

## GUIDE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Ces règles ne peuvent donc souffrir d'aucune dérogation à moins de justifier :

- soit **d'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles, et extérieures à la collectivité,**
- soit que l'achat émane d'un secteur sans concurrence (monopole, brevet d'invention, licence).

Le **calcul des seuils** s'effectue pour les fournitures et services par type d'achat homogène, pour les travaux par opération ou unité fonctionnelle. La nomenclature bien qu'abrogée demeure un outil intéressant pour le calcul des seuils. Elle sera prochainement mise en œuvre au sein de la CASSB et sera un critère bloquant pour les bons de commande.

Il convient de rappeler que l'ordonnance et son décret d'application ainsi que la « loi Sapin 2 » (LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) renforcent la responsabilité pénale de l'acheteur public. En conséquence, il convient de respecter scrupuleusement outre la computation des seuils, les modalités de consultations qui en découlent.

Certes, les marchés à procédures adaptées ne sont pas transmissibles au contrôle de légalité, mais un fournisseur constatant le non respect des règles de transparence et d'égalité de traitement entre les concurrents, peut déposer plainte auprès du procureur de la République.

De même la Chambre Régionale des Comptes lors d'un contrôle, sera très attentive aux respects des modalités de mise en concurrence.

Outre les modalités et le respect des conditions de mise en concurrence avant tout lancement de procédure il convient de définir clairement le besoin.

La définition du besoin (article L2111-1 du code de la commande publique) : vous trouverez en pièce jointe la fiche de la DAJ qui entre autre énonce : « Une définition précise des besoins par l'acheteur permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public. Or, le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi, il apparaît indispensable de procéder, en amont, à une définition précise du besoin. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché public. »

## A/ Les estimations

Les estimations doivent être sincères au risque soit d'avoir des offres inacceptables (au-delà des disponibilités budgétaires) soit une procédure infructueuse.

L'estimation se calcule pour la durée du marché tous lots confondus (articles R2121-1 à R2121-9 du code de la commande publique)

L'estimation découle de la définition du besoin et non l'inverse.

Pour les accords cadres à exécution à bons de commande ils ont une durée d'un an ou une durée globale de 4 ans maximum. Dans ce cas d'espèce, il convient de bien préciser quelle est la durée considérée, de donner un montant maximum annuel ou sur les 4 ans et en l'absence de montant maximum donner l'estimation annuelle ou sur 4 ans. En l'absence de montant maximum la procédure sera celle de l'appel d'offres européen.

L'estimation sert pour fixer le support de publicité. Les estimations communiquées sont toujours Hors taxes.

L'estimation HT est publiée au JOUE le cas échéant dans la publicité.

### La computation des seuils :

**1/ Travaux** : la valeur estimée du besoin est déterminée quel que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et services mis à disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, en ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique. (Jurisprudence des Eaux de la Gâtine CE du 8 Février 1999 n°156333)

L'opération peut être horizontale (travaux d'entretien des bâtiments de la CASSB) ou verticale (bistrot de pays)

**2/ Fournitures et service** : La valeur estimée du besoin est déterminée quel que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures qui peuvent être considérées comme homogène soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

Si l'achat correspondant à un besoin régulier : soit montant HT des prestations exécutées au cours des 12 mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptible d'intervenir au cours des 12 mois qui suivent la conclusion du marché, soit la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des 12 mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.

## **B/ Le sourcing ou sourçage : la consultation préalable**

Articles R 2111-1 et R 2111-2 du Code de la Commande Publique « *Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer des acteurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ».

La consultation préalable est donc une phase antérieure à la procédure, où l'on prend connaissance de l'état de l'art, des techniques disponibles ou des récentes évolutions technologiques. Que l'initiative vienne de la collectivité ou d'une entreprise désireuse de se faire connaître, dans le but de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, les règles suivantes sont à respecter :

### **Règles de forme :**

- La prise d'information doit se situer nettement en amont de l'ouverture d'une procédure de passation de marché. Elle ne peut porter sur une procédure en cours (et moins encore avec des candidats ayant déposé une offre).
- S'il existe de la concurrence, on s'informe auprès de plusieurs entreprises (au moins trois, selon le quota européen, s'il en existe beaucoup et toutes s'il en existe peu). Si l'initiative vient de l'entreprise on élargira donc la consultation préalable avant de lancer une procédure.
- On conserve la documentation recueillie, on prend note des informations essentielles, les dates et les coordonnées des interlocuteurs. En cas de réunions (sur des problématiques complexes), on rédige des comptes-rendus détaillés.

