

LES MARCHES A PROCEDURE ADAPTEE ET AUTRES MARCHES PUBLICS DE FAIBLE MONTANT

Les procédures formalisées imposées par le droit de l'Union européenne ne s'imposent qu'aux marchés publics d'un montant supérieur aux seuils qu'il fixe¹. Au-dessous de ces seuils, l'acheteur est libre d'organiser sa procédure comme il l'entend, dans le respect des principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures².

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

De nombreux acheteurs ignorent la liberté que cette procédure leur offre. Sa souplesse permet pourtant souvent de répondre de manière optimale à l'impératif que doit respecter tout acheteur : la meilleure utilisation des deniers publics.

Elle ouvre, en outre, les marchés publics aux entreprises inhabiles au maniement des procédures formalisées, notamment les petites et moyennes entreprises (PME).

Elle est enfin, source d'économie pour l'acheteur lui-même, car elle lui permet d'adapter les moyens mis en œuvre aux enjeux de son achat.

Attention ! La présente fiche n'a pas pour objet d'encourager les acheteurs à utiliser avec légèreté les MAPA : il va de soi qu'un marché de travaux de 4 000 000 euros HT, par exemple, doit faire l'objet d'une rigoureuse évaluation du besoin et d'efficaces mesures de publicité et de mise en concurrence. Elles seront, de fait, proches de celles pratiquées en procédures formalisées mais laissent place à la fois, à la discrétion de l'acheteur, à la négociation et à des délais plus courts³.

Elle a pour objectif, à l'aide d'exemples, de permettre aux acheteurs de déterminer le cadre d'une procédure efficiente, c'est-à-dire des mesures de publicité et de mise en concurrence en adéquation avec l'enjeu du marché.

1. Quand recourir au marché à procédure adaptée ?

Les marchés publics peuvent être passés en procédure adaptée, soit en raison de leur montant, soit en raison de leur objet.

1.1. Les MAPA en raison de leur montant.

A titre liminaire, il convient de rappeler que la détermination de la valeur estimée des besoins au regard des notions d'opérations et de prestations homogènes doit faire l'objet d'une attention particulière (article 21 du décret). Les acheteurs ne doivent pas découper le montant de leurs marchés, dans le seul but de bénéficier de l'allègement des obligations de publicité et de mise en concurrence, aux dépens de la sécurité juridique des contrats ainsi conclus. Des prestations homogènes doivent être comptabilisées ensemble pour le calcul des seuils⁴.

Le « saucissonnage » pour permettre le recours au MAPA est illégal.

¹ Article 25 du décret n°2016-360 ; publiés au Journal officiel de la République française (article 42 de l'ordonnance n°2015-899), ces seuils évoluent tous les deux ans.

² CE, Avis, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin, n° 246921 ; 2003-473 DC 26 juin 2003.

³ Pour la détermination de ces modalités, l'acheteur peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une de ces procédures formalisées, l'acheteur est tenu de l'appliquer dans son intégralité (article 27 du décret n°2016-360).

⁴ Article 20 du décret n°2016-360.

1.1.1 Le cas particulier des marchés publics qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT.

Ces marchés publics d'un faible montant ne sont plus assimilés à des marchés à procédure adaptée⁵. Le 8° de l'article 30 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 dispense ces marchés publics des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Ce seuil de dispense de procédure a été relevé à 90 000 euros HT pour les marchés publics de fourniture de livres non scolaires passés par les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 modifiée relative au prix du livre⁶.

Cette mesure permet de ne pas faire peser sur ces marchés publics le formalisme des procédures formalisées, coûteux en temps et en moyens, en regard de leur très faible montant et faible enjeu. Pour ces achats, les acheteurs ne sont soumis qu'à l'obligation, de bon sens, de veiller à assurer une utilisation optimale des deniers publics, c'est-à-dire d'acheter de manière pertinente en sollicitant, s'il y a lieu, différents prestataires⁷.

Toutefois, si l'acheteur estime nécessaire de procéder à une mise en concurrence, ces marchés publics sont soumis aux dispositions applicables aux marchés à procédure adaptée.

1.1.2 Les marchés publics dont les montants sont inférieurs aux seuils européens (article 25 du décret « marchés publics » et article 22 du décret « marchés publics de défense ou de sécurité »).

Il s'agit des marchés publics dont qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux montants suivants :

- Pour marchés publics des pouvoirs adjudicateurs :
 - 135 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services des « autorités publiques centrales »⁸;
 - 209 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services des pouvoirs adjudicateurs autres que les « autorités publiques centrales »⁹;
 - 209 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures acquises par des « autorités publiques centrales » opérant dans le domaine de la défense pour des produits spécifiques¹⁰;
 - 5 225 000 euros HT pour les marchés publics de travaux ;
- Pour marchés publics des entités adjudicatrices :
 - 418 000 € HT pour les marchés publics de fournitures ou de services ;
 - 5 225 000 euros HT pour les marchés publics de travaux ;
- Pour marchés publics de défense ou de sécurité (pas de distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices) :
 - 418 000 € HT pour les marchés publics de fournitures ou de services ;
 - 5 225 000 euros HT pour les marchés publics de travaux.

⁵ Article 30 8° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et article 23 14° du décret n° 2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

⁶ Article 30 9° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Cf. fiche technique sur « La négociation sans publicité ni mise en concurrence ».

⁷ Les achats de moins de 25 000 euros HT des acheteurs publics peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence : voir la fiche technique « [les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence ?](#) »

⁸ En application de l'avis relatif aux seuls de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, il s'agit de l'État, des établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception des établissements publics de santé, des autorités administratives indépendante dotées de la personnalité juridique, de la Caisse des dépôts et consignations, de l'Ordre national de la Légion d'honneur, de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP), de la Fondation Carnegie et de la Fondation Singer-Polignac (JORF du 27 mars 2016).

⁹ Notamment des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que des établissements publics de santé, les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial, etc.

¹⁰ La liste de ces produits figure à l'annexe 4 de l'appendice I de l'offre de l'Union européenne au titre de l'Accord sur les marchés publics (disponible sur le site de l'Organisation mondiale du commerce : http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gproc_f.htm).

1.1.3 Les "petits lots" d'un marché public formalisé

Peuvent être passés selon la procédure adaptée, les lots inférieurs à 80 000 euros HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et à 1 000 000 euros HT dans le cas des marchés publics de travaux, à la condition que le montant cumulé des lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots¹¹.

Ex: Un marché public de nettoyage (marché public de services) est alloté de la façon suivante :

Lot 1 : Prestations de nettoyage – Paris (besoin estimé : 300 000 euros HT) ;
Lot 2 : Prestations de nettoyage – Petite couronne (besoin estimé : 130 000 euros HT) ;
Lot 3 : Prestations de nettoyage – Grande couronne (besoin estimé : 20 000 euros HT).
La valeur totale du marché est estimée à 450 000 euros HT.

Supérieur au seuil de l'article 42 de l'ordonnance, le marché public doit être passé en procédure formalisée. Le lot n°3 s'apparente à un petit lot, et pourra être passé en procédure adaptée. Il respecte, en effet, les deux conditions cumulatives posées par le décret :

- Il est inférieur à 80 000 euros HT ;
- Son montant (20 000 euros HT) n'excède pas 20% de la valeur de la totalité des lots (20% de 450 000 euros HT = 90 000 euros HT).

