend la forme d'une attestation d'assurance qui doit comporter des **mentions**

minimales fixées par arrêté⁽²⁸⁾ : dénomination sociale et adresse de l'assuré, numéro unique d'identification, nom/adresse/coordonnées de l'assureur, numéro du contrat, période de validité et date d'établissement de l'attestation, périmètre de la garantie, etc.

Cette exigence ne peut donc concerner l'ensemble des candidats, dès le stade du dépôt des candidatures ou au stade de leur vérification.

Cette exigence ne concerne pas non plus les candidats qui réalisent des ouvrages dits de « génie civil » qui ne sont pas soumis à assurance décennale obligatoire. Il s'agit des ouvrages listés à l'article L. 243-1-1 du Code des assurances :

Ne sont pas soumis aux obligations d'assurance édictées par l'article L. 241-1 du Code des assurances :

- les ouvrages maritimes, lacustres, fluviaux, les ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, héliportuaires, ferroviaires, les ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et d'effluents, ainsi que les éléments d'équipement de l'un ou l'autre de ces ouvrages ;
- les voiries, les ouvrages piétonniers, les parcs de stationnement, les réseaux divers, les canalisations, des lignes ou câbles et leurs supports, les ouvrages de transport, de production, de stockage et de distribution d'énergie, les ouvrages de stockage et de traitement de solides en vrac, de fluides et liquides, les ouvrages de télécommunications, les ouvrages sportifs non couverts, ainsi que leurs éléments d'équipement, sauf si l'ouvrage ou l'élément d'équipement est accessoire à un ouvrage soumis à obligation d'assurance.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2142-1

Code de la commande publique, art. R. 2142-1 à R. 2144-7

Code des assurances, art. L. 241-1 et L. 243-1-1

Guide « Assurances » pour les entreprises de travaux publics, www.fntp.fr

(28) Arrêté du 5 janvier 2016 fixant un modèle d'attestation d'assurance comprenant des mentions minimales prévu par l'article L. 243-2 du code des assurances (pour les chantiers dont la date d'ouverture est postérieure au 1^{er} juillet 2016).

8 Motifs d'exclusion

Les interdictions de soumissionner sont renommées « **motifs d'exclusion** » de la procédure de passation.

Ces exclusions sont de deux ordres : « de plein droit » ou soumises « à l'appréciation de l'acheteur ».

8.1 Les exclusions de plein droit

Les interdictions de soumissionner « obligatoires » et les preuves à apporter concernent :

- les infractions visées au Code pénal, Code général des impôts...⁽²⁹⁾. Une déclaration sur l'honneur est une preuve suffisante ;
- la régularité fiscale et sociale (cf. les certificats à fournir⁽³⁰⁾, l'attestation de vigilance...) ;
- les situations de liquidation ou redressement judiciaires (le Kbis, les copies des jugements) ;
- l'emploi de salariés étrangers.

8.2 Les exclusions à l'appréciation de l'acheteur

Il s'agit de situations qui confèrent un pouvoir d'appréciation à l'acheteur pour écarter ou non une entreprise candidate. Elles se distinguent en deux catégories.

(29) Suppression de la fourniture du casier judiciaire par la loi SAPIN II du 10 décembre 2016.

(30) Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique (JO 31 mars 2019).

8.2.1 Manquements allégués dans les marchés précédents au cours des 3 dernières années

Le manquement en cause doit être **grave ou persistant** (hors résiliation et dommages et intérêts prévus par les textes).

Il n'y a pas d'exemple précis à ce stade.

La DAJ de Bercy en déduit *a contrario* que :

- une sanction pécuniaire pour retard à l'issue du DGD (pénalités) ;
- ou un retard d'exécution de « quelques jours »

ne sont pas de nature à justifier une exclusion pour manquement.

8.2.2 Atteintes au droit de la concurrence et au droit de la commande publique

Ces manquements se caractérisent par :

- une influence indue sur le processus décisionnel de l'acheteur ;
- des informations privilégiées créant une distorsion de concurrence ;
- des indices graves et sérieux sur l'existence d'une entente ;
- un conflit d'intérêts.

La DAJ de Bercy précise que les cas jugés suspects par les acheteurs doivent être signalés aux autorités compétentes (DGCCRF, Autorité de la Concurrence, etc.).

Les exclusions pour ces motifs doivent rester exceptionnelles.

Pour ces deux types d'exclusions, **c'est bien l'exclusion** elle-même qui reste « **facultative** » dans la mesure où :

- les acheteurs doivent respecter des principes de proportionnalité et l'organisation d'une procédure « contradictoire » ;
- les entreprises doivent toujours pouvoir justifier qu'elles ont « **pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements énoncés** » avant qu'une exclusion soit effectivement prononcée.

Exclusions en cas de **groupement d'entreprises et de sous-traitance** :

- en cas d'exclusion d'un candidat membre du groupement ou d'un sous-traitant : il peut être remplacé dans **un délai de 10 jours** à compter de la demande de remplacement par l'acheteur.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2141-1 à L. 2141-14

9 Dématérialisation⁽³¹⁾

9.1 Dématérialisation des marchés publics pour les marchés supérieurs à 25 000 € HT

Depuis le 1^{er} octobre 2018, la dématérialisation généralisée des marchés publics concerne la passation des marchés publics \geq 25 000 € HT, pas leur exécution.

Elle s'applique à :

- la mise à disposition des documents de la consultation ;
- la réception des candidatures et des offres ;
- tous les échanges avec les acheteurs : questions, demandes d'informations, de compléments, les échanges relatifs à la négociation ;
- les notifications des décisions (lettre de rejet, etc.).

En cas de négociation, la dématérialisation n'empêche pas les « rencontres physiques » entre acheteurs et entreprises⁽³²⁾.

Important

Ne pas confondre dématérialisation généralisée et signature électronique :

- les échanges dématérialisés sont obligatoires pour les marchés \geq 25 000 € HT lancés à compter du 1^{er} octobre 2018
- la signature électronique n'est pas obligatoire. Il revient à l'acheteur de l'imposer ou pas.

Si l'offre arrive après l'heure, l'acheteur doit la rejeter⁽³³⁾. C'est l'heure de réception du pli sur la plateforme qui fait foi (« dernier octet »), pas l'heure d'envoi.

Si l'entreprise envoie une offre papier pour un marché \geq 25 000 € HT, son offre est irrégulière.

Elle peut être régularisée par l'acheteur mais il n'est jamais obligé de le faire !

(31) Pour plus de développements consulter le guide pratique « Dématérialisation et numérique dans les marchés publics » octobre 2018 : <https://www.fnfp.fr/>

(32) Réponse Sénat n° 07086 du 4 octobre 2018.

(33) Cette disposition est confirmée dans le Code de la commande publique, tant pour la candidature que pour l'offre : « Les offres reçues hors délai sont éliminées » (CCP, art. R. 2143-2 et R. 2151-5).

Références

Code de la commande publique, art. L. 2132-2

Code de la commande publique, art. R. 2132-1 à 14

Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique (JO 31 mars 2019)

9.2 Plateformes

Le profil d'acheteur est la **plateforme de dématérialisation** permettant aux acheteurs de :

- mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs par voie électronique ;
- réceptionner par voie électronique les documents transmis⁽³⁴⁾ par les candidats.

Les plateformes doivent obligatoirement répondre à certaines fonctionnalités :

- comporter un moteur de recherche par mots-clés ;
- réceptionner les offres même arrivées hors délais ;
- fournir un service de courrier électronique ;
- prévoir un espace de test pour simuler le dépôt de plis (« bac à sable ») ;
- mettre à disposition une assistance technique...

Les exigences techniques à satisfaire par toutes les plateformes concernent :

- la taille, les formats des documents, qui doivent être annoncés ;
- l'horodatage qui doit être conforme au règlement européen ;
- la confidentialité des plis jusqu'à l'ouverture habilitée ;
- le recours à des moyens de cryptologie...

(34) Candidature et offre.

Important

Le dépôt de documents sur la plateforme donne lieu immédiatement à l'**envoi d'un accusé réception automatique** comportant les mentions suivantes :

- l'identification de l'entreprise auteur du dépôt ;
- le nom de l'acheteur ;
- l'intitulé et l'objet de la consultation concernée ;
- la date et l'heure de réception des documents ;
- **la liste détaillée des documents transmis.**

Conseils

- S'inscrire au préalable sur la plateforme, si nécessaire ;
- Créer des adresses mail collectives, vérifier que les mails envoyés par les plateformes « n'arrivent » pas dans les spams ;
- Lire attentivement la partie « dématérialisation » du règlement de consultation ;
- Utiliser au préalable l'espace de test de la plateforme sur laquelle la réponse est exigée ;
- **Anticiper le dépôt des offres** pour éviter les « embouteillages » de réseaux.

Vérifier

- la mise à jour des logiciels et des antivirus, la connexion Internet haut-débit ;
- l'espace disponible dans les ordinateurs, la taille des fichiers à envoyer ;
- la validité des certificats de signature électronique.

Références

Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs (JO 31 mars 2019)

9.3 Signature électronique

La personne qui signe électroniquement est celle qui aurait signé le même document de manière manuscrite. Il s'agit de la personne habilitée à engager l'entreprise qu'elle représente.

Le certificat est attribué à une seule personne physique.

Les supports de ce certificat peuvent être une clé USB cryptographique ou une carte à puce.

Les autorités de certification qui délivrent des certificats de signature sont référencées à l'adresse suivante :

<http://www.lsti-certification.fr/index.php/fr/services/certificat-electronique>

Conseils

- Un ZIP signé ne vaut pas signature de chaque document du zip. Les pièces doivent être signées individuellement ;
- Organiser les délégations de pouvoir, anticiper les absences des personnes habilitées à signer les marchés.

Remarque

Qui signe électroniquement ?

Il n'y a pas de procédure uniforme de signature sur les plateformes.

- **Si le candidat est une entreprise :**

La personne ayant qualité pour engager la société vis-à-vis des tiers et disposant d'un certificat de signature électronique signe l'offre (acte d'engagement).

- **En cas de groupement momentané d'entreprises (cotraitance)⁽³⁵⁾ :**
 - soit tous les membres du groupement signent,
 - soit le mandataire habilité à les représenter signe, en vertu d'un mandat express qui est joint à la candidature ou à l'offre.

(35) Guide très pratique, *La dématérialisation des marchés publics pour les opérateurs économiques*, DAI Bercy (E88), version 4.0 (Avril 2019).

Un parapheur électronique peut être mis à disposition afin de gérer la cosignature des membres.

– **En cas de sous-traitance**⁽³⁶⁾ :

Il peut être exigé une signature électronique du sous-traitant.

Référence

Arrêté du 22 mars 2019 relatif à la signature électronique des contrats de la commande publique (JO 31 mars 2019)

9.4 Copie de sauvegarde et documents volumineux

La copie de sauvegarde⁽³⁷⁾ est une copie à l'identique de la réponse électronique destinée à se substituer, dans certains cas, aux plis transmis par voie électronique. Elle relève du choix de l'entreprise, l'acheteur ne peut pas l'imposer.