### **Règles de fond :**

- On n'exprime pas le besoin de la collectivité, pouvant conduire à une quelconque pré étude (puisque la procédure n'est pas en cours) mais l'on s'enquiert de l'évolution technique et du savoir-faire des entreprises.
- On ne demande pas de devis ou d'offre, on s'informe sur les tarifs publics disponibles ou prix pratiqués.
- On ne négocie rien.

Lorsque l'initiative vient de l'entreprise désireuse de se faire connaître, on pourra, pour les domaines la concernant,

- la consulter lors d'une consultation sur 3 devis
- l'inviter à se connecter sur le profil acheteur afin qu'elle puisse s'informer lors du lancement de la procédure.

Le sourçage peut aussi revêtir la forme d'études techniques préalables au marché ou à joindre au CCTP, ou d'une assistance à maîtrise d'ouvrage. Les précautions sont prises au cas par cas, d'abord en amont, dans les cahiers des charges respectifs de ces prestations puis dans ceux du marché aval, pour éviter que la concurrence soit faussée au profit de leurs titulaires.

Dans tous les cas, la démarche doit être organisée par ou avec la Direction des Marchés qui en assure le notariat.

## C/ La consultation sur devis et les publicités :

La commande publique doit respecter les principes de libre accès à la concurrence, égalité de traitement entre les concurrents et transparence des procédures.

Pour y parvenir, deux moyens existent : la lettre de consultation et la publicité. Il faut noter que la consultation sur devis est un régime dérogatoire (car restreint le libre accès entre les concurrents) à la publicité et on ne peut y avoir recours que dans des cas bien définis.

Pour connaître la modalité de consultation ou de publicité qui vous sont opposables vous devez prendre le montant inscrit sur la ligne budgétaire de l'achat et la durée du marché.

Une fois que vous disposez du montant annuel, si vous décidez de passer un marché pluri annuel, vous multipliez le montant par le nombre d'années. Ce seuil vous donnera le seuil de publicité et la procédure à utiliser.

La notion de critère unique est limitativement utilisée dans les 2 cas énumérés à l'article R2152-7 1° du code de la commande publique.

En ce qui concerne les **critères de sélection**, il est rappelé que le prix n'est plus le seul critère : les délais d'exécution ou de livraison, la valeur technique de l'offre en sont d'autres.

Seule précaution à prendre : clairement l'indiquer dans la lettre de consultation, la demande de devis, le règlement de la consultation ou la publicité.

**Attention** cependant, ces critères ne doivent en aucun cas avoir pour objet de favoriser un fournisseur au détriment d'un autre (pas de caractère discriminatoire et liés à l'objet du marché).

Cette consultation est un marché à procédure adaptée

### **1/ les consultations de fournisseurs : entre 0,01€ et 40 000 €HT**

**Un écrit est obligatoire** (cahier des charges simplifié joint au présent document, dès 25 000 € HT ou si la réglementation l'exige comme pour les marchés de CSPS ou de maîtrise d'œuvre)

Vous disposez de 2 possibilités :

**a/** Le marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalable et si les circonstances le justifient pour un montant inférieur à 40 000 euro HT. Il s'agit en l'espèce d'un marché négocié sans mise en concurrence Cette disposition est prévue par la réglementation des marchés publics, néanmoins elle ne peut concerner que des achats exceptionnels et dont la computation annuelle et totale des achats de même type est inférieure à 40 000 € HT pour l'ensemble de la collectivité.

Les dispositions de l'article R 2122-8 du code de la commande publique sont claires : « *Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000€ HT, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin* ».