La question a pu se poser de savoir s'il était possible de passer des accords-cadres (s'exécutant sous forme de marchés subséquents ou par émission de bons de commande) en procédure adaptée. L'acheteur fera alors attention à prévoir un maximum. En effet, les accords-cadres sans maximum (en montant ou en quantité) sont réputés être des marchés publics destinés à répondre à des besoins d'un montant estimé supérieur aux seuils des procédures formalisées¹².

1.2. Les MAPA en raison de leur objet.

L'article 28 du décret relatif aux marchés publics concerne les catégories de services dits « sociaux et autres services spécifiques »¹³, que les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE soumettent à une procédure allégée¹⁴. En raison de la spécificité de ces marchés publics, les acheteurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire.

Ex: Marchés de services sociaux et sanitaires ou de services d'hôtellerie et de restauration

L'article 29 du décret relatif aux marchés publics introduit une nouvelle catégorie de marchés à procédure adaptée en raison de leur objet, les « marchés publics de services de représentation juridique ». Ces MAPA spécifiques font l'objet d'une fiche technique particulière.

Enfin, l'article 25 du décret relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité précise que, « *quelle que soit la valeur estimée du besoin (...), les marchés publics ayant pour objet des services autres que ceux mentionnés à l'article 24 peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 22* », sous réserve de dispositions spécifiques.

¹¹ Article 22 du décret n°2016-360 et article 19 du décret n° 2016-361.

¹² Cette précision ne figure plus dans les décrets n°+ 2016-360 et n° 2016-361. Toutefois, la procédure suivie pour l'attribution d'un accord-cadre n'étant pas un élément contractuel, une fois le montant « de procédure » atteint, il sera impossible juridiquement de l'opposer au titulaire. De plus, en application des nouvelles jurisprudences relatives à la résiliation des marchés publics, on peut douter de la capacité de l'acheteur à résilier l'accord-cadre pour cette raison.

¹³ Concernant les marchés de prestations juridiques, se reporter à la fiche technique sur « Les marchés de services juridiques ».

¹⁴ Il s'agit d'un reliquat des anciens « services non-prioritaires » soumis à un régime allégé par les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Le régime spécifique des « services non-prioritaires » demeure dans les marchés publics de défense ou de sécurité (Art. 25 du décret n° 2016-361).

2. Quels documents sont nécessaires pour conclure un MAPA ?

Le contenu du dossier de consultation ainsi que le formalisme contractuel sont liés aux caractéristiques du marché public. Le choix entre la rédaction d'une simple lettre de commande ou la rédaction d'un cahier des charges et ses pièces techniques va dépendre de plusieurs paramètres et notamment du prix, de l'objet et de la nature des prestations envisagées (condition de réalisation des prestations et degré de complexité).

Il appartient à l'acheteur de définir, pour chaque MAPA, le contenu de son dossier de consultation.

2.1. Un écrit est obligatoire au-dessus de 25 000 euros HT, mais sa forme est libre.

Les marchés publics qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont passés sous la forme écrite. La rédaction d'un contrat écrit, même simplifié, permet d'encadrer l'exécution du marché¹⁵.

La forme de l'écrit est libre¹⁶ : lettre, contrat, devis accompagné de l'accord de l'acheteur, courriel,...

Il peut être utile, pour recueillir la signature et l'engagement du futur titulaire sur la prestation et son prix, de fournir aux candidats un acte à compléter¹⁷. La souplesse de la procédure adaptée doit cependant être préservée. La fixation de règles internes trop rigides, sans utilité pour la qualité de l'achat, est à proscrire : la confection des pièces a un coût pour l'administration et pour les entreprises.

L'acheteur doit pouvoir effectuer ses achats de manière simple et rapide. Dès lors que l'offre est pertinente et le prix raisonnable, l'acheteur doit pouvoir contracter. L'acheteur devra conserver une trace de ses modalités d'achat. Cette traçabilité est proportionnée à l'achat effectué (copie de courriels, ou de catalogues, devis, résultats des comparaisons de prix,...).

2.2. La rédaction d'un cahier des charges est facultative mais fortement recommandée.

2.2.1 La définition des besoins est indispensable

Un bon achat suppose une définition préalable du besoin. Elle permet aux candidats de remettre une offre pertinente et de fixer un prix adapté à la prestation à réaliser.

La définition des besoins doit être proportionnée à leur réalité. Une définition insuffisante suscite, souvent, des offres inadéquates et, toujours, des difficultés dans l'exécution. Au contraire, une définition excessivement précise, empêche les candidats de faire valoir leur savoir-faire spécifique, bride la négociation et nuit à une meilleure adaptation aux besoins.

Les prestations peuvent être définies soit par référence à des normes soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles (Art. 6 du décret n° 2016-360 et Art. 4 du décret n° 2016-361).

Une définition des besoins par référence aux résultats des prestations souhaitées par l'acheteur, peut suffire. Les finalités exprimées par l'acheteur permettent à l'entreprise spécialisée de proposer une offre adaptée à ses besoins.

Ex : Pour un marché public d'imprimantes, la détermination de la finalité de l'achat (impression de documents en noir et blanc avec recto-verso), de sa fréquence d'utilisation (capacité d'impression de 1 000 pages par jour) et de la quantité voulue (une imprimante par service), dans la lettre de consultation envoyée par l'acheteur peut suffire, sans qu'il soit besoin de préciser toutes les spécifications techniques.

¹⁵ Article 15 du décret n°2016-360 et article 11 du décret n° 2016-361.

¹⁶ Cependant, en application de certaines réglementations, la forme écrite des marchés à procédure adaptée est obligatoire quel que soit le montant pour certaines prestations : marché public d'assurance, marché public de maîtrise d'œuvre passé en application de la loi MOP.

¹⁷ Les décrets n°2016-360 et n° 2016-361 ne comporte plus de dispositions en matière de signature des candidatures et des offres pour l'ensemble des procédures de passation des marchés publics. Désormais, les candidatures et les offres des opérateurs économiques n'ont pas à être signées à la main ou même électroniquement. Il n'en demeure pas moins que le marché public doit être évidemment signé au stade de son attribution (les articles 102 et 104 du décret n° 2016-360 mentionnent, à cet égard, la signature du marché public).

2.2.2 Le cahier des charges permet à l'acheteur de définir ses besoins

Le cahier des charges sert à définir le besoin de l'acheteur. Si sa rédaction, en procédure adaptée, n'est pas obligatoire, elle est néanmoins utile. Le renvoi au CCAG adéquat peut être conseillé car il permettra de prévenir d'éventuelles difficultés d'exécution. Cependant, l'acheteur doit veiller à ce que les clauses du CCAG correspondent à son besoin et mentionne, le cas échéant, les articles du CCAG auxquels il entend déroger.

Cela est particulièrement le cas pour les marchés publics de travaux, les règles d'exécution justifiant de s'entourer de précautions¹⁸.

Ex : Pour certains marchés publics, notamment de faible montant, un simple courriel adressé aux candidats potentiels porteur de la mention : «*Le présent contrat sera soumis au CCAG X du XX/XX/XXX, à l'exception de ses articles [énumérer les articles]*» suffit. Cette soumission sera confirmée auprès de l'attributaire au moment de la notification. L'identification précise du CCAG, et notamment de la date de l'arrêté l'ayant approuvé, est importante car elle permet de lever tout doute sur son identification.