Attention

La copie de sauvegarde doit parvenir, comme l'offre électronique, avant la date et l'heure limite de remise des plis.

L'acheteur n'ouvrira la copie de sauvegarde qu'à certaines conditions :

– en cas de virus dans le pli électronique ;

à condition que la transmission du pli électronique ait commencé avant l'heure limite de remise des plis :

– si le pli électronique est reçu de façon incomplète ;

– s'il est reçu hors délais ;

(36) Guide très pratique, *La dématérialisation des marchés publics pour les opérateurs économiques*, DAI Bercy (E82), version 4.0 (Avril 2019).

(37) Elle prend la forme soit d'un support « papier », soit d'un support physique électronique (CD, DVD...).

- s’il n’a pas pu être ouvert.

Si l’entreprise est située en « zone blanche », l’envoi d’une copie de sauvegarde est fortement recommandé.

En cas de documents volumineux, l’acheteur :

- indique les moyens électroniques par lesquels ils peuvent être obtenus en dehors de sa plateforme ;
- peut autoriser les candidats à déposer ces documents sur un espace de stockage électronique.

Référence

Arrêté du 22 mars 2019 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde (JO 31 mars 2019)

9.5 DUME – Document Unique de Marché Européen

Le DUME est une déclaration sur l’honneur prévue par les directives de 2014 relatives aux marchés publics.

C’est un document unique pour les éléments de la candidature. À ce titre, il a vocation à remplacer les **formulaire DC1 et DC2**. Il est amené à évoluer.

Important

L’utilisation du DUME n’est pas obligatoire pour les entreprises⁽³⁸⁾.

Par contre, les acheteurs doivent accepter les DUME électroniques envoyés par les entreprises.

Un formulaire DUME « adapté » a été développé par l’administration française : <https://dume.chorus-pro.gouv.fr/#/operateur-economique>

(38) Code de la commande publique, art. R. 2143-4, Guide très pratique, *La dématérialisation des marchés publics pour les opérateurs économiques*, DAJ Bercy (E110), version 4.0 (Avril 2019).

Certaines rubriques sont à compléter uniquement en fonction de la nature du marché : travaux, services ou fournitures. Le DUME devrait être en partie complété par l'acheteur en amont avant de le mettre à disposition des entreprises.

La FNTP et l'AFNUM⁽³⁹⁾ ont mis à disposition une version commentée du DUME. Elle est disponible sur le site de la FNTP : www.fntp.fr

Conseils

- compléter les rubriques en fonction des exigences du règlement de la consultation (RC) du marché, cf. la partie « candidature » ;
- si le RC ne précise rien, compléter le DUME en fonction des formulaires DC1 et DC2 utilisés habituellement.

Important

- en cas de **groupement**, chaque membre du groupement devra remplir un DUME ;
- en cas de sous-traitance, chaque sous-traitant devra également remplir un DUME⁽⁴⁰⁾. Cependant il sera différent de celui du candidat, avec des parties distinctes à compléter selon que le sous-traitant est déclaré au stade de la candidature ou de l'offre.

Référence

Code de la commande publique, art. R. 2143-4

(39) Alliance Française des Industries du Numérique.

(40) Guide très pratique, *La dématérialisation des marchés publics pour les opérateurs économiques*, DAJ Bercy (E122), version 4.0 (Avril 2019).

9.6 Maquette numérique/BIM⁽⁴¹⁾

L'acheteur peut exiger l'utilisation d'outils de modélisation électronique des données de la construction communément appelés maquette numérique/BIM⁽⁴²⁾.

Ces outils ne doivent pas être discriminatoires ni restreindre l'accès des entreprises aux marchés publics.

Le choix opéré par la France est de ne pas rendre le BIM obligatoire mais plutôt d'inciter à son utilisation.

Référence

Code de la commande publique, art. R. 2132-10

(41) BIM : Building Information Modelling.

(42) Code de la commande publique, art. R. 2132-10.

10 Procédures de mise en concurrence

10.1 Seuils et procédures d'attribution

10.1.1 Marchés < 25 000 € HT – Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables en fonction du montant

L'acheteur doit :

- choisir une offre pertinente ;
- faire une bonne utilisation des deniers publics ;
- **et ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur** lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2122-1

Code de la commande publique, art. R. 2122-8

10.1.2 25 000 € HT < Procédure adaptée < 5 548 000 € HT

Autre cas d'utilisation de la procédure adaptée : en cas de « petits lots »⁽⁴³⁾.

Lorsque l'acheteur prévoit une négociation :

- **il peut cependant attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation ;**
- à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve le droit de négocier.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2123-1

Code de la commande publique, art. R. 2123-1, art. R. 2123-4 à 6

(43) Il s'agit d'un lot d'un marché alloti dont le montant total est > 5 548 000 €HT, la valeur estimée de chaque lot est < à 1 million HT pour des travaux et le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

10.1.3 Marchés > 5 548 000 € HT – Procédures formalisées

Ces procédures doivent être utilisées par les acheteurs lorsque le montant estimé des travaux est supérieur au seuil européen de 5 548 000 € HT⁽⁴⁴⁾.

➤ Appel d’offres ouvert ou restreint

L’acheteur choisit l’offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation et sur la base de critères préalablement connus des candidats.

L’acheteur peut décider d’examiner les offres avant les candidatures.

En appel d’offres restreint, une entité adjudicatrice peut fixer la date limite de réception des offres d’un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition qu’elle soit la même pour tous.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2124-1, art. L. 2124-2

Code de la commande publique, art. R. 2124-2

Code de la commande publique, art. R. 2161-2 à 11

➤ Procédure avec négociation

Les notions de « procédure concurrentielle avec négociation » pour les pouvoirs adjudicateurs ou de « procédure négociée avec mise en concurrence préalable » pour les entités adjudicatrices disparaissent au profit d’une seule procédure : la **procédure avec négociation**.

Il s’agit d’une procédure par laquelle l’acheteur négocie les conditions du marché avec une ou plusieurs entreprises. Les exigences minimales et les critères d’attribution ne peuvent pas faire l’objet de négociation.

(44) Ce seuil européen est modifié tous les 2 ans par la Commission Européenne.

Important

Même si elle porte le même nom, cette procédure est appliquée différemment selon que l'acheteur est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

Cas d'utilisation pour les pouvoirs adjudicateurs

La procédure avec négociation et le dialogue compétitif peuvent être utilisés dans les cas suivants :

- 1° pas de solutions immédiatement disponibles ;
- 2° mise en œuvre d'une solution innovante ;
- 3° prestations de conception ;
- 4° complexité du montage juridique et financier, risques associés aux marchés ;
- 5° impossibilité de définir des spécifications techniques ;
- 6° en cas d'appel d'offres initial, seulement si des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.

De même le pouvoir adjudicateur :

- négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales ;
- peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition de l'avoir indiqué dans les documents de la consultation.

Les **entités adjudicatrices** passent librement leurs marchés selon cette procédure.

Focus

La possibilité de ne pas négocier

Deux procédures prévoient cette possibilité :

- la procédure avec négociation ;
- la procédure adaptée.

Exemple de formulation dans un règlement de consultation : « l'acheteur se réserve la possibilité ou non de négocier »

→ Conséquences :

- si l'acheteur n'a pas prévu la négociation dans son marché, il ne peut y recourir ;
- si l'acheteur l'a prévue, il n'est pas tenu de la mettre en œuvre.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2124-3

Code de la commande publique, art. R. 2124-3 et 4

Code de la commande publique, art. R. 2161-12 à 23

➤ Dialogue compétitif

L'acheteur dialogue avec les candidats :

- admis à participer à la procédure ;
- en vue de définir les solutions de nature à répondre à ses besoins ;
- solutions sur lesquelles les candidats remettent une offre.

Il peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue.

Pour les **pouvoirs adjudicateurs** : les cas d'utilisation sont les mêmes que ceux de la procédure avec négociation.

Pour les **entités adjudicatrices** : elles passent librement leurs marchés selon cette procédure.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2124-4

Code de la commande publique, art. R. 2124-5 et 6

Code de la commande publique, art. R. 2161-24 à 31

10.2 Procédures sans seuil : marchés sans publicité ni mise en concurrence

Ils correspondent aux anciens marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence.

Cas d'utilisation en raison de l'objet du marché :

- urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures pour l'acheteur. Ces circonstances ne lui permettent pas de respecter les délais des procédures formalisées ;
- dans certaines procédures lorsque aucune candidature ou offre n'est déposée, en cas de candidatures irrecevables ou d'offres inappropriées. Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées ;
- lorsque les travaux ne peuvent être fournis que par une entreprise en raison :
 - de l'objet du marché : la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
 - de raisons techniques⁽⁴⁵⁾ ;
 - de l'existence de droits d'exclusivité, de droits de propriété intellectuelle.
- la réalisation de prestations similaires à celles confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.
 - conditions : le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires ;
 - la mise en concurrence initiale a pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ;
 - si un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée de ces marchés ne peut dépasser 3 ans à compter de la notification du marché initial.
- pour les marchés inférieurs à 25 000 euros HT : cf. § 10.1.1

Cas d'utilisation en fonction de l'acheteur :

- un pouvoir adjudicateur veut acquérir des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de

(45) Lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur et sous conditions.

développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement ;

– une entité adjudicatrice souhaite passer un marché :

- à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement⁽⁴⁶⁾ ;
- pour l'acquisition urgente de fournitures à un coût particulièrement avantageux.

À NOTER : le code 2019 ne prévoit plus l'hypothèse des marchés < aux seuils européens lorsque la mise en concurrence « est impossible ou manifestement inutile en raison de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence ».

Références

Code de la commande publique, art. L. 2122-1

Code de la commande publique, art. R. 2122- 1 à 3, R. 2122-7, R. 2122-10 et 11

(46) . Cf. programmes expérimentaux – La passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs.

11 Présentation et analyse des offres

11.1 Présentation des offres, examen et régularisation

Les entreprises doivent tenir compte dans leurs offres, en fonction de la demande de l'acheteur :

- de l'importance des personnes physiques dédiées à l'exécution du marché (cf. point 11.4) ;
- de l'indication de la part du marché confiée aux PME ou artisans. Il ne s'agit pas d'un engagement contractuel. Cette indication est rarement demandée dans les marchés publics.

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, incomplète ou qui méconnaît la législation en matière sociale et environnementale notamment.

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.

Une offre inappropriée :

- est une offre sans rapport avec le marché : elle ne répond pas, sans modification importante, au besoin et exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

Quelle possibilité de régularisation pour les acheteurs ?

- **En appel d'offres ou en procédure adaptée sans négociation**, en principe, les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées sont éliminées.

Seules les offres irrégulières peuvent être régularisées à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

- **Dans les autres procédures**, les offres irrégulières ou inacceptables peuvent être régularisées dans certains cas, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

Important

Signer ou non son offre ? Concernant l'acte d'engagement (formulaire ATTRI 1) : la signature n'est requise qu'au moment de l'attribution du marché sauf si l'acheteur l'exige au moment de la présentation de l'offre⁽⁴⁷⁾. Ce formulaire est peu utilisé en pratique.