**Si vous utilisez cette procédure vous ne consultez qu'un seul candidat puisqu'il n'y a pas de mise en concurrence et vous devez obligatoirement négocier**

**b/** vous devez consulter 3 fournisseurs au minimum soit par fax, par courrier ou courriel et négocier.

La date d'émission de la demande doit être visible et vous devez conserver les accusés de réception des fax et courriel. Les entreprises disposeront d'un délai de 2 jours (vous pouvez décider un délai plus long mais jamais plus court) pour vous répondre par fax, courrier ou courriel à compter du lendemain de la date de la demande. Gardez aussi toute trace des accusés de réception.

Vous transmettez les 3 devis à l'appui de votre bon de commande. Vous passerez la commande à l'offre économiquement la plus avantageuse (meilleur rapport qualité/prix) ou si vous n'avez pas reçu les 3 réponses les demandes émises par votre service avec le devis du fournisseur retenu.

Si l'établissement du bon de commande nécessite une information détaillée des dépenses engagées (nombreux articles composant l'achat, taux de TVA différents) il sera joint le devis détaillé correspondant à la proposition d'engagement.

La négociation, facultative, pour ce type de consultation se limite à l'envoi d'un courriel demandant à l'entreprise si elle consent un effort sur le prix. Si elle répond favorablement elle vous répond par courriel, si elle ne peut le faire elle devra également vous le notifier par courriel.

Vous trouverez en annexe un modèle de contrat simplifié à utiliser pour vos marchés inférieurs à 40 000 euro (hors marchés de maîtrise d'œuvre et de Csps)

## **2/ La publicité par marchésonline : à partir de 40 000,00 € HT**

Sur le site marchésonline, les fournisseurs peuvent télécharger les dossiers de consultation via la plateforme achatpublic.com. Marchés online met 1 jour pour publier un avis de marché. Le délai de réponse minimum à laisser aux entreprises à compter de la date de publication de la publicité sur le site est alors de 10 jours francs. Cependant un délai court risque de réduire le nombre de réponses.

Selon le marché il sera également publié une annonce sur la version web du BOAMP  
La dématérialisation est obligatoire à compter de 40 000 euro HT

## **3/ Publicité à compter de 90 000 euro et inférieur au seuils européens**

Publication obligatoire au BOAMP et sur achatpublic.com

## **4/ Publicité au-delà des seuils européens**

Publication au JOUE, BOAMP et sur le profil acheteur achatpublic.com

### **Les seuils de consultations et de publicités :**

<b>SEUILS</b>	<b>FOURNITURES ET SERVICES</b>	<b>TRAVAUX</b>
< à 40 000€ HT	3 consultations par fax, courrier, courriel Ou marché négocié sans mise en concurrence	3 consultations par fax, courrier, courriel Ou marché négocié sans mise en concurrence
< à 90 000 € HT	Publicité sur le site « Marchés online » et/ou Et journal d'annonces légales si nécessaire (BOAMP Web) Procédure dématérialisée	Publicité sur le site « Marché on line » et/ou Et journal d'annonces légales si nécessaire (BOAMP Web) Procédure dématérialisée
< à 214 000 € HT ou 428 000€ HT (entités adjudicatrice)	Publicité au BOAMP et/ou Journal d'annonces légales Ou journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné (prévu par la réglementation des marchés publics) Procédure de dématérialisation sur profil acheteur (achatpublic.com)	
< à 5 350 000 € HT		Publicité au BOAMP Journal d'annonces légales Ou journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné (prévu par la réglementation des marchés publics) Procédure de dématérialisation sur profil acheteur (achatpublic.com)
> à 214 000 € HT ou 428 000 € HT (entités adjudicatrice)	Publicité au JOUE et BOAMP Et procédure de dématérialisation sur profil acheteur (achatpublic.com)	
> à 5 350 000 € HT		Publicité au JOUE et BOAMP Et procédure de dématérialisation sur profil acheteur (achatpublic.com)

La collectivité devra tenir compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat « Louvre II » en date du 7 octobre 2005. A cette fin, elle ouvrira, si l'objet du marché le rend nécessaire à une publicité plus large.

Tous les marchés sont dématérialisés dès 40 000 euro HT, l'ensemble des DCE seront disponibles sur le profil acheteur achatpublic.com. Les entreprises devront répondre sous format dématérialisé uniquement sur ledit profil acheteur.