2.3. **Le règlement de consultation.**

Le règlement de la consultation peut, en procédure adaptée, se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre¹⁹.

Il revient à l'acheteur, en fonction des caractéristiques du besoin, du nombre et de la localisation des opérateurs économiques, de déterminer la précision du règlement de consultation adapté au marché public envisagé, pour permettre, à la fois, de garantir l'égalité entre les candidats et d'être assuré de satisfaire son besoin.

Même pour un marché public peu complexe, les candidats doivent pouvoir bénéficier d'une information optimale. Le règlement doit prévoir les grandes étapes de la procédure, et notamment le principe et les conditions de la négociation ainsi que les critères de sélection des offres (voir point 4).

Ainsi, il convient de souligner que les MAPA, comme tous les marchés publics, ne peuvent être attribués à un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner. Le règlement de la consultation devrait rappeler ce point. C'est justement en matière de MAPA que, pour limiter les charges pesant sur les candidats, l'application des différentes dispositions d'allègement des dossiers de candidatures prend tout son sens²⁰.

Si toutes ces mentions figurent dans l'avis d'appel à la concurrence, l'acheteur peut se dispenser d'établir un règlement de la consultation. Afin d'alléger les documents de la consultation, il est fortement conseillé, pour les marchés publics d'un faible montant faisant l'objet d'un avis de marché, de faire figurer ces informations dans l'avis et de se passer ainsi de la rédaction d'un règlement de la consultation.

3. Comment définir les mesures de publicité adaptées à son achat ?

3.1 **En-deçà du seuil de 25 000²¹ euros HT, le marché public sera en principe passé sans publicité ni mise en concurrence préalables.**

L'acheteur, responsable des deniers publics, veillera à choisir une offre financièrement raisonnable et cohérente avec la nature de la prestation.

¹⁸ Conditions particulières de réception, DGD, etc.

¹⁹ Les décrets n°2016-360 et n° 2016-361 ne posent pas d'exigences relatives aux mentions devant figurer dans le règlement de la consultation.

²⁰ Et notamment l'utilisation de l'application « marchés publics simplifiés », le « dites-le nous une fois » (fait de ne pas demander un document qui a déjà été transmis à l'occasion d'une procédure de marché public antérieure et qui demeurerait valable) ou la mise en place d'un répertoire des fournisseurs habituels auxquels il serait demandé, en début d'année, de bien vouloir mettre à jour leurs informations, sur une base volontaire.

²¹ 90 000 euros HT pour les marchés publics de fourniture de livres non scolaires passés par les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 modifiée relative au prix du livre : voir point 1.1.1

S'il possède une connaissance suffisante du secteur économique, il peut effectuer son achat sans démarches préalables.

S'il ne possède pas de connaissances particulières du secteur économique, l'acheteur doit effectuer son achat comme tout particulier avisé, c'est-à-dire après s'être renseigné et avoir procédé à des comparaisons. Une demande de devis à quelques fournisseurs repérés est toujours utile : elle permet, en effet, de mettre en concurrence même de manière sommaire, plusieurs fournisseurs potentiels.

Attention ! La confection de devis a un coût pour les entreprises. L'acheteur évitera donc de les solliciter inutilement, en multipliant les demandes récurrentes de devis pour des prestations de faible montant. Aussi, la consultation des catalogues est une alternative très intéressante à la demande de devis. L'acheteur fera toutefois attention à conserver des traces des recherches opérées au cas où il serait amené à devoir justifier son choix.

3.2 Pour les MAPA en raison de leur montant, entre 25 000 euros HT²² et les seuils de procédure formalisée, les modalités de publicité dépendent du statut de l'acheteur.

3.2.1 L'acheteur peut décider que le marché public sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Si l'article 27 du décret n° 2016-360 et l'article 22 du décret n° 2016-361 ne le précisent plus, il demeure entendu que l'acheteur peut décider, au-delà des seuils applicables aux marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence préalables évoqués au point 1.1.1. et inférieurs aux seuils de procédure formalisée, que le marché public sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable.

En effet, l'article 30 10° du décret n° 2016-360 et l'article 23 15° du décret n° 2016-361 prévoient que « *pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens et lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré* » il est possible de recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable²³.

Ce sera également le cas dans l'ensemble des hypothèses visées par ces articles 30 et 23²⁴.

3.2.2 Pour les acheteurs autres que l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que leurs groupements ainsi que pour les marchés publics de défense ou de sécurité lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros HT

La publicité demeure adaptée en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause²⁵. C'est à ce stade que le professionnalisme des acheteurs et leur responsabilisation prennent tout leur sens.

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

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

²² Même remarque s'agissant des marchés publics de fourniture de livres non scolaires passés par les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 modifiée relative au prix du livre .

²³ CE, 10 février 2010, M. Pérez, n° 329100.

²⁴ Notamment en cas d'urgence impérieuse, lorsqu'aucune offre ou candidature n'a été déposée, etc.

²⁵ Le 2° du I de l'article 34 du décret n°2016-360 et 1° du I de l'article 28 du décret n° 2016-361.

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

Les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur. On prendra garde que ce moyen de publicité ne peut être un moyen unique suffisant, que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché. Pour des sites à audience réduite, ce mode d'information ne doit être utilisé que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

L'information des candidats potentiels peut également être publiée au BOAMP, dans la presse quotidienne régionale ou la presse spécialisée. Ces supports offrent souvent des tarifs préférentiels, pour la publicité des marchés en dessous des seuils de procédure formalisée.

Enfin, l'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. Ces avis publiés à titre de publicité supplémentaire peuvent ne pas reprendre la totalité des informations, qui figurent dans l'avis publié à titre principal, à la condition qu'ils mentionnent les références précises de cet avis.

Dans toutes les hypothèses, le montant estimé du marché public, sa complexité, ses caractéristiques techniques et les secteurs économiques concernés sont autant de critères qui devront guider l'acheteur dans le choix du ou des journaux support de publicité, en fonction notamment de leur diffusion et de leur lectorat.

Toutefois, publicité ne signifie pas nécessairement publication (voir point 3.2.2.1.1.).

3.2.3 Pour l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que leurs groupements

Attention : Dans le cadre du décret n° 2016-360, en application de son article 2, la Banque de France, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, l'Institut d'émission d'outre-mer, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts, l'Académie nationale de médecine, l'Académie des sciences morales et politiques ainsi que la Caisse des dépôts et consignations appliquent les règles relatives aux acheteurs autres que l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Pôle Emploi, les offices publics de l'habitat ainsi que, pour leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche, les établissements publics de l'État à caractère administratif ayant dans leurs statuts une mission de recherche appliquent également les règles relatives aux acheteurs autres que l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. Ils sont toutefois soumis aux dispositions des articles 110 à 121 de ce décret.

Deux situations sont à distinguer selon que le montant du marché est inférieur ou supérieur à 90 000 €HT.

3.2.3.1. Entre 25 000/90 000 et 90 000 euros HT, les modalités de publicité dépendent du montant, des caractéristiques et du secteur économique concerné.

3.2.3.1.1. Publicité n'est pas publication.

L'obligation de publicité n'implique pas forcément publication²⁶, notamment pour les achats de faible montant. La sollicitation notamment par moyens dématérialisés de plusieurs prestataires ou fournisseurs de

²⁶ [CJUE, 21 juillet 2005, Consorzio Aziende Metano \(CONAME\)](#), C-231/03.

services peut même constituer en elle-même un élément de publicité suffisant, si elle s'avère adaptée au marché. Une publication n'est donc pas nécessaire pour garantir l'impartialité et la non-discrimination²⁷.