Si le candidat ne signe pas son offre au stade du dépôt, peut-il se retirer ?
« Non. En répondant à la consultation, le candidat a accepté les conditions de celle-ci. Même non signées, sa candidature et son offre l'engagent, pour la durée prévue dans les documents de consultation. **Il ne peut (...) se désengager pendant ce délai »⁽⁴⁸⁾.**

Références

Code de la commande publique, art. L. 2152-1 à 4

Code de la commande publique, art. R. 2151-13, R. 2151-16

Code de la commande publique, art. R. 2152-1 et 2

11.2 Confidentialité

La protection de la confidentialité est intégrée dans les textes français régissant la commande publique depuis les directives européennes de 2014.

L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre d'un marché dont la divulgation :

- violerait le secret des affaires, ou ;
- nuirait à une concurrence loyale entre opérateurs.

(47) Sénat – Question écrite n° 21405 du 16 juin 2016 : « Aucune disposition des textes de transposition ne s'oppose toutefois à ce que l'acheteur, s'il le souhaite, impose aux soumissionnaires la signature de leur offre à condition de mentionner cette exigence dans le règlement de la consultation ou dans l'avis de publicité ».

(48) Guide très pratique, *La dématérialisation des marchés publics pour les opérateurs économiques*, DAI Bercy (E77), version 4.0 (Avril 2019).

notamment par « la communication, en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres ».

Cependant il peut :

- demander aux candidats que certaines de leurs informations confidentielles précisément désignées soient divulguées ;
- leur imposer des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2132-1

11.3 Candidature en groupement

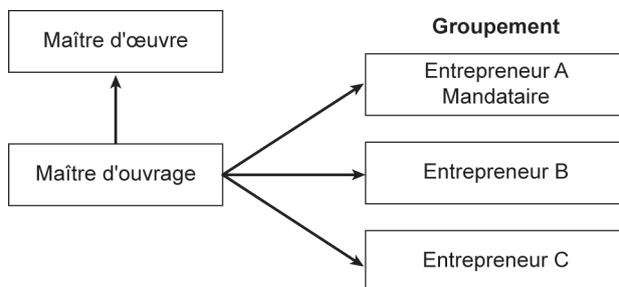


Fig. 11.1 Structuration de la relation en groupement

Rappels :

Le groupement (GME⁽⁴⁹⁾) est :

- soit **conjoint** : chacun des opérateurs membres du groupement s'engage à exécuter les prestations susceptibles de lui être attribuées dans le marché. Si le marché le prévoit le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres pour l'exécution du marché ;

(49) GME : Groupement momentanément d'entreprises.

- soit **solidaire** : chacun des opérateurs membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché. Les opérateurs se substituent au(x) membre(s) défaillant(s).

L'appréciation des capacités en cas de groupement reste inchangée, **elle est globale**.

Une même entreprise ne peut être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

Important

Est-ce que la même entreprise peut se présenter plusieurs fois au même marché ?

Il faut impérativement vérifier les documents de la consultation.

En effet, ces documents peuvent interdire aux candidats de se présenter pour le marché :

- en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
- en qualité de membres de plusieurs groupements.

Modification de la composition du groupement

La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et celle de la signature du marché sauf dans deux cas :

- impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait ;
- **opérations de restructuration de société, notamment rachat, fusion ou acquisition.**

→ Le groupement peut continuer à participer à la procédure en proposant des sous-traitants⁽⁵⁰⁾ ou des entreprises liées. Il doit obtenir l'accord de l'acheteur.

(50) Attention : le sous-traitant ne peut être que le sous-traitant d'un membre du GME, pas du GME lui-même. En effet, le GME n'a pas de personnalité morale et ne peut pas passer de contrat avec un sous-traitant.

Les tâches essentielles

Les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement dans les marchés de :

- **travaux** ou services ;
- fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de services.

Cette exigence est mentionnée dans les documents de la consultation.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2142-19 à R. 2142-27

11.4 Importance de l'équipe dédiée à l'exécution du marché

L'acheteur peut imposer au stade de :

- **la candidature**, que les entreprises indiquent **les noms et qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques** chargées de l'exécution du marché ;
- **l'offre**, le critère suivant : **l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel** assigné à l'exécution lorsque la qualité du personnel assigné a une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2142-13, art. R. 2152-7

11.5 Labels

La référence aux labels résulte de la transposition des directives européennes de 2014.

Un label est tout document, certificat ou attestation qui prouve que les ouvrages, les services, les procédés en rapport avec l'objet du marché remplissent certaines exigences et caractéristiques.

La référence au label peut figurer dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché.

L'acheteur peut exiger un label particulier à condition que les caractéristiques prouvées par ce label :

- 1° Présentent un lien avec l'objet du marché ;
- 2° Permettent de définir les travaux qui font l'objet du marché.

Peu de « labels » actuellement disponibles en matière de réalisation de travaux et d'ouvrages répondent à la définition posée par les textes.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2111-12 à 17

11.6 Conditions d'exécution

Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.

Ces conditions d'exécution doivent obligatoirement être liées à l'objet du marché.

Exemple : l'insertion professionnelle des publics en difficulté

- fixer un nombre d'heures d'insertion à réaliser sur un chantier relève **d'une condition d'exécution** ;
- favoriser une offre au regard du nombre d'heures d'insertion que l'entreprise proposera relève du **critère d'attribution relatif à la performance d'insertion professionnelle des publics en difficulté**⁽⁵¹⁾.

(51) Plus l'entreprise intégrera un nombre d'heures d'insertion plus elle obtiendra une note élevée.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2112-2 et 3

11.7 Choix des offres / critères d'attribution

Important

Les enchères inversées et le critère unique du prix sont formellement interdits en marchés de travaux.

Le principe de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse est confirmée.

L'acheteur se fonde :

1° **soit sur un critère unique : le coût** selon une approche globale telle que le coût du cycle de vie ;

2° **soit sur une pluralité de critères⁽⁵²⁾ non discriminatoires et liés à l'objet du marché** ou à ses conditions d'exécution :

a) qualité, y compris valeur technique, accessibilité, **apprentissage**, diversité, caractère innovant, performances en matière de protection de l'environnement, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, **biodiversité...** ;

b) délais d'exécution, conditions de livraison... ;

c) organisation, qualifications et expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

Le critère du **coût du cycle de vie** comprend les coûts supportés par l'acheteur et ceux liés aux externalités environnementales (si leur valeur monétaire peut être déterminée et vérifiée)⁽⁵³⁾.

(52) Liste non exhaustive.

(53) Pour un ouvrage, il peut s'agir du bilan socio-économique, du taux de rentabilité interne ou du retour sur investissement.

Important

Le critère RSE⁽⁵⁴⁾ est interdit dans les marchés publics

Un marché public comportant un critère d'attribution « RSE » a été annulé par le Conseil d'État car ce critère :

- qui reposait sur la **politique générale de l'entreprise** en matière sociale (notamment « lutte contre les discriminations », « sécurité et santé du personnel »...);
- et appliqué par l'acheteur à tous ses marchés sans distinction

n'est pas lié à l'objet du marché ni à ses conditions d'exécution.

Un critère RSE ne doit pas être utilisé comme critère de choix dans les marchés publics.

Conseil d'État, 25 mai 2018, req. n° 417580

Références

Code de la commande publique, art. L. 2152-7 et 8

Code de la commande publique, art. R. 2152-6 à 12

11.8 Variantes

Il en existe deux catégories :

- « **variantes libres** » à l'initiative des entreprises mais l'acheteur doit autoriser leur présentation (*cf tableau page suivante*) ;
- « **variantes imposées** » par l'acheteur appelées également prestations supplémentaires éventuelles (**PSE**).

L'acheteur peut exiger des soumissionnaires de proposer dans leur offre des **prestations supplémentaires**, qu'il se réserve le droit de commander ou non, lors de la signature du marché. Ces PSE doivent être distinguées des « options »⁽⁵⁵⁾.

(54) Responsabilité sociétale et environnementale des entreprises.

(55) Issues des directives européennes, les options constituent des prestations qui s'ajoutent, sans remise en concurrence, aux prestations du marché public initial. Elles doivent être prévues dans ce dernier (ex. marchés de travaux similaires, tranches optionnelles, reconduction de marché...).

Important

Lorsque l'acheteur autorise ou exige des variantes, **il doit désormais mentionner les exigences minimales** que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Il est possible de présenter une offre variante sans forcément une **offre de base**. Toutefois, l'acheteur a toujours la possibilité d'exiger qu'une offre de base accompagne la (les) variante(s). Il doit le mentionner dans les documents de la consultation.

Procédures formalisées Pouvoir adjudicateur	Procédures formalisées Entité adjudicatrice	Procédure adaptée MAPA
Les variantes ne sont possibles que si elles sont autorisées par les documents du marché.	Les variantes sont a priori autorisées sauf mention contraire dans les documents du marché.	Les variantes sont a priori autorisées sauf mention contraire dans les documents du marché.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2151-8 à 10

11.9 Traitement des offres anormalement basses (OAB)

Pour la première fois, le code intègre une définition issue de la jurisprudence qui alerte sur les risques liés à une OAB : « **Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché** ».

Le principe est confirmé :

- lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige des précisions et justifications sur le montant de l'offre ;
- si après vérification des justifications fournies, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette.

Une offre anormalement basse est rejetée automatiquement si elle ne respecte pas des dispositions générales du droit environnemental et du social mais également du droit travail français et européen, les conventions internationales ou les conventions collectives.

La vérification **des OAB est étendue au montant des prestations du sous-traitant** (cf. 14. 3).

Références

Code de la commande publique, art. L. 2152-5 et 6

Code de la commande publique, art. R. 2152-3 à 5

Avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics (JO 31 mars 2019)

11.10 Mise au point du marché

Un article spécifique est consacré à la mise au point des composantes du marché avant sa signature.

Cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2152-13

12 Achèvement de procédure, information des candidats et notification du marché

12.1 Abandon de procédure, information des candidats

L'acheteur peut, à tout moment, déclarer la procédure sans suite, quelle que soit la procédure.

Il communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure aux entreprises y ayant participé.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2185-1 et 2

Rejet et information des candidats

Principe : l'acheteur notifie sans délai et à chaque candidat concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.

Information dans les marchés à procédure adaptée (MAPA) :

- tout candidat dont la candidature ou l'offre a été rejetée **peut obtenir les motifs de ce rejet** dans un délai de 15 jours à compter de la réception de sa demande par l'acheteur⁽⁵⁶⁾ ;
- l'acheteur lui communique également **les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché**, à condition que son offre ne soit ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable.

(56) Malheureusement, aucune sanction n'est prévue pour l'acheteur qui ne répond pas à une telle demande dans les 15 jours.

Important

Pour les MAPA, les textes n'imposent pas de délai minimum entre l'information des candidats évincés et la signature du marché.