Enfin, les seuils de 214 000 euro HT, 428 000 € HT et 5 350 000 euro HT seront modifiés par décret avant le 31 décembre 2021. En conséquence, les nouveaux seuils seront appliqués dès leur entrée en vigueur.

#### **5/ Infructuosité des procédures :**

En cas d'infructuosité plusieurs questions doivent être posées :

Le cahier des charges est-il suffisamment ouvert ?

Des clauses ne restreignent-elles pas la concurrence ?

Les délais d'exécution sont-ils réalistes ?

La publicité est-elle suffisante ou faut-il l'élargir à une publication supplémentaire ?

Le délai laissé pour répondre aux entreprises était-il raisonnable ?

L'estimation était-elle sincère ?

N'y a-t-il pas entente entre les candidats pour obliger la collectivité à négocier ?

Une fois les réponses apportées il conviendra de relancer la procédure et élargir éventuellement la publicité.

## D/ Les procédures

**1/ les marchés à procédures adaptées :** (articles L2123-1 et R2123-1 à R2123-7 du code de la commande publique)

Les marchés à procédures adaptées (MAPA), sont adaptés en fonction de leur seuil et selon les modalités que s'est fixée la collectivité par le présent règlement.

Ils peuvent être écrits (le formalisme de l'écrit est obligatoire dès que le Mapa est égal ou supérieur à 25 000 euro HT), c'est-à-dire faire l'objet de la rédaction d'un acte d'engagement et d'un cahier des charges.

Un modèle type d'acte d'engagement avec des clauses administratives est joint au présent guide pour les mapa de faible montant nécessitant un écrit

**Certains marchés doivent obligatoirement revêtir une forme écrite quel que soit le montant du marché.** Tel est le cas des marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de maîtrise d'œuvre, de programmation, de contrôle d'installation, contrôle technique, CSPS, marchés de travaux avec garantie parfait achèvement, biennale, décennale et trentenaire, avance quel que soit le seuil.

Le service gestionnaire a la charge de rédiger toutes pièces qu'il jugera utile (règlement de consultation et cahiers des charges).

Tout Mapa, **dès lors qu'il y a eu mise en concurrence (et même s'il n'y a eu qu'une seule réponse) doit faire l'objet d'un rapport d'analyse reprenant tous les critères d'attribution prévus dans la publicité et/ou le règlement de la consultation.**

Les calculs des notes attribuées doivent être conformes aux méthodes de notation présentes au RC le cas échéant

Ce rapport d'analyse doit être signé par le chef de service

Le rapport d'analyse est une pièce essentielle en cas de contentieux avec un tiers ayant intérêt à agir.

Les marchés à procédure adaptés sont soumis aussi à l'obligation de la notification. En cas de délais d'exécution il appartiendra au service gestionnaire de prévoir au contrat un ordre de service ou un bon de commande pour fixer le début du délai d'exécution. Cette précision devra figurer dans le contrat écrit.

La notification est assurée par le Service marchés une fois qu'il se sera assuré de la régularité fiscale et sociale de la société attributaire.

Un avis d'intention de conclure un mapa sera être publié au JOUE en raison de la jurisprudence « Tropic Travaux » avant la signature du mapa

**2/ certains marchés de service dérogatoires :** article R 2123-1 et R2123-8 du code de la commande publique

En dessous du seuil de 214 000 euro HT, la procédure mise en place et selon les dispositions du décret est celle des MAPA.

Au-delà de 214 000 euro HT, c'est la procédure des Mapa qui s'applique mais l'attribution est faite par la commission d'appel d'offres selon les dispositions prévues.

La mise en concurrence des marchés dit « non prioritaire » respecte le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures.

Pour les prestations de services juridiques : l'acheteur public définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public (article R2123-8 du code de la commande publique).

**3/ les marchés de travaux dont l'opération s'élève entre 214 000 € HT et 5 350 000 € HT :**

Ces Mapa font l'objet de la rédaction par le service gestionnaire d'une « fiche technique marché ».