Ex : La consultation des opérateurs peut se faire par courriel, fax, ou courriers²⁸. Elle n'implique pas forcément pour l'acheteur une publication.

Une publication peut néanmoins s'avérer nécessaire, compte tenu de l'objet du marché public, de son montant, de ses caractéristiques ou du secteur économique concerné.

Elle peut faire l'objet d'une publicité dans la presse. Lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse spécialisée ou au *Bulletin officiel d'annonces des marchés publics* (BOAMP) apparaît d'un coût disproportionné au montant et aux circonstances de l'achat, d'autres moyens de publicité sont disponibles : l'utilisation du profil d'acheteur²⁹, la communication dans la presse, renvoyant au profil d'acheteur ou à son site internet ; l'utilisation du bulletin municipal ou l'affichage en mairie par exemple³⁰.

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

L'objectif est de trouver une juste mesure entre l'efficacité de l'achat, qui suppose un minimum de mise en concurrence et l'équilibre économique de l'opération. L'investissement consacré à la mise en concurrence ne doit pas constituer un élément excessif de surcoût (frais de personnel, de publication et de traçabilité de la commande dès le 1^{er} euro).

Il conviendra toutefois de démontrer, en l'absence de publication, que les entreprises susceptibles d'être intéressées ont été contactées, par tout moyen utile (courriel, fax...). Ainsi, pour un marché de faible montant, une demande de devis à quelques entreprises locales susceptibles de fournir la prestation, dont on gardera la trace, pourra être considérée comme suffisante³¹.

Dans toutes les hypothèses, l'acheteur prendra garde à conserver la trace de ces demandes afin d'être à même de justifier son choix.

3.2.3.1.2. Le choix de la publicité ne peut être fondé sur le seul montant du marché public.

Le choix du support de publicité doit être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées, à l'urgence du besoin, et assurer une audience suffisante. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire. Le montant n'est donc pas le seul élément à prendre en compte.

Les mesures de publicité doivent donc être déterminées *in concreto*. Elles sont librement définies par l'acheteur qui doit s'assurer qu'elles sont « *appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* »³².

3.2.3.1.3. La publicité doit assurer une concurrence réelle.

Pour un marché public de faible montant, une demande de devis à quelques entreprises locales susceptibles de fournir la prestation pourra être suffisante³³. En revanche, dans un secteur très concurrentiel et pour un marché public de montant conséquent, la publicité devra être précise et diffusée largement, afin de garantir les meilleures conditions de concurrence.

²⁷ [Conclusions sous CJUE, 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH](#), C-324/98.

²⁸ Réponse ministérielle n°18838, JOAN, 2 avril 2013, p.3582.

²⁹ Le profil d'acheteur est « *la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires* » (art 31 du décret).

³⁰ Rappelons cependant que le BOAMP, les journaux légaux et les journaux spécialisés offrent des conditions de tarif très avantageuses pour les marchés de ces montants.

³¹ Conclusions N. Boulouis sur CE, 10 février 2010, M. Perez, n° 329100.

³² [CE, 7 octobre 2005, Région Nord Pas de Calais](#), n°278732.

³³ Conclusions N. Boulouis sur [CE, 10 février 2010, M. Perez](#), n°329100.

Seule une publicité susceptible de toucher le secteur économique visé peut être considérée comme adaptée. Dès lors, il incombe à l'acheteur d'apprécier si le marché public qu'il entend passer est un marché public d'intérêt local, national ou transfrontalier certain et de réaliser une publicité appropriée.

Ex : L'achat de places pour les matches de l'Olympique Lyonnais peut se faire sans mise en concurrence

Le Conseil d'Etat illustre, pour la première fois, la notion d'absence de mise en concurrence et de publicité lorsque « ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré » (ex-article 28 du code des marchés publics). L'acquisition de places par le conseil général du Rhône pour assister à des matchs de l'Olympique Lyonnais constitue un marché public. Ces prestations ont un caractère unique : une mise en concurrence pour l'achat spécifique de ces billets, dont seul le club de football est le distributeur, s'avérerait impossible au sens des dispositions de l'ex-article 28-II du code des marchés publics.

[CE, 28 janvier 2013, Département du Rhône](#), n°356670.

Ces dispositions de l'article 28-II du code des marchés publics ont été reprises au 10° du I de l'article 30 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016³⁴.

Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, une publicité effectuée sur le seul profil d'acheteur peut être suffisante. Le Conseil d'Etat refuse d'interdire aux acheteurs de recourir à la seule publication des avis d'appel à la concurrence sur leur profil d'acheteur³⁵. Cependant, ce moyen de publicité ne peut être un moyen unique suffisant que si le profil d'acheteur utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu et le montant financier du marché public. Pour des sites à audience réduite, ce mode d'information ne doit être utilisé que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse.

La publicité adaptée est donc appréciée au regard d'un faisceau d'indices appliqué à la procédure examinée. Son degré peut influencer sur le nombre d'offres déposées : la publicité faite sur de multiples supports en entraînant une plus grande visibilité est susceptible d'être vue par de nombreux opérateurs, alors tentés de déposer une offre.

Ex : La construction d'une antenne du Louvre à Lens.

La publication d'un avis de publicité dans La Voix du Nord, journal d'annonces légales, doublée d'une publication sur le site internet de la collectivité, pour un marché à procédure adaptée de 35 000 euros HT était insuffisante, compte tenu de l'objet du marché et malgré son montant limité. Le constat de l'insuffisance de la publicité effectuée par la région Nord-Pas-de-Calais était dû au fait que le marché concerné exigeait des candidats la présentation de références récentes de prestations faites dans de grands musées. En outre, un tel marché, de par sa spécificité et le prestige s'attachant à sa réalisation, était susceptible d'intéresser des opérateurs économiques autres que locaux.

[CE, 7 octobre 2005, Région-Nord-Pas-de-Calais](#), n°278732.

3.2.3.1.4. La publicité doit être précise.

Elle doit toujours être faite par l'acheteur public lui-même ou la personne mandatée à cette fin. En effet, ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre de l'acheteur. Les mesures de publicité intervenues indépendamment de sa volonté sont sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles il a procédé.

Les acheteurs sont libres de déterminer le contenu de leur avis d'appel à la concurrence. Doivent cependant être au moins portées à la connaissance des candidats potentiels les informations suivantes : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché, et, lorsque le prix n'est pas l'unique critère de choix, les conditions de mise en œuvre de ces critères³⁶.

³⁴ Le montant du marché ne figure plus, toutefois, parmi les raisons permettant de justifier le caractère impossible ou manifestement inutile de la mise en concurrence, étant donné que les dispositions du 8° du I de l'article 30 permettent une telle dispense de procédure en raison du montant.

³⁵ [CE, 4 juillet 2012, Cabinet Froment-Meurice](#), n°353305.

³⁶ [CE, Sect., 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi \(ANPE\)](#), n°290236

3.2.3.2. Entre 90 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée : une publicité réglementée.

Sauf pour les marchés publics de services de l'article 28 du décret n° 2016-360 ou de l'article 25 du décret n° 2016-361 pour lesquels aucun support de publicité n'est imposé en deçà des seuils européens applicables à ces marchés publics³⁷, les avis d'appel à la concurrence doivent être publiés soit dans le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL)³⁸.