Rappel pour les procédures formalisées : le délai entre l'information et la signature du marché est de :

- 11 jours minimum ;
- 16 jours minimum lorsque l'information n'a pas été transmise par voie électronique.

Pour obtenir les documents relatifs à la passation du marché auprès de l'acheteur (rapport d'analyse, PV...), les entreprises devront viser les articles L. 300-2 et L. 300-3 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

Pour obtenir ces documents, le marché doit être signé. Un référé précontractuel n'est donc plus possible.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2181-1 à 3

12.2 Notification des marchés

L'acheteur notifie le marché au titulaire. Le marché prend effet à la **date de réception de la notification par le titulaire**.

Les marchés des collectivités territoriales⁽⁵⁷⁾ prennent effet à la date de réception de la notification du marché au titulaire à condition d'avoir été soumis, au préalable, au contrôle de légalité du Préfet⁽⁵⁸⁾.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2182-4 et 5

(57) et leurs établissements publics.

(58) À partir d'un seuil de 209 000 € HT dans les 15 jours à compter de la signature de l'acte d'engagement par la collectivité (Code général des collectivités territoriales, art. D. 2131-5-1).

13 Conservation des données relatives aux marchés

13.1 Accès aux données essentielles

L'acheteur doit assurer sur sa plateforme⁽⁵⁹⁾ un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés supérieurs à 25 000 € HT.

Ces données concernent la passation et l'exécution du marché, notamment les modifications apportées au marché⁽⁶⁰⁾. Un arrêté fixe la liste de ces données essentielles (objet, durée, titulaire, type de procédure, montant et forme du prix, modifications...).

Les données essentielles sont en principe disponibles **sur la plateforme de l'acheteur pendant 5 ans minimum** après la fin de l'exécution du marché public, à l'exception des données essentielles dont la divulgation est contraire aux intérêts de la défense, de la sécurité ou de l'ordre public.

Toutefois, lorsque ces données sont rendues publiques sur le **portail unique interministériel etalab**⁽⁶¹⁾, elles sont disponibles sur la plateforme de l'acheteur **pendant 1 an minimum**.

13.2 Durée de conservation

L'acheteur conserve :

- **les candidatures, les offres** ainsi que les documents relatifs à la procédure pendant 5 ans minimum à partir de la date de signature du marché ;
- les pièces constitutives d'un marché de travaux pendant 10 ans minimum à compter de la réception des travaux.

(59) Ou profil d'acheteur.

(60) à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

(61) destiné à rassembler et à mettre à disposition librement l'ensemble des informations publiques.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2196-1

Code de la commande publique, art. R. 2184-12 et 13

Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique (JO 31 mars 2019).

La sous-traitance

L'un des apports du CCP 2019 est l'intégration d'une partie de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance applicable aux marchés publics.

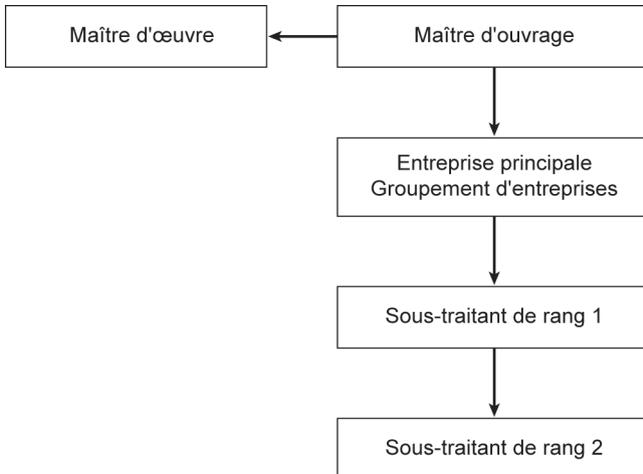


Fig. 14.1 Schéma de la sous-traitance

14 Cadre contractuel de la sous-traitance

Important

Les dispositions relatives à la sous-traitance reprises dans la partie législative (partie L) sont d'ordre public, nul ne peut y déroger⁽⁶²⁾.

14.1 Définition et principes

La sous-traitance est l'opération par laquelle une entreprise :

- confie par un contrat de sous-traitance et sous sa responsabilité ;
- à une autre personne appelée sous-traitant ;
- l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.

Le titulaire reste seul responsable vis-à-vis du maître de l'ouvrage des prestations exécutées par lui-même et par le(s) sous-traitant(s).

À noter pour les marchés de travaux

La sous-traitance nécessite la succession de deux contrats de louage d'ouvrage ou contrats d'entreprise. Le contrat d'entreprise est une convention par laquelle une personne charge une autre personne d'exécuter, en toute indépendance, un travail pour le maître de l'ouvrage.

Le contrat de location d'un matériel avec ou sans chauffeur, pour lequel le loueur met à la disposition du locataire un bien pour lui permettre d'exécuter un travail, n'est pas une opération de sous-traitance.

Ces contrats sont de droit privé. Leurs qualifications résultent des dispositions du Code civil (art. 1709 – 1710) et de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. 3^e civ., 5 novembre 2013, n° 12-27.045).

(62) CCP, art. L. 2193-3 al. 3 : « Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre ».

Les dispositions sur la sous-traitance du CPP s'appliquent :

- aux marchés de travaux, de services ;
- et aux marchés de fournitures comportant des services ou **des travaux de pose ou d'installation**.

L'acheteur peut exiger que des « *tâches essentielles* » soient effectuées par le titulaire.

Important

La sous-traitance totale d'un marché public est interdite⁽⁶³⁾. Elle peut entraîner la résiliation du marché du titulaire par l'acheteur⁽⁶⁴⁾.

14.2 L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement

Le sous-traitant peut être déclaré au moment du dépôt de l'offre⁽⁶⁵⁾ ou en cours d'exécution du marché.

14.2.1 Au moment du dépôt de l'offre

Le soumissionnaire remet à l'acheteur un acte spécial de sous-traitance.

Cet acte spécial est, la plupart du temps, remplacé par le **formulaire DC4 – Déclaration de sous-traitance**⁽⁶⁶⁾. Ce DC4 doit être signé des trois parties : acheteur, soumissionnaire/titulaire du marché et sous-traitant.

Modalité d'acceptation => la notification du marché principal vaut acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement.

(63) Les textes ou la jurisprudence ne fixent pas de pourcentage maximum.

(64) CAA Bordeaux 15 décembre 1997, req. n° 94BX01637.

(65) La notification du marché entraîne automatiquement l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement.

(66) Disponible sur le site de la DAJ de Bercy : <https://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-declaration-du-candidat>

Focus

Le nouveau formulaire **ATTRI 2** concerne la « *Signature de l'acte spécial présenté au stade du dépôt de l'offre* »⁽⁶⁷⁾ :

- lors du dépôt d'une offre, le soumissionnaire pourra continuer à utiliser un DC4 pour présenter un sous-traitant ;
- l'ATTRI2 **peut être utilisé par l'acheteur à l'issue d'une procédure**, pour obtenir la signature de l'entrepreneur principal et du sous-traitant.

Il peut être utilisé en parallèle de l'ATTRI1 (acte d'engagement).

À noter**Sous-traitance et signature électronique**

Si la signature électronique est exigée du titulaire, les signatures du sous-traitant puis de l'acheteur seront nécessaires sur le formulaire DC4 ou équivalent⁽⁶⁸⁾.

14.2.2 En cours d'exécution du marché

Le titulaire remet à l'acheteur un acte spécial de sous-traitance.

Le titulaire devra en outre prouver qu'aucune cession de créances résultant de son marché ne fait obstacle au paiement direct du sous-traitant⁽⁶⁹⁾.

Modalité d'acceptation => par la signature de l'acte spécial de sous-traitance.

Le silence de l'acheteur gardé pendant 21 jours à compter de la réception de la demande d'agrément vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Le titulaire du marché doit communiquer le contrat de sous-traitance si l'acheteur lui en fait la demande.

(67) Disponible sur le site <https://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-marches-publics>

(68) Guide très pratique, *La dématérialisation des marchés publics pour les opérateurs économiques*, DAJ Bercy (E82), version 4.0 (Avril 2019).

(69) Ces différentes hypothèses sont reprises dans le DC4 (*rubrique K – Cession ou nantissement des créances résultant du marché public*) et expliquées dans la notice explicative du DC4.

À noter

Possibilité de sous-traitance multiple par une même entreprise au même marché
Le Code de la commande publique ne traite pas ce point. Il faut donc vérifier les documents de la consultation du marché.

14.3 Traitement de l'offre anormalement basse (OAB) du sous-traitant

La vérification des offres anormalement basses est étendue au montant des prestations du sous-traitant.

Si ce montant lui semble anormalement bas, l'acheteur exige des justifications auprès du soumissionnaire ou titulaire.

Après vérification :

- il rejette l'offre de l'entreprise si la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ;
- il n'accepte pas le sous-traitant si ce dernier est proposé en cours d'exécution.

14.4 Sous-traitance indirecte dans les marchés publics

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants. Il doit donc faire accepter et agréer les conditions de paiement de ses propres sous-traitants⁽⁷⁰⁾ par l'acheteur.

En l'absence de disposition spécifique dans le CCP, les conditions d'acceptation d'un **sous-traitant de second rang** et d'agrément de ses conditions de paiement doivent être fixées dans les pièces contractuelles (cahier des charges).

(70) Le formulaire DC4 peut être utilisé pour la déclaration d'un sous-traitant de 2nd rang, sous réserve de son adaptation par le sous-traitant de 1^{er} rang.

L'acheteur peut s'inspirer des dispositions du code de la commande publique. Le CCAG Travaux prévoit que le sous-traitant « direct » adresse au titulaire du marché la déclaration de sous-traitance de ses propres sous-traitants pour transmission au maître d'ouvrage.

15 Cadre financier de la sous-traitance

15.1 Paiement direct du sous-traitant

Le **sous-traitant direct** du titulaire du marché, accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées, est payé directement par l'acheteur lorsque le **contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 € TTC⁽⁷¹⁾**.

Important

Il faut distinguer :

- le seuil de 600 € TTC à partir duquel le paiement direct est obligatoire ;
- et
- l'acceptation et l'agrément des conditions de paiement de tous les sous-traitants par l'acheteur qui sont obligatoires, quel que soit leur rang et quel que soit le montant de leur contrat de sous-traitance.

15.2 Délai de paiement du sous-traitant

Le délai de paiement du sous-traitant court :

- à compter de la réception par l'acheteur ou le cas échéant par le maître d'œuvre, de l'accord total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé par le sous-traitant ;
- ou à compter de l'expiration du délai de 15 jours à compter de la réception par le titulaire de la demande de paiement du sous-traitant.

Attention !

L'acheteur peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant (Conseil d'État, 9 juin 2017, req. n° 396358).

(71) Et dans les conditions du titre III de la loi de 1975 lorsque ce montant est inférieur à 600 € TTC.