**4/ les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur ou égal à 214 000 € HT ou pour les entités adjudicatrice 428 000 €HT et les marchés de travaux d'un montant supérieur ou égal à 5 350 000 €HT :**

Les procédures de droit commun sont l'appel d'offres, les procédures négociées (procédure avec négociation et marché négocié sans publicité ni mise en concurrence) et le dialogue compétitif. Toute dérogation à cette procédure doit être justifiée dans le cadre défini par les textes.

**Ces marchés doivent être notifiés avant tout début d'exécution.**

Les modifications des marchés (nouvelle terminologie des avenants) de ces marchés sont mis à la signature, accompagné du rapport du représentant légal, et sont ensuite transmis au contrôle de légalité avant de les notifier et publie **le cas échéant au JOUE les éléments du marché qui ont été modifiés** (article R 2194-10 du code de la commande publique)

Les cas de recours à une modification du marché sont limitativement énumérés aux articles R 2194-1 à R2194-9 du code de la commande publique.

**Les procédures :**

<b>SEUILS</b>	<b>FOURNITURES ET SERVICES</b>	<b>TRAVAUX</b>
De 0 à 214 000€ HT ou 428 000 €HT pour les entités adjudicatrices	Marché à procédure adaptée	
> à 214 000 € HT ou 428 000€HT	Appel d'offres obligatoire (européen) sauf marchés non prioritaires : mapa	
De 0 € HT à 5 350 000 € HT		Marché à procédure adaptée
> à 5 350 000 € HT		Appel d'offres obligatoire (européen)

**5/ Le marché négocié sans publicité ni mise en concurrence :** (article R 2122-1 à R2122-9 du code de la commande publique)

Il est prévu 9 cas pour les Pouvoirs adjudicateurs. Avant de recourir à ce type de marché il est primordial d'avoir l'avis et l'aval de la direction des marchés.

Quel que soit le montant du marché il est attribué par l'acheteur public (nouveau nom remplaçant le terme de Pouvoir Adjudicateur) et non par la CAO.

**6/ Le marché négocié sans publicité ni mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur :** (article R 2122-10 et R 2122-11 du code de la commande publique)



## **E/ La négociation**

### **1/ recours et organisation de la négociation dans le cadre d'un MAPA**

La réglementation prévoit que l'acheteur public peut négocier avec les candidats ayant remis une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre y compris le prix.

Dans un objectif d'optimisation de la dépense publique la négociation dans les mapa est la règle, l'absence de négociation est dérogatoire dès que le montant du marché ou du lot est supérieur à 15 000 € HT

La possibilité de négociation devra donc être indiquée dans le règlement de la consultation et la publicité.

Un rapport de négociation retraçant les éléments négociés et les réponses des candidats devra être élaboré. Ce rapport de négociation (signé par l'ensemble des participants) est joint au rapport d'analyse.

Si la négociation a été faite par courriel un rapport devra être fait également mais de façon plus succincte.

A l'issue de la négociation, un nouvel acte d'engagement et un nouveau cahier des charges sont élaborés avec la mention « après négociation » sur lequel apparaîtront les clauses modifiées. Cet acte d'engagement sera signé par le titulaire.

La négociation ne peut en aucun cas remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence.

### **2/ Les modalités de négociation des marchés publics**

Ces modalités permettent d'optimiser une négociation et de proposer une sécurité juridique aux personnes qui négocient dans notre collectivité tout en gardant à l'esprit du risque pénal qui peut découler en cas de rupture d'égalité de traitement entre les candidats ou de favoritisme (le délit de favoritisme étant toujours à ce jour au plan pénal considéré aussi comme un délit involontaire).

La négociation dans les marchés publics est seulement possible dans la procédure du marché négocié (marché négocié sans publicité ni mise en concurrence ou procédure avec négociation), du Dialogue Compétitif et du marché à procédure adapté.

Il est interdit de négocier dans le cadre d'un appel d'offres.

Ne pas confondre mise au point du marché et négociation qui sont 2 notions différentes.

La négociation se prépare dès l'élaboration du cahier des charges et n'est pas un outil de définition du besoin.