En outre, les décrets imposent aux acheteurs de compléter ces avis, s'ils estiment que cela est nécessaire pour garantir un degré de publicité adéquat, par une publicité complémentaire dans un organe de presse spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE, dans l'hypothèse où le marché public présenterait un intérêt transfrontalier certain, par exemple). C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, la nécessité d'une telle publication complémentaire.

Ex : La publicité opérée dans un journal d'annonces légales local, pour la rénovation d'orgues d'église, n'apparaît pas suffisante et nécessitera, par exemple, une publication dans une revue spécialisée.

Enfin, l'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. Ces avis publiés à titre de publicité supplémentaire peuvent ne pas reprendre la totalité des informations, qui figurent dans l'avis publié à titre principal, à la condition qu'ils mentionnent les références précises de cet avis.

Dans toutes les hypothèses, le montant estimé du marché public, sa complexité, ses caractéristiques techniques et les secteurs économiques concernés sont autant de critères qui devront guider l'acheteur dans le choix du ou des journaux support de publicité, en fonction notamment de leur diffusion et de leur lectorat.

3.3 Pour les MAPA en raison de leur objet, les modalités de publicité dépendent du seuil européen applicable à ces marchés publics.

3.3.1 Entre 25 000/90 000 et le seuil européen applicable aux marchés publics de l'article 28 du décret n° 2016-360, les modalités de publicité sont adaptées.

Pour les marchés publics de services relevant de l'article 28, la publicité demeure adaptée en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des services en cause.

3.3.2 Au-delà du seuil européen applicable aux marchés de l'article 28 du décret n° 2016-360, la publicité est encadrée.

Lorsque la valeur estimée du marché public est supérieure ou égale au seuil européen mentionné au 1° du I de l'article 35 du décret n° 2016-360, les avis d'appel à la concurrence doivent être publiés au JOUE.

L'avis du 27 mars 2016 relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques fixe ce seuil à 750 000 €HT pour les pouvoirs adjudicateurs et à 1 000 000 €HT pour les entités adjudicatrices.

Récapitulatif des règles de publicité			
Champ d'application	Montant	Objet du marché : services, fournitures, travaux	Articles

³⁷ Article 35-I. 1° du décret n°2016-360.

³⁸ Il n'existe plus de modèle d'avis obligatoire en-dessous des seuils des procédures formalisées, sauf pour les marchés publics de défense ou de sécurité.

Tous les marchés	X < 25 000 euros HT	Publicité facultative	30 8°
Pour les acheteurs autres que l'Etat, ses EP autres qu'à caractère qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs EP ainsi que leurs groupements			34 2°
Marchés relevant de l'article 27 du décret	25 000 ≤ X < seuils des procédures formalisées	Publicité adaptée : libre choix des supports	
Pour l'Etat, ses EP autres qu'à caractère qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs EP ainsi que leurs groupements			
Marchés relevant de l'article 27 du décret	25 000 ≤ X < 90 000 euros HT	Publicité adaptée : libre choix des supports	34 1° a)
	90 000 ≤ X < seuils des procédures formalisées	JAL ou BOAMP	34 1° b)
		Eventuellement, publicité complémentaire dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique	
Pour tous les acheteurs			
Marchés de services relevant de l'article 28 du décret	X < au seuil européen applicable à ces marchés	Publicité adaptée : libre choix des supports	35 1°
	X ≥ au seuil européen applicable à ces marchés	Publicité au JOUE	35 2°

4. Comment assurer une mise en concurrence effective en procédure adaptée ?

La libre détermination des modalités de mise en concurrence confère aux acheteurs de larges marges de manœuvre.

Cette liberté se caractérise, par exemple, dans le choix laissé à l'acheteur de fixer le délai de remise des candidatures et des offres ou dans le recours à la négociation. Celle-ci permet, en effet, à l'acheteur de négocier le contenu des prestations ou l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, à la différence d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, où le cahier des charges joint au dossier de consultation des entreprises est intangible.

Attention ! L'acheteur devra être en mesure de prouver la réalité de la consultation notamment le cas échéant, par la production de pièces probantes. La conservation de ces pièces (avis de publicité, correspondances entre les parties, devis, ...) et la rédaction de documents de suivi de la procédure (historique du déroulement de la consultation, registre du dépôt des candidatures et des offres, comptes-

rendus de négociation) permettront à l'acheteur de justifier du bien-fondé de ses choix, si ceux-ci s'avèrent ensuite contestés.

4.1 Les délais de remise des candidatures et des offres doivent permettre à tous les candidats potentiels de concourir.

La détermination des délais de remise des candidatures et des offres est laissée à la libre appréciation de l'acheteur (article 43 du décret). Elle doit tenir compte du montant du marché, de la complexité des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats.

Ces délais, portés à la connaissance des candidats, doivent permettre aux opérateurs économiques intéressés de disposer du temps nécessaire pour préparer leur dossier de candidature et leur offre.

Ex : Un délai de remise des offres de 16 jours est insuffisant pour un marché s'élevant à 60 000 euros HT et pour lequel la visite des lieux s'imposait³⁹.

Le délai de remise des plis est calculé à compter de la date de publication de l'avis de marché et non à compter de la date d'envoi à l'organe assurant la publicité⁴⁰. En l'absence de publication, le délai de remise des plis est calculé à partir de la date à laquelle l'entreprise est sollicitée par l'acheteur (par exemple, si un devis a été demandé).

Attention ! A défaut de publication d'un AAPC, l'acheteur, devra veiller à ce que la sollicitation directe des opérateurs intervienne concomitamment. Un envoi étalé dans le temps d'une demande de devis serait susceptible de rompre l'égalité de traitement entre candidats.

4.2 La sélection des candidatures doit respecter certaines exigences posées par les décrets.

Au titre de la candidature, seuls peuvent être demandés des renseignements nécessaires à la vérification des capacités des candidats à exécuter correctement le marché public et à l'absence d'interdiction de soumissionner.

Avant la réforme, l'acheteur public devait contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats⁴¹. L'une des avancées de la réforme est de ne plus imposer la vérification de l'ensemble de ces capacités. Désormais, il lui appartient, compte tenu des caractéristiques du marché public, de déterminer s'il est tenu, en tant que garant de la bonne utilisation des deniers publics, de procéder à la vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles.

La phase d'examen des candidatures se déroule, en principe, avant la phase d'examen des offres. Cependant, aucune disposition des décrets ne s'oppose à ce que les offres soient examinées avant les candidatures⁴². En toute hypothèse, c'est au plus tard avant l'attribution du marché public que l'acheteur doit contrôler les capacités des candidats à exécuter correctement le marché public.

L'information appropriée des candidats sur les critères de choix des candidatures est nécessaire, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis d'appel à la concurrence ou, le cas échéant, dans le règlement de consultation, notamment pour les marchés précédés d'une consultation au moyen de devis.

Cette information appropriée suppose que l'acheteur indique les documents et renseignements, au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures. Si l'acheteur fixe des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent, aussi, être portés à la connaissance des candidats⁴³.

³⁹ TA de Lille, 16 mars 2011, *Société Fornells*, n°1101226.

⁴⁰ CE, 5 août 2009, *Région Centre*, n°307117.