15.3 Paiement direct du sous-traitant et accord-cadre sans minimum ni maximum

Important

Dans le cas d'un accord-cadre conclu sans montant minimum ni maximum, le titulaire peut se baser sur la valeur estimée de l'accord-cadre annoncée dans l'avis de publicité pour indiquer le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant. Le montant maximum pourra être revu à la hausse ou à la baisse en cours d'exécution du marché public via la modification du contrat de sous-traitance puis par la rédaction d'un acte spécial modificatif de sous-traitance.

15.4 Droit à avance du sous-traitant admis au paiement direct

Si le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance (cf. 18.1) une avance est versée au sous-traitant.

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché en cours d'exécution, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct, même si le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues dès la notification de l'acte spécial.

15.5 Paiement du sous-traitant sur le portail Chorus PRO

L'utilisation du Portail Chorus PRO s'impose à toutes les entreprises (titulaires et sous-traitants), y compris aux micro-entreprises⁽⁷²⁾, pour la facturation à destination de l'État, des collectivités et de leurs établissements (cf. 18.3.1).

Un cadre de facturation spécifique a été mis en place pour les sous-traitants admis au paiement direct :

(72) Au 1^{er} janvier 2020.

Circuit de validation du paiement du sous-traitant sur Chorus PRO

1. Le sous-traitant dépose sa demande de paiement en utilisant le cadre de facturation A9.
2. Il identifie le titulaire dans l'entité « valideur ».
3. Chorus Pro notifie par courriel au titulaire de l'émission d'une demande de paiement d'un sous-traitant.
4. Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour valider la demande de paiement dans l'espace « Factures à valider » de Chorus Pro.
5. En l'absence de prise en charge dans ce délai par le titulaire, la validation est tacite.
6. Une fois la validation par le titulaire effective (formelle ou tacite), le MOE/MOA⁽⁷³⁾ reçoit la demande de paiement du sous-traitant.
7. En cas de refus de validation par le titulaire, la demande de paiement est néanmoins acheminée au MOE/MOA par Chorus Pro qui peut décider de traiter, suspendre ou rejeter la demande de paiement.

L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue aux sous-traitants.

15.6 Sous-traitants non admis au paiement direct

Les sous-traitants qui ne sont pas admis au paiement direct doivent se voir délivrer à peine de nullité du contrat de sous-traitance :

- soit une caution personnelle et solidaire de leur entrepreneur principal ;
- soit une délégation de paiement (le sous-traitant est payé directement par l'acheteur).

(73) MOE : maître d'œuvre, MOA : maître d'ouvrage.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2193-1 à L 2393-14

Code de la commande publique, art. R. 2193-1 à R. 2193-16, art. R. 2192-22 à R.2192-23 (Paiement direct du sous-traitant)

Code de la commande publique, art. R. 2193-19 à R. 2193-21 CCP (Avances du sous-traitant)

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (art. 1^{er} et 14)

Exécution des marchés/ gestion contractuelle

16 Pouvoir de contrôle de l'acheteur

L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du marché :

- il vérifie et règle les demandes de paiement des entreprises (acomptes mensuels et décompte général) ;
- il accepte les sous-traitants et agréé leurs conditions de paiement ;
- il décide :
 - de la date de démarrage des travaux ;
 - des modifications des prestations à réaliser ;
 - de la prolongation des délais d'exécution ou de l'ajournement des travaux ;
 - des mesures coercitives à l'encontre du titulaire (pénalités de retard, résiliation) ;
 - de la réception des travaux...

S'agissant des contrats administratifs conclus par des personnes publiques, le CCP 2019 formalise **le droit de modification et de résiliation unilatérales** de l'acheteur, qui peut donner lieu à une indemnisation du titulaire sous réserve des stipulations du marché (cf. *infra*, 2.2).

Références

Code de la commande publique, art. L. 6 1° 4° 5°

Code de la commande publique, art. L. 2195-1 à L. 2195-6

17 Contenu du marché public, cadre des obligations du titulaire

Les marchés publics, répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT, sont conclus par écrit.

Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :

1° Les **cahiers des clauses administratives générales (CCAG)**, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;

2° Les **cahiers des clauses techniques générales (CCTG)**, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté.

Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge.

À noter

Les cahiers des charges, tels que le CCAG Travaux, prévoient généralement que les pièces particulières du marché à caractère administratif (acte d'engagement, CCAP) et techniques (CCTP) priment sur les pièces générales.

Références

Code de la commande publique, art. R. 2112-1 à R. 2112-3

18 Exécution financière

18.1 Tableau récapitulatif du régime des avances, acomptes, prix et variation des prix, retenue de garantie

La seule évolution du CCP 2019 concerne l'augmentation du montant des avances à 20 % et la réduction du montant de la retenue de garantie à 3 % au bénéfice des PME⁽⁷⁴⁾ titulaires, ou admises au paiement direct, dans les marchés de l'État.

	État	Collectivités territoriales – Établissements publics locaux ⁽¹⁾	Établissements publics de santé	Autres acheteurs SNCF, RATP, EDF (*), SEML (*), SPL (*), SA d'HLM (*)
Avances (Titulaire et sous-traitant à paiement direct) (CCP, art. R. 2191-3 à R. 2191-19)				
Conditions		<p>Si marché > à 50 000 € HT et délai d'exécution > à 2 mois</p> <p>Montant minimal obligatoire : 5 % du montant du marché TTC ; 20 % du montant du marché TTC pour les PME si marché de l'État, sans garantie ;</p> <p>L'acheteur a la faculté de prévoir une avance même lorsque ces conditions ne sont pas remplies. Il peut, également, majorer le taux minimal de 5 %. Le recours à ces facultés est fortement recommandé.</p> <p>Montant maximal : 60 % TTC</p>		Simple possibilité pour l'acheteur qui en définit librement les modalités
Garanties		<p>Avance ≤ à 30 % du montant du marché Cautionnement si accord du maître de l'ouvrage sinon garantie à première demande.</p> <p>Avance > à 30 % du montant du marché Garantie à première demande.</p> <p>(1) sauf OPH</p>		

(74) Il s'agit des PME au sens de la recommandation européenne de 2003 qui répondent aux critères suivants :

- moins de 250 personnes ;
- chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ;
- non détenue à plus de 25 % par une autre entreprise et qui ne détient pas plus de 25 % d'une autre entreprise.

		État	Collectivités territoriales – Établissements publics locaux ⁽¹⁾	Établissements publics de santé	Autres acheteurs SNCF, RATP, EDF (*), SEML (*), SPL (*), SA d'HLM (*)	
Acomptes (CCP, art. R. 2191-20 à R. 2191-22)						
Droit à acomptes		Oui			Oui	
Périodicité		Max 3 mois 1 mois pour les PME et pour les marchés soumis au CCAG Travaux (*) sauf OPH			Liberté contractuelle	
Prix (CCP, art. R. 2112-6)						
	Les prix des prestations sont : soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées ; soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées					
Variation des prix (CCP, art. R. 2112-8 à R. 2112-14)						
Actualisation		Obligatoire si prix ferme et si un délai > à 3 mois entre l'offre et date de début d'exécution			Simple possibilité pour l'acheteur qui en définit librement les modalités.	
Révision		Clause de révision de prix si marchés d'une durée > à 3 mois nécessitant une part important de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux.				
Retenue de garantie (CCP, art. R. 2191-32 à R. 2191-42)						
Conditions		Possible si prévue au marché			Personnes privées (*)	Personnes publiques
Montant		5 % max (réserves à la réception et réserves du délai de garantie)			Possible si prévue au marché	Liberté
Garanties		3 % max pour les PME si marché de l'État. Cautionnement si accord du maître de l'ouvrage sinon garantie à première demande.			5 % max (réserves à la réception)	contractuelle

18.2 Modulation du régime financier des marchés publics

Au-delà de ces obligations, les acheteurs peuvent moduler le régime des avances, acomptes, retenues de garantie ou encore des pénalités pour ouvrir plus largement les marchés aux TPE et PME en favorisant leur trésorerie.

18.2.1 Avances

Les clauses du marché doivent préciser les conditions de versement de l'avance et son taux.

Comme le recommande la DAJ de Bercy, l'avance doit être proportionnée à la nature du marché, ce qui ne correspond pas nécessairement au minimum légal.

De même, si l'acheteur n'est pas soumis à l'obligation de prévoir une avance (ex. : EPIC, SEM...) ou lorsque l'avance est facultative (par exemple si le montant du marché est inférieur à 50 000 € HT), elle peut s'avérer indispensable pour couvrir les dépenses nécessaires en début d'exécution des travaux (cf. commandes de fournitures et matériaux notamment).

Un versement de l'avance dès la notification du marché doit être privilégié.

18.2.2 Acomptes

Les documents contractuels peuvent prévoir des paiements échelonnés dans le temps en fonction de phases d'exécution prédéterminées dans le marché, fixées en principe à 3 mois et 1 mois lorsque le titulaire du marché de travaux est une PME ou que le marché est soumis au CCAG Travaux.

Les acheteurs sont libres de fixer des modalités plus favorables pour le titulaire (périodicité plus courte, calendrier préétabli et régulier, simplicité de la procédure) que celles prévues par les textes.

De telles dispositions sont favorables à la trésorerie du cocontractant et permettent également une bonne exécution du marché public.

Par ailleurs, aucune disposition n'interdit à l'acheteur public de régler par acomptes successifs la totalité d'un marché, au fur et à mesure de son exécution. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que le cumul des sommes versées au titre des acomptes atteigne le montant du marché, diminué, le cas échéant,

du montant de la retenue de garantie et des pénalités, dès lors que les prestations correspondantes ont été réalisées.

Le paiement du dernier acompte ne saurait être pour autant être assimilé au règlement du solde du marché public⁽⁷⁵⁾.

18.2.3 Retenue de garantie

L'acheteur ne peut, sans méconnaître l'article R. 2191-33 du Code de la commande publique, retenir au titre de la retenue de garantie une somme représentant plus de 5 % du montant initial du marché public augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché public en cours d'exécution.

À titre d'exemple, un acheteur ne peut pas prévoir que le montant total des acomptes ne pourra excéder 85 % du montant du marché public dès lors qu'un tel plafond aboutit à retenir une somme supérieure à 5 % du montant du marché public⁽⁷⁶⁾.

Pour obtenir, la libération de la retenue de garantie ou de la garantie qui la remplace, les entreprises devront produire le procès-verbal de réception des travaux et le cas échéant, le PV de constat de levée de réserves (cf. chapitre 22 pour la procédure à suivre pour les marchés soumis au CCAG Travaux).

18.2.4 Pénalités de retard

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration auquel elle peut renoncer.

Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières. La renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente) ou contractuelle.

(75) Source DAI de Bercy.

(76) Source DAI de Bercy.

La jurisprudence invite l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard. Le juge administratif s'est, en effet, reconnu le pouvoir de moduler leur montant, « si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché » tout comme le juge judiciaire⁽⁷⁷⁾.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2191-1 à L. 2191-14

Code de la commande publique, art. R. 2191-1 à R. 2191-29

Code de la commande publique, art. R. 2191-32 à R. 2191-43

Guide pratique de l'OECP pour faciliter l'accès des TPE-PME

Guide Cautions et garanties dans les marchés de travaux FNTP (2019)

18.3 Délais de paiement et intérêts moratoires

L'un des apports du CCP 2019 est la codification de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 et du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

Ces dispositions sont également applicables aux sous-traitants à paiement direct sous réserve du respect du circuit de paiement rappelé au § 15.5.