Son objectif est d'obtenir la meilleure adéquation des offres sans remettre en cause la définition initiale du besoin.

La négociation suppose :

1. La confidentialité des offres,
2. La transparence des procédures : savoir rendre compte, clarté dans le choix
3. La traçabilité des procédures : formaliser le contenu des négociations avec :
  - ▶ Compte rendu des entretiens
  - ▶ Rapport de présentation
  - ▶ Résultat des négociations :
    - a. 1ere offres
    - b. Offres suivantes
    - c. Dernières offres
  - ▶ Points sur lesquels a porté la négociation
  - ▶ Gains obtenus

Pourquoi négocie-t-on ?

- ▶ Obtenir le meilleur prix

- ▶ Obtenir une quantité mieux adaptée au besoin
- ▶ Obtenir une qualité mieux adaptée au besoin
- ▶ Obtenir des délais d'exécution mieux adaptés aux besoins en utilisant des clauses incitatives liée au délai d'exécution selon l'article 17 du CMP, à la condition que les dits délais soient un des critères.

#### Quels sont les enjeux ?

- Le profit quand on a une réelle concurrence
- La qualité
- L'image de la collectivité

#### Quels éléments du marché peut-on négocier ? :

- ▶ le prix : mais il faut alors déterminer le prix « sain » d'un marché et ne jamais demander à un fournisseur de réduire sa marge. La baisse éventuelle de son prix doit porter sur les coûts de production ou les coûts de fonctionnement de la société.
- ▶ Les clauses du CCAP (avance, délais d'exécution-s'ils font partie des critères uniquement- les quantités, les garanties, les variations de prix (la partie fixe de la révision est négociable, de même une entreprise doit savoir donner les formules de révision de prix adéquate), les pénalités, les acomptes).  
Lorsque la négociation porte sur les éléments du CCAP, l'avis de la Direction des Marchés doit être demandé afin de sécuriser juridiquement et financièrement le marché après négociation.
- ▶ En ce qui concerne les délais on peut ne pas les imposer ce qui permettra de les réduire au moment de la négociation et dont la contrepartie sera une augmentation des pénalités de retard
- ▶ Les variantes si elles sont autorisées (article 50 du CMP) en prenant soin de ne pas orienter le marché.

#### Quel élément du marché ne peut-on pas négocier ? :

Les clauses du CCTP car in fine on va modifier le besoin, et il ne peut évoluer qu'à la marge sauf en cas de cahiers des charges fonctionnels. Lorsque ces cahiers de charges fonctionnels sont utilisés, les éléments de négociation peuvent porter sur les éléments techniques du marché. Une note méthodologique complémentaire sera alors communiquée.

Dans les CCTP actuellement en vigueur dans la Ville, une négociation technique peut être faite en cas de variante. Elle peut alors être considérée comme une adaptation de l'offre (ne doit pas changer l'objet du marché ou les conditions de la consultation) en cours de procédure à la condition que les dites adaptations ne soient pas discriminatoires entre les entreprises concurrentes, et qu'elles soient justifiées dans l'intérêt du service.

#### La préparation de la négociation :

- ▶ La préparation à la négociation est importante, longue (2 à 3 heures) et se fait par le service concernés appuyé éventuellement de la direction de la commande publique ou d'un référent négociation interne qui élabore en annexe à l'analyse des offres préalable une analyse financière et analyse technique de la négociation :
  - On cherche les points les plus intéressants, offre par offre
  - On cherche les points à négocier
  - On se donne un objectif à atteindre au niveau prix, délai, qualité, quantité ....
  - On se donne une « fourchette » haute et une « fourchette » basse
  - Que peut-on proposer ?
    - Prioriser les objectifs principaux
    - L'objectif principal se négociant en dernier

### Les points indispensables d'une préparation à la négociation :

1. un dossier technique ouvert (cahier des charges fonctionnel)
2. pérennité de la relation
3. bénéficier d'un retour d'expérience
4. avoir le temps nécessaire à la négociation :
  - a. éviter que les entreprises ne se croisent
  - b. consacrer une demi journée par entreprise afin d'avoir le temps de négocier
  - c. faire les comptes rendus en séance, résumé, conclusion avec signature de tous les membres
  - d. donner une date pour remettre offre définitive
  - e. prendre le temps d'un débriefing après chaque négociation