⁴¹ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés*, n°344617.

⁴² L'article 68 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics autorise l'acheteur, en appel d'offres ouvert, à examiner les offres avant les candidatures.

⁴³ CE, 24 février 2010, *Communauté des Cnes l'Enclave des Papes*, n°333569.

Par ailleurs, lorsque l'acheteur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il doit informer les candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché public, dans l'avis d'appel à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats.

Cette information appropriée des candidats n'implique, en revanche, pas que l'acheteur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats⁴⁴.

Ces renseignements porteront sur la capacité technique et professionnelle (descriptif des moyens humains et matériels, compétences, ...) ou financière (chiffre d'affaires, déclaration appropriée d'une banque,...) de l'opérateur économique.

Lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimums de capacité, ces derniers doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché public. Cette règle est encore plus stricte en procédure adaptée : l'acheteur doit veiller à ne pas demander aux entreprises, et notamment aux PME, des pièces excessives qui s'avèrent superflues.

Un acheteur peut exiger des candidats qu'ils justifient de leur capacité technique au moyen d'un certificat de qualification professionnelle. L'exigence d'un tel certificat ne doit pas avoir pour effet de limiter arbitrairement l'accès à la commande publique des opérateurs économiques. L'acheteur doit donc permettre aux candidats d'apporter tout moyen de preuve équivalent à ces certificats⁴⁵.

Il est fréquent que des entreprises nouvellement créées candidatent à des marchés publics passés selon une procédure adaptée. Ces entreprises peuvent se voir demander des pièces dont elles ne disposent pas. C'est notamment le cas du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois dernières années. Facteur d'innovation et de croissance économique, il est pourtant important que les sociétés créées récemment puissent accéder aux marchés publics. L'acheteur devra donc veiller à autoriser les candidats, de manière systématique, à prouver leurs capacités financières par tout autre moyen qu'il juge équivalent⁴⁶. Il peut ainsi être demandé aux candidats de fournir, par exemple, en remplacement des bilans, une « déclaration appropriée de banque »⁴⁷.

Surtout, il est rappelé que l'absence de référence relative à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.

Attention ! L'acheteur ne doit en aucun cas exiger d'autres renseignements ou documents que ceux mentionnés au premier alinéa de l'article 50 du décret⁴⁸ et propres à garantir que les candidats disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (article 51 de l'ordonnance). Des demandes excessives ont un coût inutile pour l'entreprise et pour l'acheteur. Aussi, les renseignements demandés doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché public et la nature des prestations à réaliser. Par exemple, un marché public d'une durée d'exécution de deux semaines ne justifie pas nécessairement que l'on demande la production des extraits de bilan du candidat pour les trois précédentes années...

4.3 La procédure adaptée permet une mise en œuvre plus souple des critères de sélection des offres.

Pour tous les marchés publics, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation, informer les candidats des critères de sélection des offres, ainsi que de leurs conditions de mise en œuvre, selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné⁴⁹. En revanche, il n'est pas tenu de rendre publique sa méthode de notation.

⁴⁴ [CE, 10 avril 2015, chambre de commerce et d'industrie territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud](#), n°387128.

⁴⁵ Réponse ministérielle [n°11666](#), JO Sénat, 6 mai 2010, p.1144.

⁴⁶ [CE, 9 mai 2012, Commune de Saint Benoît](#), n°356455.

⁴⁷ Réponse ministérielle [n°101273](#), JOAN, 17 mai 2011, p. 5148.

⁴⁸ Arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

⁴⁹ CE, 30 janvier 2009, ANPE ; précité. [CE, 3 juin 2009, Cne de Saint Germain en Laye](#), n°311798.

4.3.1 L'existence de spécificités dans le choix des critères d'attribution.

En procédure adaptée, l'expérience du candidat peut être un critère d'attribution des offres.

Sa prise en compte doit néanmoins être rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, sans effet discriminatoire⁵⁰.

Attention ! L'expérience professionnelle des candidats peut, dans certains cas, être retenue comme un critère de sélection des offres. Son utilisation doit néanmoins demeurer exceptionnelle. Elle concerne la passation de certains marchés, qui ont souvent pour objet des prestations de caractère intellectuel, comme les marchés de services juridiques. Pour de tels marchés, ni le prix, ni le délai d'exécution, ni le caractère innovant ne paraissent pertinents et de nature à permettre l'acheteur de sélectionner la meilleure offre. Face à cette problématique, l'acheteur pourra mesurer la qualité technique de l'offre au regard de l'expérience du soumissionnaire.

Pour ne pas être considéré comme discriminatoire, l'emploi de l'expérience comme critère d'attribution ne doit pas avoir pour effet de conférer, par l'importance de sa pondération, un avantage déterminant au candidat ayant le plus d'expérience.

4.3.2 Les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres sont laissées à la discrétion de l'acheteur public.

La pondération des critères de choix, obligatoire en procédure formalisée, ne l'est pas en procédure adaptée⁵¹. Son usage est cependant recommandé car cette méthode facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et garantit le respect de l'égalité des candidats. Elle permet à chaque opérateur de connaître, avec précision, l'appréciation faite sur chaque élément de son offre et de l'adapter en conséquence.

4.3.3 Les variantes sont autorisées par principe.

Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les candidats peuvent proposer des variantes. L'acheteur peut cependant mentionner dans les documents de la consultation qu'il les interdit. Dans le silence de l'acheteur, les variantes sont autorisées, ce qui n'est pas le cas en procédure formalisée⁵².

L'acheteur pourra mentionner dans les documents de la consultation, de manière succincte, les exigences minimales, ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences seront prises en considération.

Ne pas interdire les variantes constitue un moyen privilégié d'assurer une véritable adéquation entre les besoins de la personne publique et les offres des candidats. Les variantes permettent, en particulier pour les marchés passés en procédure adaptée, d'éviter que les acheteurs soient contraints de proposer un cahier des charges intangible et ouvrent la possibilité pour l'acheteur de bénéficier d'une prestation innovante, éventuellement à un meilleur prix. Elles sont également un moyen de favoriser les solutions innovantes, auxquelles l'acheteur n'avait pas pensé.

4.4 **La négociation doit être annoncée.**

4.4.1 La décision de négocier.

L'acheteur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation. A cet égard, le choix de recourir ou non à la négociation ne peut être utilement critiqué devant le juge administratif⁵³.

⁵⁰ [CE, 2 août 2011, Parc naturel régional des Grands Causses](#), n°348254.

⁵¹ Article 62 du décret n°2016-360 ; [CE, 26 septembre 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures »](#), n°359389.

⁵² Article 58- I. 2° du décret n°2016-360.

⁵³ CE, 18 septembre 2015, *société Axxcess*, précité.

Le recours à la négociation, en procédure adaptée, permet de favoriser la concurrence : elle doit permettre de retenir l'offre la plus compétitive et la mieux adaptée aux besoins et garantir ainsi une bonne utilisation des deniers publics. Outre l'éventuel gain financier, l'intérêt de la négociation réside avant tout dans l'aspect qualitatif de l'offre, notamment dans la mise au point des conditions d'exécution du cahier des charges.