(77) Source DAI de Bercy.

Tableau récapitulatif des délais maximum de paiement
et des conditions de versement des intérêts moratoires

	État, collectivités territoriales, établissements publics locaux	Établissements publics de santé	Entreprises publiques SNCF, RATP, EDF, SEML, SPL
Délais maximum de paiement (CCP, art. L. 2192-10 et R. 2192-10 et s.)			
Point de départ Acomptes : date de réception de la demande de paiement par MOE Décompte général : date de réception par le MOA du DG signé avec ou sans réserve par le titulaire	30 j	50 j	60 j
<p style="text-align: center;">Intérêts moratoires et indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement</p> <p><i>Les I.M. sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde TTC, diminué de la retenue de garantie et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.</i></p> <p><i>Les I.M. sur les acomptes mensuels doivent figurer dans le projet de décompte final établi par l'entreprise.</i></p>			
Point de départ : Lendemain de l'expiration du délai de paiement jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse (CCP, art. R. 2192-32).	<p style="text-align: center;">Taux de la BCE + 8 points de pourcentage + 40 euros indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement (*)</p> <p><i>(*) Si les frais de recouvrement sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire : possibilité de demander une indemnité complémentaire sur justification.</i></p>		

	État, collectivités territoriales, établissements publics locaux	Établissements publics de santé	Entreprises publiques SNCF, RATP, EDF, SEML, SPL
Délais de paiement des I.M. Point de départ : À compter de la mise en paiement du principal (CCP, art. R. 2192-36).	45 j		
Retard de paiement des I.M. (C. civ., art. 1231-6). Base de calcul : Montant des IM d'origine et de l'indemnité forfaitaire de recouvrement. Point de départ : Lendemain du délai de 45 jours Durée supérieure à un an : capitalisation (les intérêts échus produisent intérêt – C. civ., art. 1343-2).	Taux de l'intérêt légal Ces intérêts au taux légal français doivent être réclamés par le créancier au pouvoir adjudicateur pour pouvoir lui être versés. La capitalisation des intérêts doit être demandée en justice.		

Formules

Pour le calcul des intérêts moratoires

$$\frac{\text{Montant payé tardivement TTC} \times \text{nombre de jours de dépassement} \times \text{Taux IM}}{365}$$

Pour le calcul des intérêts au taux légal

$$\frac{\text{Montant des I.M. d'origine} \times \text{nombre de jours de retard sur I.M.} \times \text{TIL}}{365}$$

Pour le calcul des intérêts au taux légal portant sur l'indemnité forfaitaire de recouvrement

$$\frac{40 \text{ euros} \times \text{nombre de jours de retard sur l'indemnité forfaitaire} \times \text{TIL}}{365}$$

18.3.1 Facturation électronique – Circuit de paiement

L'utilisation du Portail Chorus PRO s'impose à toutes les entreprises (titulaires et sous-traitants), y compris aux micro-entreprises⁽⁷⁸⁾, pour la facturation à destination de l'État, des collectivités et de leurs établissements.

Il s'agit d'un changement majeur dans l'organisation de la facturation des marchés de travaux mais qui ne modifie pas les circuits prévus par le CCAG Travaux pour le paiement des acomptes et du solde (cf. ci-après les schémas de paiement).

Focus : Intervention des maîtres d'œuvre sur Chorus PRO

La validation des décomptes mensuels et finaux prévue à l'article 13 du CCAG travaux repose sur une relation tripartite : l'acheteur, le maître d'œuvre et le titulaire.

Ce circuit de validation s'applique désormais sur le Portail de facturation électronique Chorus PRO, qui s'impose aux entreprises, aux maîtres d'ouvrage et aux maîtres d'œuvre.

En conséquence, la DAJ de Bercy confirme que, **même en l'absence de mention spécifique dans le marché de maîtrise d'œuvre**, « le maître d'œuvre est nécessairement tenu de récupérer les demandes de paiement des entreprises dans Chorus Pro et de les déposer, avec son visa, dans ce circuit dématérialisé, sous peine de ne pas permettre le traitement des factures et d'être tenu pour responsable du non-respect des délais de paiement qui en résulterait ».

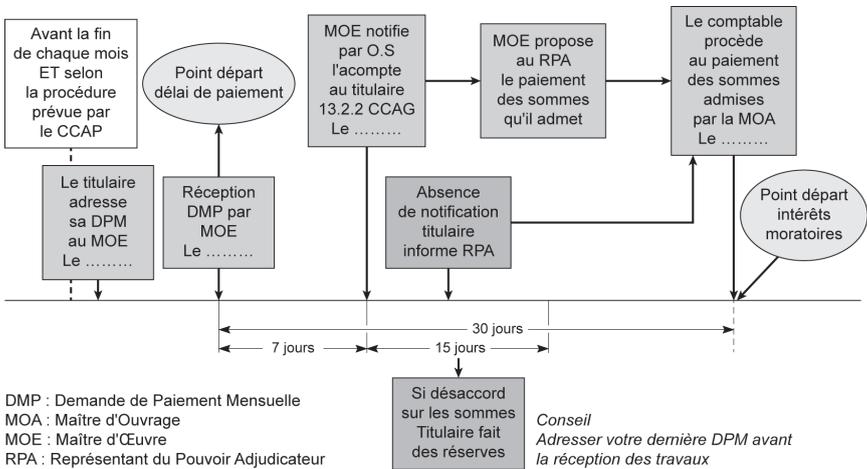
La DAJ de Bercy conseille toutefois de prévoir cette intervention par avenant dans les marchés en cours et d'insérer une clause à ce sujet dans les marchés à venir.

(78) À partir du 1^{er} janvier 2020.

À noter

Le Portail Chorus PRO met à disposition :

- des supports pédagogiques spécifiques sur la facturation des marchés de travaux (FAQ, tutoriels pour l'inscription sur le portail, webinaires...) ;
- des cadres de facturation adaptés aux marchés de travaux (y compris co-traitance, et sous-traitance, cf. infra 15.5).



DMP : Demande de Paiement Mensuelle
MOA : Maître d'Ouvrage
MOE : Maître d'Œuvre
RPA : Représentant du Pouvoir Adjudicateur

Fig. 18.1 Paiement des situations mensuelles ou acomptes CCAG Travaux

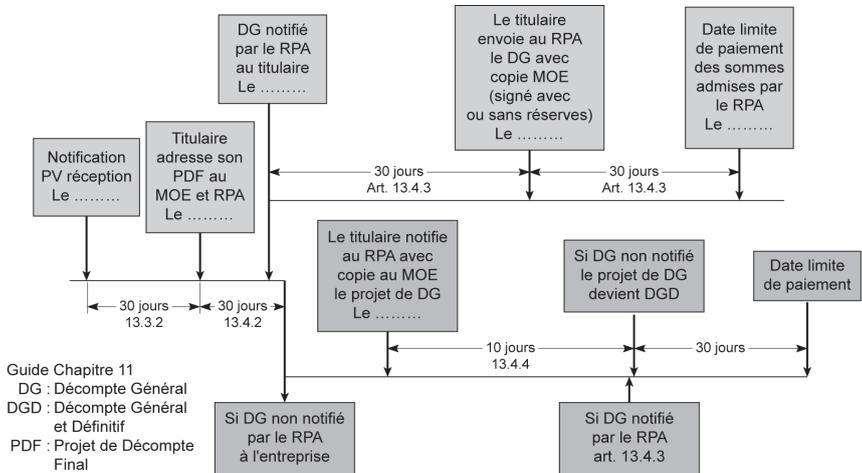


Fig. 18.2 De la demande de paiement finale au décompte général – CCAG Travaux 2009 révisé (appels d’offres à compter du 1^{er} avril 2014)

Références

Code de la commande publique, art. L. 2192-10 à L. 2192-15

Code de la commande publique, art. R. 2192-10 à R. 2192-36

Décret du 2 novembre 2016 relatif au développement de la facturation électronique

19 Modification en cours d'exécution

Focus

Principes jurisprudentiels concernant la modification des contrats administratifs

L'apport du CCP 2019 concernant les modifications des marchés consiste en l'intégration de principes jurisprudentiels propres à l'exécution des contrats administratifs

Il prévoit un principe d'indemnisation du titulaire :

- en cas d'évènement extérieur aux parties, **imprévisible** et bouleversant temporairement l'équilibre du marché, s'il en poursuit l'exécution ;
- en cas de modification unilatérale, sans bouleversement de l'équilibre du marché, ou de résiliation pour un motif d'intérêt général, par la personne publique, sous réserve des dispositions du contrat.

Les six cas de modification en cours d'exécution des marchés, possibles sans une nouvelle mise en concurrence, sont repris par le CCP⁽⁷⁹⁾ 2019 dans une formulation légèrement aménagée.

19.1 Modifications possibles « par principe »

Modification prévue par les clauses contractuelles : des clauses de réexamen ont été prévues dans les pièces du marché initial.

Elles indiquent le champ d'application et la nature des modifications en cause ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage :

- soit la clause est rédigée de telle manière que la survenance d'un évènement précis entraîne une modification dont la teneur a été prévue dans le marché (ex. : clause de révision de prix dont la formule est déterminée dans le marché ou mise en œuvre d'une tranche optionnelle dont les

(79) Cet encadrement des modifications en cours d'exécution résulte de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics déjà transposé dans le décret du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics.

conditions de déclenchement et les conséquences matérielles et financières ont été prévues).

L'acheteur peut mettre en œuvre cette clause de façon unilatérale, par courrier, puisque la modification a été acceptée lors de la signature du marché.

- soit la clause s'apparente à une « clause de rendez-vous » et la survenance d'un évènement précis conduira le maître de l'ouvrage et l'entreprise à renégocier les termes du contrat.

Le marché devra prévoir les modalités de mise en œuvre de cette négociation. L'accord de volonté sera concrétisé par un avenant.

Ces clauses de réexamen peuvent être mises en œuvre sans limite de montant.

- **Modification de faible montant < à 15 % du montant initial du marché et à 5 548 000 euros** (prise en compte de la variation des prix et du montant cumulé en cas de modifications successives) **et qui n'a pas pour effet de changer la nature globale du marché.**

19.2 Modifications appréciées au cas par cas dans quatre hypothèses

- Des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial à la condition qu'un changement de contractant soit impossible pour des raisons économiques ou techniques.

À noter

Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat (CCP, art. L. 2194-3).