### Fiche d'organisation de la négociation :

- ▶ courrier ou courriel d'invitation à adresser par la DCP
- ▶ Invitation d'un jury de négociation composé suivant le cas du service gestionnaire et d'un représentant de la DCP
- ▶ Réalisation d'une fiche de négociation :

Afin d'avoir une traçabilité de la négociation il peut être proposé de faire une fiche qui recensera les points suivants :

1. le sujet de la négociation
2. l'objet
3. le lieu
4. les acteurs de la négociation
5. les questions
6. la durée approximative de la négociation
7. les points négociables
8. le schéma de progression
9. la conclusion

### Après la négociation

Rédaction d'un rapport d'analyse des offres après négociation

### La rédaction du règlement de la consultation (RC) en cas de négociation :

Si la procédure est un marché négocié (procédure avec négociation ou marché négocié sans publicité ni mise en concurrence) il y aura obligatoirement négociation puisque telle est la procédure.

Dans le cadre des marchés à procédure adaptée, il convient de prévoir systématiquement une négociation. A l'issue de l'analyse des offres décision sera prise de négocier ou pas. Il convient donc de rédiger la phrase suivante dans les RC : « Une négociation pourra être engagée avec les candidats sauf s'il apparaît que l'offre économiquement la plus avantageuse ne présente pas la possibilité d'amélioration sans compromettre les qualités d'exécution du marché ou risque de présenter une offre anormalement basse »

Le RC peut préciser cependant que la collectivité ne négociera qu'avec un nombre de candidats (3 premiers par exemple) en l'absence d'une telle indication il sera obligatoire de négocier avec tous les candidats.

Dans le RC on pourra indiquer les points qui pourront être négociés (TA de Toulouse : référé contractuel 23 Novembre 2010 Sté FM PROJET) ou a contrario les clauses intangibles.

## **F/ Les formes du marché**

**1/ l'allotissement** (articles L 2113-10, L2113-11 et R2113-1 à R2113-3 du Code de la commande publique)

Les marchés sont, par principe, passés en lots séparés lorsque leur objet et la nature des prestations qui composent le besoin sont susceptibles d'être exécutés par des prestataires distincts. On ne peut opter pour la dévolution sous forme de marché global que si on justifie remplir au moins une des trois conditions dérogatoires :

- 1/ si la collectivité n'est pas en mesure d'assurer elle-même la mission d'OPC
- 2/ la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations

En conséquence la dérogation au principe de l'allotissement doit être motivé. Cette motivation devra apparaître dans le chapitre introductif du rapport d'analyse.

Lorsqu'il est proposé de déroger au principe d'allotissement des marchés, cette motivation doit apparaître dans le RC et le ccap

**2/ Les accords cadres** (articles R2162-1 à R2162-14 du code de la commande publique)

Nouvelle terminologie des marchés à bons de commande.

Il est possible d'avoir des accords cadre mono attributaire ou pluri attributaire soit avec marché subséquent soit avec une exécution à bons de commande.

Quand on utilise un accord cadre avec marché subséquent on remet en concurrence de façon périodique, lorsqu'il s'agit d'un accord cadre avec émission à bons de commande on ne renégocie rien on ne remet pas en concurrence.

Le recours aux accords cadre de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence est interdit (article R2161-1 du code de la commande publique)

### **a/ Les accord cadres en procédure adaptée**

Les accords cadres à exécution à bons de commande peuvent avoir un minimum et un maximum, un maximum et pas de minimum.

Il n'y a pas d'accord cadre à exécution à bons de commande sans minimum, ni maximum : en effet dans ce cas la seule procédure est l'appel d'offres européen (Arrêt du Conseil d'Etat du 17 décembre 2014 et article R2121-8 dernier alinéa du code de la commande publique).

### **b/ Les accord cadres en procédure formalisée :**

Les accords cadres à exécution à bons de commande peuvent avoir un minimum et un maximum, un maximum et pas de minimum. Attention suite à une jurisprudence de la cour de justice européenne en date du 17/06/2021, les accords cadre sans maximum sont interdit à compter du 1/01/2022 selon les dispositions d'un décret du 23/08/2021.