La négociation devra être menée méthodiquement, afin de garantir l'égalité de traitement et assurer la transparence de la procédure. La traçabilité de la négociation avec chacun des candidats est importante. La communication d'une liste identique de questions adressées à l'ensemble des candidats, l'utilisation de comptes-rendus de négociation ou l'établissement d'une grille de négociation, peut s'avérer utile, afin de faciliter le suivi et le choix final de l'offre. Cette documentation permettra de prouver, le cas échéant, que l'ensemble des candidats a été invité à négocier sur les mêmes critères et dans des conditions identiques. La négociation permet aussi d'éclaircir ou de justifier la consistance de certaines offres : dans ce cas, les questions posées à chaque candidat peuvent être, bien sûr, différentes.

Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

L'acheteur peut, sous certaines conditions, décider, au vu des offres remises, de ne pas négocier et d'attribuer le marché sur la base des offres initiales.

Ainsi, trois cas de figure peuvent se présenter :

- soit l'acheteur a annoncé sa décision de recourir à la négociation sans réserve. Dans ce cas, il est tenu de négocier ;
- soit il ne l'a pas prévu et il ne peut alors pas négocier ;
- soit, enfin, il a annoncé sa décision de recourir à la négociation en se réservant toutefois la possibilité d'attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation⁵⁴. Dans ce cas, s'il considère qu'il peut, au vu des offres remises, attribuer le marché, il n'est pas tenu de négocier⁵⁵. Si, en revanche, il décide effectivement de négocier, après la remise des offres, avec certains candidats, conformément à ce qui était annoncé dans l'AAPC ou le RC, il n'est pas tenu d'en informer l'ensemble des candidats. En cas de contentieux, il reviendra au juge administratif de s'assurer que l'acheteur n'a méconnu aucune des règles s'imposant à lui, dont notamment le principe d'égalité de traitement des candidats.

4.4.2 Le choix des candidats admis à la procédure.

La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats⁵⁶. Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre. Aucun texte ne fixe un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir.

Retenir dans la négociation un nombre trop important de candidats est une perte de temps et donc un coût pour l'acheteur comme pour les entreprises. Il est difficile, en outre, pour un petit acheteur de négocier en même temps avec plus de deux ou trois candidats.

L'acheteur peut admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée⁵⁷, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Aucune obligation d'accorder cette faculté de régularisation ne pèse sur l'acheteur. Toutefois, l'acheteur qui mettrait en œuvre cette possibilité est tenu de respecter l'égalité de traitement des candidats.

A l'issue de la négociation, l'acheteur est tenu d'éliminer les offres qui restent irrégulières ou inacceptables.

En revanche, les offres inappropriées ne peuvent plus désormais faire l'objet de négociations en procédure adaptée⁵⁸, contrairement à ce que prévoyait la jurisprudence du Conseil d'Etat du 30 novembre 2011,

⁵⁴ Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'acheteur se réserve la possibilité de négocier.

⁵⁵ CE18 septembre 2015, *société Axxcess*, précité et article 27 du décret.

⁵⁶ [CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense et des Anciens Combattants*](#), n°353121.

⁵⁷ Article 59-III du décret n°2016-360.

⁵⁸ Article 59-III du décret n°2016-360.

Ministre de la défense et des anciens combattants, rendue sous l'empire du code des marchés publics⁵⁹. Tel est également le cas des offres anormalement basses.

Une fois la négociation terminée, l'acheteur doit, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, classer les offres finales, en appliquant les critères de choix définis dans les documents de la consultation.

4.4.3 Le contenu de la négociation.

La négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ou se cantonner à un ou plusieurs éléments, limitant la négociabilité des offres.

L'acheteur peut négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues. Une négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse⁶⁰.

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

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

Attention ! Une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Mener une négociation exclusivement fondée sur le prix ou imposer des conditions de réalisation inexécutable revient à exposer le marché public au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants.

La négociation ne peut, non plus, servir de prétexte à la modification des caractéristiques substantielles des offres ou du marché public, telles que son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. Elle ne peut conduire l'acheteur à renoncer à l'application d'un des critères retenus dans le règlement de consultation⁶¹. La réalisation d'une telle hypothèse rendrait nécessaire une nouvelle mise en concurrence.

Une négociation demande des acheteurs compétents et conscients de leur double responsabilité : à l'égard du bon usage des deniers publics, comme à l'égard des entreprises et notamment des petites et moyennes entreprises.

Attention ! L'attention des acheteurs est tout particulièrement appelée sur le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux.

5. Le cas particulier des marchés publics de défense et de sécurité de services de l'article 25 du décret n° 2016-361.

Cet article concerne les catégories de services dits « non-prioritaires », que la directive 2009/81/CE soumet à des procédures simplifiées.

L'appartenance du marché public à l'une ou l'autre des catégories mentionnées aux articles 24 et 25 se vérifie par référence aux catégories de services énumérées en annexe de la directive 2009/81/CE. Cette annexe renvoie à la nomenclature CPV (Common Procurement Vocabulary), qui prévoit un système de classification unique pour tous les marchés publics.

Les marchés publics de services, qui entrent dans le champ d'application de l'article 30, ressortent de domaines aussi variés que les services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelles, les services récréatifs, culturels et sportifs, les services sociaux et sanitaires ou encore les services juridiques.

⁵⁹ CE, 30 novembre 2011, n°353121, précité.

⁶⁰ Voir en ce sens la fiche technique relative à l'offre anormalement basse.

⁶¹ [CE, 27 avril 2011, Président du Sénat](#), n°344244.

En raison de la spécificité de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire.

En conséquence, les modalités de publicité et de mise en concurrence seront déterminées par le pouvoir adjudicateur, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. Le seuil de publicité de 90 000 euros HT n'étant pas applicable aux marchés de services de l'article 25, aucun support de publicité n'est imposé par le décret n° 2016-361. Les acheteurs ne sont pas tenus de publier les avis de publicité et le dossier de consultation des entreprises sur leur profil d'acheteur même, si une telle publicité reste souhaitable.

Cette procédure permet d'offrir une grande liberté d'organisation aux acheteurs. Les développements de la présente fiche technique sur les marchés publics d'un montant inférieur à 90 000 euros HT sont transposables aux marchés de services de l'article 25 quel que soit leur montant, sous réserve des dispositions particulières prévues par cet article.

6. Comment achever la procédure adaptée ?

6.1 Un rapport de présentation est facultatif pour les marchés de l'article 27 mais s'impose pour les marchés de l'article 28 dont le montant est égal ou supérieur au seuil européen applicable.

Les marchés passés selon une procédure adaptée en vertu de l'article 27 sont dispensés de la production d'un rapport de présentation (article 105 du décret).

Il est néanmoins recommandé à l'acheteur, de prendre toutes les mesures propres à assurer la sauvegarde des informations lui permettant de justifier de la régularité de la procédure et de son choix : procédures de publicités éventuelles, retraits des dossiers, dépôt des candidatures et des offres, ... (voir supra point 4.).

Pour les marchés de l'article 28, un rapport de présentation doit être établi lorsque le montant de celui-ci est supérieur au seuil européen applicable à ces marchés (article 105 du décret).

6.2 L'information immédiate des candidats évincés⁶².

Dès qu'il a décidé de rejeter une candidature ou une offre, l'acheteur est tenu d'informer chaque candidat ou soumissionnaire concerné, du rejet de sa candidature ou de son offre⁶³. Il n'est, en revanche, pas soumis au respect d'un délai de suspension de la signature prévu au I de l'article 101 du décret⁶⁴.