- Des circonstances imprévues : la modification est rendue nécessaire par des *circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.*

Selon la DAJ de Bercy, cette notion est plus large que l'hypothèse des sujétions techniques imprévues ou que les notions de cas fortuit ou de force majeure **puisque le caractère imprévisible exigé ne concerne que l'acheteur.**

Dans ces deux cas, la modification :

- est limitée à 50 % du montant du marché initial pour les pouvoirs adjudicateurs. Cette limite s'applique au montant de chaque modification ;
 - doit faire l'objet d'une publication d'un avis de modification au titre de la mise à disposition des données essentielles des marchés publics (cf. *infra* 13.1).
- **Une substitution d'un nouveau titulaire**
 - en application d'une clause de réexamen ou d'option, ou
 - dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial.
 - **Des modifications non substantielles peu importe leur montant** (*la nature globale du marché n'est pas changée*)

A contrario une modification est substantielle notamment lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- a) 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 ;
- b) Elle **modifie l'équilibre économique du marché** en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- c) Elle modifie considérablement **l'objet du marché** ;
- d) Elle a pour effet de **remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire** en dehors de l'hypothèse ci-dessus.

En cas de modifications substantielles, l'acheteur devra résilier le marché et relancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

Focus : les pièces justificatives

Les textes ne font plus référence à la notion d'« avenant » ou de « décision de poursuivre » mais la signature d'un avenant sera toujours nécessaire pour concrétiser un engagement visant à modifier un marché en cours d'exécution sauf si la modification a été prévue dans le marché (cf. clauses de réexamen ou modalités de modification des marchés telles que prévues par le CCAG Travaux.).

Références

Code de la commande publique, art. L. 2194-1 à L. 2194-2

Code de la commande publique, art. R. 2194-1 à R. 2194-10

20 Résiliation du marché

Tous les marchés soumis au code peuvent être résiliés :

- en cas de force majeure ;
- si le titulaire se trouve placé, en cours d'exécution, dans un des cas d'interdiction d'accès à la commande publique (cf. infra 8) ;
- en cas de manquement grave à une obligation prévue par le droit européen des marchés publics.

Les contrats administratifs peuvent, en outre, être résiliés :

- en cas de faute d'une gravité suffisante du titulaire ;
- pour un motif d'intérêt général.

Références

CCP, art. L. 2195-1 à L. 2195-6

21 Délais de recours concernant les mesures prises pour l'exécution d'un marché

Les délais de recours, prévus par le contrat, s'appliquent pour les mesures prises pour l'exécution d'un marché public et non les délais de recours de droit commun (de deux mois).

Ces délais étant prévus au contrat : ils n'ont donc pas à être rappelés dans les échanges entre l'acheteur et le titulaire du marché public.

Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, approuvé par arrêté du 8 septembre 2009, modifié par arrêté du 3 mars 2014 :

- **ne prévoit aucun délai** pour saisir le tribunal ou un comité consultatif de règlement des litiges (CCRA) **au titre des réclamations présentées en cours d'exécution du marché**, sous réserve de leur reprise lors de la présentation du projet de décompte final ;
- **fixe un délai de six mois pour les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général** à compter de la décision prise par le représentant du pouvoir adjudicateur ou de la décision implicite de rejet, pour porter les réclamations devant le tribunal administratif ou le CCRA (art. 50).

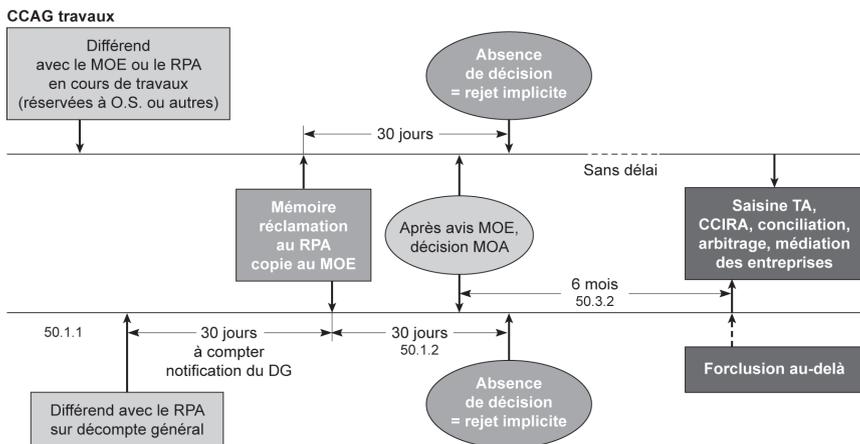


Fig. 21.1 Schéma – Règlement des différends – Procédure CCAG Travaux 2009

Références

CJA, art. R. 421-1 et s.

22 Réception des travaux

Le titulaire doit demander la réception des travaux et la levée des réserves. Elle est prononcée par l'acheteur (maître d'ouvrage).

Elle a pour effet de :

- transférer la garde de l'ouvrage ;
- marquer le point d'arrêt des pénalités de retard ;
- couvrir les défauts et vices apparents de l'ouvrage ;
- d'être le point de départ des délais de garantie et de la responsabilité et de l'assurance décennales ;
- enfin elle permet au titulaire de demander le paiement du solde de son marché.

À noter

Pour les accords-cadres prévoyant l'émission de bons de commande, il est nécessaire de vérifier les clauses du Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP) : soit chaque bon de commande est un marché et fait l'objet d'une réception, soit la réception est unique.

La procédure décrite ci-après est également applicable à la levée des réserves.

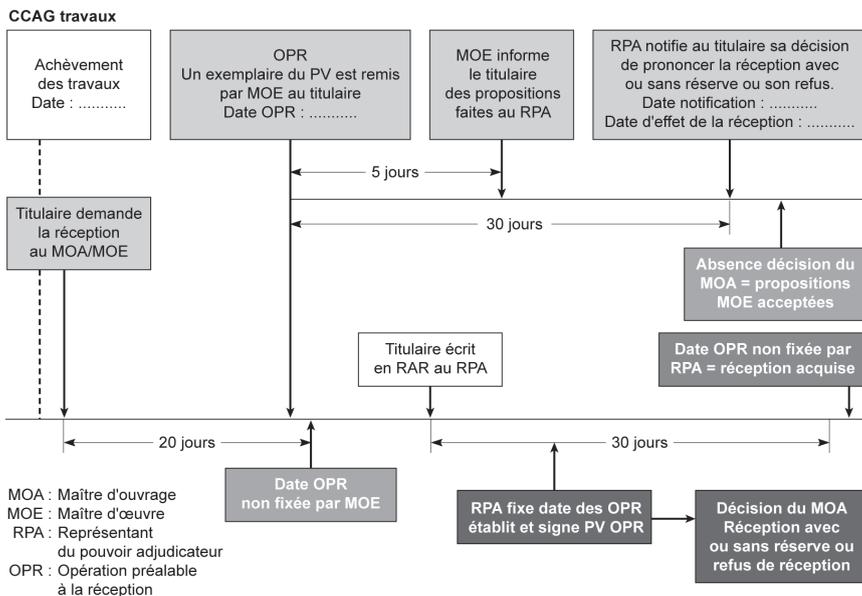


Fig. 22.1 Schéma – Procédure de réception des travaux – CCAG Travaux 2009

23 Règlements alternatifs des différends

Les acheteurs et les titulaires peuvent recourir :

- à un **tiers conciliateur ou médiateur** que le contrat soit administratif ou de droit privé ;
- aux **comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges** relatifs aux marchés publics.

La saisine d'un CCRA suspend le délai des différentes prescriptions, peu importe la nature du contrat et interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

- au **médiateur des entreprises** dont la saisine suspend le cours des différentes prescriptions (CJA, art. L. 213-6 ou conformément au Code civil pour les marchés de droit privé) et interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs. Il agit sans pouvoir décisionnel. Sa mission est d'aider les parties à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend ;
- à la transaction prévue à l'article 2044 du code civil ;
- à l'arbitrage pour l'exécution financière des marchés publics de travaux de l'État, des collectivités territoriales, des EPL et des acheteurs publics pour lesquels la législation les régissant le prévoit et pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des marchés.

Références

Code de la commande publique, art. L. 2197-1 à L. 2197-7

Code de la commande publique, art. R. 2197-1 à R. 2197-25

Annexes

Information et recours des candidats évincés d'un MAPA

	Information		
Contrats concernés	Marchés publics, accords-cadres	Tous contrats administratifs	
<p>Information par l'acheteur des candidats évincés</p> <p>Articles L. 2181-1 et R. 2181-1 du CCP</p>	<p>Obligatoire – Modalités d'information librement définies par l'acheteur.</p> <p>Possibilité pour l'acheteur de s'astreindre à certaines formalités afin de fermer la voie au référé contractuel :</p> <ul style="list-style-type: none"> – envoi au JOUE¹ d'un avis relatif à l'intention de conclure le contrat – respect d'un délai de 11 jours entre la date de publication de cet avis et la signature du marché 		
<p>Information à la demande des candidats</p> <p>Article R. 2181-2 du CCP</p>	<p>Possibilité pour tout candidat écarté d'obtenir, dans un délai de 15 jours à compter de sa réception par l'acheteur :</p> <ul style="list-style-type: none"> – les motifs de son rejet ; – les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue, ainsi que le nom de l'attributaire du marché (lorsque l'offre du candidat n'est ni appropriée, ni irrégulière, ni inacceptable) ; 		
<p>Conditions pour agir</p>	<ul style="list-style-type: none"> – avoir intérêt à conclure le contrat ; – être susceptible d'être lésé par le manquement invoqué <p>Article L. 551-10 du CJA</p> <p>CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES, req. n° 305420</p>	<ul style="list-style-type: none"> – avoir intérêt à conclure le contrat ; – être susceptible d'être lésé par le manquement invoqué ; – n'avoir exercé aucun recours précontractuel préalable. <p>Article L. 551-14 du CJA</p>	<p>Tous concurrents (« Tropic »²) et tiers évincés</p>

	Référé précontractuel³	Référé contractuel⁴	Recours ouvert aux tiers⁵
Moyens invocables	<p>Manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence</p> <p><i>Article L. 551-10 du CJA</i> <i>Article L. 551-14 du CJA</i></p>		Tous moyens
Délais pour agir	<p>Impérativement avant la signature du marché</p> <p><i>Articles L. 551-1 et L. 551-5 du CJA</i></p>	<p>Après la signature du marché :</p> <ul style="list-style-type: none"> – dans un délai de 1 mois à compter de la publication d'un avis d'attribution du marché au JOUE – dans un délai de 6 mois en l'absence de toute publication de la part de l'acheteur <p>Mais devient impossible lorsque :</p> <ul style="list-style-type: none"> – l'acheteur a envoyé au JOUE un avis relatif à l'intention de conclure le marché ; – a respecté un délai de 11 jours entre la date de publication de cet avis et la signature du marché <p><i>Article R. 551-7 du CJA</i></p>	<p>Après la conclusion du contrat :</p> <ul style="list-style-type: none"> – 2 mois à compter des mesures de publicité appropriées
Lieu de la juridiction compétente <i>Article R. 312-11 du CJA</i>	Président du tribunal administratif du lieu prévu pour l'exécution du contrat		Tribunal administratif du lieu prévu pour l'exécution du contrat