L'information immédiate présente l'avantage de faire connaître aux candidats non retenus le rejet de leur candidature ou de leur offre et d'anticiper toute contestation ultérieure. Elle permet aussi aux entreprises d'organiser la programmation de leur travail. L'absence d'obligation de respecter un délai de suspension rend possible une signature rapide, par les parties, du marché passé selon une procédure adaptée. Elle ferme alors le référé précontractuel aux candidats évincés.

Les acheteurs peuvent parfois avoir intérêt à s'astreindre volontairement à ces formalités, pour éviter les contestations du contrat après sa signature. Ils doivent alors :

- envoyer au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) un avis relatif à l'intention de conclure le contrat. Cet avis remplace alors la décision d'attribution. Il doit être établi conformément au modèle communautaire⁶⁵ ;
- respecter un délai de 11 jours, entre la date de publication de cet avis et la signature du marché.

Si ces deux formalités sont respectées, permettant ainsi aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel, le contrat ne pourra plus faire l'objet d'un référé contractuel, après sa signature (articles L. 551-15 et R. 551-11 du code de justice administrative).

⁶² Voir en ce sens la fiche technique relative à [l'information des candidats évincés](#).

⁶³ Premier alinéa du I de l'article 99 du décret.

⁶⁴ [CE, 11 décembre 2013, société antillaise de sécurité](#), n°372214.

⁶⁵ « Avis de transparence ex ante volontaire » : http://simap.europa.eu/docs/simap/pdf_jol/fr/sf_015_fr.pdf

6.3 L'information à la demande des candidats évincés.

Si l'acheteur est tenu d'informer immédiatement les entreprises concernées du rejet de leur candidature ou de leur offre, il n'est, en revanche, tenu de communiquer les motifs de ce rejet qu'au candidat qui en fait la demande par écrit, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande⁶⁶.

Toutefois, si l'acheteur a notifié volontairement, de façon complète, aux candidats évincés les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions, en application du premier alinéa de l'article 99-I, il n'est pas tenu de communiquer, à nouveau, ces motifs.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment : avant comme après la signature du marché.

Les motifs doivent être suffisamment détaillés de sorte que le candidat puisse utilement, le cas échéant, contester le rejet qui lui est opposé.

L'acheteur communique, en outre, aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre, en prenant garde de ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial.

L'information des candidats relative aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue inclut la communication de la notation obtenue sur les sous-critères dès lors que ceux-ci sont susceptibles, en raison de l'importance de leur pondération, d'exercer une influence sur la présentation des offres⁶⁷. Sauf à ce que l'acheteur établisse qu'il en résulterait une atteinte au secret industriel et commercial, cette communication comprend également, si la demande en est faite, les délais d'exécution ou le prix global de l'offre de l'attributaire dès lors que ces éléments font l'objet des critères de sélection des offres⁶⁸. En revanche, cette information n'impose pas que les motifs qui ont justifié les notes obtenues soient communiqués⁶⁹.

6.4 La notification du marché public est obligatoire.

Après avoir été conclu et afin de présenter un caractère exécutoire, tout marché à procédure adaptée doit être notifié à son attributaire, en application des dispositions de l'article 103 du décret n° 2016-360 et de l'article 91 du décret n° 2016-361.

L'acheteur est toutefois libre du choix du support et de la forme de la notification (lettre, télécopie, courriel,...). Pour les achats de très faible montant, l'achat (facture) peut valoir notification.

6.5 Hormis le cas des marchés publics de services d'un certain montant relevant de l'article 28 du décret, la publication d'un avis d'attribution n'est pas indispensable.

A l'exception des marchés publics de services de l'article 28 dont le montant est égal ou supérieur aux seuils européens publiés au *Journal officiel* de la République française (article 104-I. du décret), l'obligation de publier un avis d'attribution n'est pas applicable aux marchés passés selon la procédure adaptée. Une publication n'en est pas moins possible. L'intérêt de cette publication est de réduire le délai de recours du référé contractuel de 6 mois à 1 mois (article R. 551-7 du code de justice administrative).

La publication d'un tel avis permet également de faire courir le délai de 2 mois du recours en contestation de validité du contrat, à condition que l'avis mentionne à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation, afin de pouvoir être regardé comme une mesure de publicité appropriée.

6.6 Et que faire si la procédure s'est révélée infructueuse ?

Dans ce cas, l'article 30 du décret n° 2016-360 et l'article 23 du décret n° 2016-361 prévoient la possibilité de recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence.

⁶⁶ Deuxième alinéa du I de l'article 99 du décret n° 2016-360 et de l'article 88 du décret n° 2016-361.

⁶⁷ CE, 7 novembre 2014, *syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, n°384014.

⁶⁸ CE, 11 mars 2013 et 29 mai 2013, *Ministre de la défense c/ société Aéromécanic*, n°364827.

⁶⁹ Conclusions du rapporteur public sur l'arrêt du CE, 7 novembre 2014, *syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, précité.

Toutefois, dans les MAPA, l'acheteur est seul à déterminer la publicité adéquate. Aussi, avant de recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence, il lui appartient de vérifier que la publicité à laquelle il a procédé était bien suffisante pour toucher les candidats potentiellement intéressés et diligents. A défaut, il lui appartiendra de relancer la procédure.

Articles du décret applicables expressément aux MAPA

Article	Contenu	Renvoi fiche
27 et 28	Conditions de recours aux MAPA	
27	Définition de la procédure adaptée	
28	Champ d'application des marchés de services sociaux et autres services spécifiques ^(*)	Introduction
34	Publicité	1.2
58	Variantes	2.4
91-III	MAPA et marché de conception-réalisation	
92	MAPA et marché public globaux de performance	
99-I	Information des candidats évincés	

Articles de l'ordonnance et du décret de portée générale, applicables aux MAPA

Article	Contenu	Renvoi fiche
1 de l'ordonnance	Principes fondamentaux de la commande publique	Introduction
30 et 31 de l'ordonnance	Définition des besoins	2.2
26 à 28 de l'ordonnance	Groupement de commandes et centrales d'achats	
32 de l'ordonnance	Allotissement	
15 du décret	Forme écrite des marchés dont le montant est supérieur à 25 000 euros HT	
6 du décret	Clauses sociales et environnementales	
13, 14 et 139 du décret	Marchés réservés, durée et prix du marché, avenants	
39 à 42 du décret	Modalités de transmission des documents et informations	
38 et 39 du décret	Documents de la consultation	
43, 44, 48, 49 et 53 du décret	Candidature	4.1 et 4.2
45 du décret	Groupement d'opérateurs économiques	
47, 55, 59 et 62	Sélection des candidatures et des offres	4.2, 4.3 et 4.4
77 du décret	Marchés à tranches conditionnelles	
78 et 80 du décret	Accords-cadres et marchés à bons de commande	
103 du décret	Obligation de notification	
109 à 131 du décret	Exécution des marchés (régime financier, sous-traitance et exécution complémentaire)	
133 à 137 du décret	Sous-traitance	

(*)Avis du 27 mars 2016 relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques. Egalement, se reporter à l'annexe XIV de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 qui précise le code CPV des services sociaux et autres services spécifiques soumis à une procédure allégée, permettant ainsi au pouvoir adjudicateur de vérifier l'appartenance ou non du marché de services qu'il envisage de passer aux catégories de services visés par cette annexe.