Information à l'acheteur de l'exercice d'un recours	Obligatoire simultanément au dépôt du recours et selon les mêmes modalités (courrier, fax...) <i>Articles R. 551-1 et R. 551-2 du CJA</i>	Néant	Néant
Effets de la saisine	Suspension de la signature du marché <i>Articles L. 551-4 et L. 551-9 du CJA</i>		
Textes et jurisprudences applicables	<i>Articles L. 551-1 à L. 551-12 et R. 551-1 à R. 551-6 du CJA</i>	<i>Articles L. 551-13 à L. 551-23 du CJA</i>	<i>CE 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, req. n° 291545 ; CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 (recours des tiers), CE 14 octobre 2015, req. n° 391183 (sous-traitant d'un candidat évincé), CE 30 juin 2017, req. n° 398445 (demande de résiliation d'un contrat par un tiers)</i>
<p>(1) JOUE : <i>Journal Officiel de l'Union Européenne</i>.</p> <p>(2) Recours en contestation de la validité du contrat ouvert directement devant le juge administratif aux seuls concurrents évincés. Le recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de la date de conclusion du contrat.</p> <p>(3) Référé précontractuel : recours exercé notamment par un candidat évincé d'une procédure d'attribution d'un marché, devant le tribunal administratif, pour manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, avant signature du marché.</p> <p>(4) Référé contractuel : recours exercé notamment par un candidat évincé d'une procédure d'attribution d'un marché, devant le tribunal administratif, pour manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, après signature du marché.</p> <p>(5) Recours ouvert devant le tribunal administratif aux candidats évincés ainsi qu'à tout tiers à un contrat susceptible de subir de façon suffisamment directe et certaine un préjudice lié à sa passation ou à ses clauses. Le recours doit être exercé dans les deux mois suivant l'accomplissement des mesures de publicité appropriées.</p>			

Information et recours des candidats évincés d'un marché passé en procédure formalisée

	Information		
<p>Information par l'acheteur des candidats évincés Articles L. 2181-1 et R. 2181-3 du CCP</p>	<p>L'information par l'acheteur comporte :</p> <ul style="list-style-type: none"> – le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; – la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché 		
<p>Information à la demande des candidats Article R. 2181-4 du CCP</p>	<p>À la demande de tout candidat (ayant fait une offre qui n'est pas irrégulière, inacceptable ou inappropriée) l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard 15 jours à compter de la réception de cette demande :</p> <ul style="list-style-type: none"> – les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue (lorsque ces derniers ne sont pas achevés) ; – les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue lorsque le marché a été attribué 		
	Référé précontractuel¹	Référé contractuel²	Recours ouvert aux tiers³
Contrats concernés	Marchés publics, accords-cadres		Tous contrats administratifs
<p>Délai devant être respecté entre la date d'envoi de la lettre de rejet et celle de la signature du marché par l'acheteur Article R. 2182-1 du CCP</p>	<ul style="list-style-type: none"> – 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 par l'acheteur. – ce délai minimal est de 16 jours lorsque la notification n'a pas été transmise par voie électronique. 		

	Référé précontractuel	Référé contractuel	Recours ouvert aux tiers
Moyens invocables	Manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence		Tout moyen
	Article L. 551-10 du CJA	Article L. 551-14 du CJA	
Conditions pour agir	<ul style="list-style-type: none"> – avoir intérêt à conclure le contrat ; – être susceptible d’être lésé par le manquement invoqué <i>Article L. 551-10 du CJA</i> <i>CE 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, req. n° 305420</i>	<ul style="list-style-type: none"> – avoir intérêt à conclure le contrat – être susceptible d’être lésé par le manquement invoqué – n’avoir exercé aucun recours précontractuel préalable <i>Article L. 551-14 du CJA</i>	Tous concurrents (« <i>Tropic</i> » ⁴) et tiers évincés
Délais pour agir	<p>Impérativement avant la signature du marché</p> <i>Articles L. 551-1 et L. 551-5 du CJA</i>	<p>Après la signature du marché :</p> <ul style="list-style-type: none"> – possible dans un délai de 1 mois à compter de la publication d’un avis d’attribution au JOUE⁵, à compter de la notification d’un marché basé sur un accord-cadre ; – possible dans un délai de 6 mois en l’absence de toute publication ou notification de la part du maître d’ouvrage <i>Article R. 551-7 du CJA</i>	<p>Après la conclusion du contrat :</p> <ul style="list-style-type: none"> – 2 mois à compter des mesures de publicité appropriées

<p>Lieu de la juridiction compétente Articles R. 312-1 et R. 312-11 du CJA</p>	<p>Président du tribunal administratif du lieu prévu pour l'exécution du contrat</p>		<p>Tribunal administratif du lieu prévu pour l'exécution du contrat</p>
<p>Information à l'acheteur de l'exercice d'un recours</p>	<p>Obligatoire simultanément au dépôt du recours et selon les mêmes modalités (courrier, fax...) Article R. 551-1 du CJA</p>	<p>Néant</p>	<p>Néant</p>
<p>Effets de la saisine</p>	<p>Suspension de la signature du marché Article L. 551-4 et L. 551-9 du CJA</p>		
<p>Textes et jurisprudences applicables</p>	<p>Articles L. 551-1 à L. 551-12 et R. 551-1 à R. 551-6 du CJA</p>	<p>Articles L. 551-13 à L. 551-23 du CJA</p>	<p>CE 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, req. n° 291545 ; CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 (recours des tiers) ; CE 14 octobre 2015, req. n° 391183 (sous-traitant d'un candidat évincé) ; CE 30 juin 2017, req. n° 398445 (demande de résiliation d'un contrat par un tiers)</p>

- (1) Référé précontractuel : recours exercé notamment par un candidat évincé d'une procédure d'attribution d'un marché, devant le tribunal administratif, pour manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, **avant** signature du marché.
- (2) Référé contractuel : recours exercé notamment par un candidat évincé d'une procédure d'attribution d'un marché, devant le tribunal administratif, pour manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, **après** signature du marché.
- (3) Recours ouvert devant le tribunal administratif aux candidats évincés ainsi qu'à **tout tiers à un contrat** susceptible de subir de façon suffisamment directe et certaine un préjudice lié à sa passation ou à ses clauses. Le recours doit être exercé dans les deux mois suivant l'accomplissement des mesures de publicité appropriées.
- (4) Recours en contestation de la validité du contrat ouvert directement devant le juge administratif aux seuls concurrents évincés. Le recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de la date de conclusion du contrat.
- (5) *JOUE* : *Journal Officiel de l'Union Européenne*.

A

Abandon de procédure 72
Accord-cadre 23
Acheteur 12
Acompte 95
Actualisation des prix 94
Allotissement 38
Appel d'offres 57
Assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) 12
Assurances 43, 44
Attestations sur l'honneur 40
Avances 85, 93, 95
Avenant 100, 104, 106

B

BIM 55
Bons de commande 24, 110

C

Candidat 14, 41, 42
Capacités 42
Clause sociale 67
Coentreprise 20
Comité consultatif de règlement des litiges 108, 112
Conception-Réalisation 25
Confidentialité 63
Coopération entre pouvoirs adjudicateurs 18
Critère 68

D

Décision de poursuivre 106
Déclaration du sous-traitant 80
Décompte général 102
Décompte mensuel 101
Délai de paiement 84, 97
Délai de réception (des candidatures et des offres) 41
Dématérialisation 48
Développement durable 16, 67
Dialogue compétitif 59
Données essentielles 74
Dossier de candidature 40
DUME 53
Durée des marchés 25

E

Entité adjudicatrice 13
Entreprise liée 20
Entreprise publique 14
Environnement 67, 68
Exclusions 45

F

Formulaires marchés publics 40, 53, 80

G

Garantie à première demande 93, 94
Groupement momentané d'entreprises 42, 54, 64

I

Information des candidats 72, 115, 118

Insertion 67

Intérêts moratoires 99

L

Labels 66

Lots 38

M

MAPA (Marché passé en procédure adaptée) 56, 58

Marché à tranches 23

Marché de conception-réalisation 25

Marché de partenariat 28

Marché global de performance 26

Marché pour prestations similaires 60

Marché réservé 39

Marchés globaux 25

Marché « subséquent » à un marché initial 24

Mise au point du marché 71

Mutualisation 38

N

Négociation 56, 57

Notification 73

O

Offre anormalement basse 70, 82

Offre économiquement la plus avantageuse 68

Offres 40, 62, 68

Opérateur de réseaux 13

Ouvrage 11

P

Paiement 10, 21

Paiement direct du sous-traitant 84

Partenariat d'innovation 31

Personne publique candidate 21

PME 30, 93, 95, 96

Pouvoir adjudicateur 13

Principes de la commande publique 16, 17

Procédure négociée 57

Publicité 15

Q

Qualité 68

Quasi-régie 19

R

Reconduction 25

Recours « Tropic » 115, 117, 120

Référé contractuel 116, 118

Référé précontractuel 116, 118

Régularisation des offres 62

Régularité fiscale/sociale 45

Retenue de garantie 93, 96

Révision des prix 94, 103, 104

S

Sélection des entreprises 40, 45

Seuils 15, 56

Signature électronique 51

Sourçage 35

Sous-traitance indirecte 82
Sous-traitance/sous-traitant 77
et s.
Spécifications techniques 36

T

Transaction 112

Tribunal administratif 116

V

Variante 69
Variation des prix 37, 94, 103, 104

INFOPRO *digital*

Le groupe Infopro Digital, certifié ISO 14001,
est engagé dans une démarche environnementale.
Cet ouvrage est imprimé en France sur un papier issu de forêts gérées durablement.

Achévé d'imprimer sur les presses JOUVE,
1, rue du Docteur Sauvé,
53100 MAYENNE
N° d'imprimeur : 2919689M
Dépôt légal : septembre 2019



Abrégé des marchés publics de travaux

L'encadrement des marchés publics et des concessions repose désormais sur un texte unique : le Code de la commande publique. Cet ouvrage traite uniquement des marchés publics. Il met la réglementation applicable aux marchés de travaux à la portée des entrepreneurs soucieux de remporter des marchés et de les exécuter dans de bonnes conditions.

Structuré en courts chapitres, cet *Abrégé* permet de trouver une réponse rapide à toute question. Il définit tant les acteurs que les principes généraux, aborde les règles de la passation des marchés (publicité, procédures, dématérialisation...) ainsi que la gestion du contrat et du chantier (exécution, prix, paiement et réception). Enfin, une nouvelle partie est consacrée à la sous-traitance.

De nombreux schémas, tableaux récapitulatifs, focus et points de vigilances aideront le lecteur à sécuriser son action et à mettre en œuvre les solutions adéquates.



La Fédération Nationale des Travaux Publics regroupe, par l'intermédiaire de ses 12 Fédérations Régionales, 8 000 entreprises exerçant une activité de Travaux Publics et représente 300 000 salariés. Elle suscite les conditions du développement du marché des Travaux Publics, informe les entreprises sur les conditions d'exercice de leur activité et répond à leurs demandes.

Pour en savoir plus : [@FNTP_info](http://www.fntp.fr)

ISBN 978-2-281-13376-9



9 782281 133769

EDITIONS

LE MONITEUR