### **c/ Dispositions communes aux accords cadres :**

Les accords cadres sont reconduits de façon tacite ou expresse. Vous devez demander les attestations fiscales et sociales de l'année n-1 à la date anniversaire de la notification .

Attention depuis le code de la commande publique en cas d'accord cadre **le titulaire a l'exclusivité des commandes** (l'article qui permettait selon un certain pourcentage de pouvoir commander chez un concurrent a été abrogé)

Pour éviter tout blocage, penser à mettre les clauses inclusives et exclusives suivantes :

### **Inclusions marginales, éventuels rendez-vous :**

Afin d'assurer la complétude d'opération requérant de fournir des études non explicitement

définies dans les documents initiaux, ces dernières pourront être incluses lors d'un réexamen.

**Exclusions marginales :**

Lors d'un besoin non régulier ou atypique relevant d'usages spécialisés, leurs conditions de mise en œuvre peuvent nécessiter des procédures extérieures à cet accord cadre

**CES CLAUSES NE DOIVENT PAS VOUS PERMETTRE DE PASSER « HORS MARCHE » DES COMMANDES MAIS UNIQUEMENT SI LE PRODUIT N'EXISTE PAS CHEZ VOTRE TITULAIRE VOUS DEVREZ EN EFFET JUSTIFIER LORS DE L'ETABLISSEMENT DU BON DE COMMANDE**

## **G/ Déroulement des procédures après l'envoi de la publicité**

### **1/ ouverture des plis, analyse et attribution du marché :**

L'ouverture des plis s'effectue en présence, de la direction des marchés et du service gestionnaire.

Le service gestionnaire se charge ensuite de la rédaction du rapport d'analyse et le soumet pour approbation avant signature à la Direction des marchés.

Le marché est attribué par l'Acheteur Public pour les mapa et marchés formalisés inférieurs aux seuils européens, par la Commission d'Appel d'Offres pour les procédures formalisées ou marchés de services dérogatoires supérieures ou égales aux seuils européens.

### **2/ La régularité fiscale et sociale des titulaires de marchés :**

**Dès lors que la commande (ou le total des commandes) pour un fournisseur dépasse la somme de 3000 euro HT par an, vous devez lui demander les attestations fiscales et sociales.**

Il est en est de même pour les marchés formalisés, avant notification et dès lors que le marché est pluri annuel avant la reconduction du marché.

En effet, le fait d'accorder une commande publique à une entreprise qui n'est pas à jour de ses cotisations est un délit.

Cette demande sera faite une fois par an dès que le montant de la commande atteint 3000€ TTC par fournisseur. En cas de fraude avérée de la part de votre fournisseur, vous êtes pénalement responsable.

La liste des pièces est énumérée aux articles R2143-3 à 2143-10 du code de la commande publique (attestation fiscales (année n-1) et sociales (moins de 3 mois), recours aux travailleurs handicapés, assurances responsabilité civile, décennale -pour les travaux-.....

Le titulaire peut néanmoins, fournir un DUME ou fournir l'adresse internet à laquelle les documents justificatifs et moyens de preuve sont accessibles directement et gratuitement, ainsi que l'ensemble des renseignements nécessaires pour y accéder à savoir :

- Adresse internet :
- Renseignements nécessaires pour y accéder

### **3/ Information des candidats non retenus et les délais de recours**

Lors de la passation des MAPA (quel que soit le montant y compris les consultations 3 devis, suite à une jurisprudence), vous devez obligatoirement informer par lettre recommandée avec AR ou par recommandé électronique si DCE déposé sur le profil acheteur les candidats non retenus et leur indiquer les recours.

L'absence de la notification des recours et des délais de recours aura pour conséquence que le candidat évincé pourra à tout moment (sans limitation de durée dans le temps) faire un recours contre la décision de la collectivité.

A cette fin, je vous informe des différents recours possibles :

1/ d'un recours :

a/ Gracieux auprès de la collectivité dans un délai de deux mois à compter de la réception de la présente. Ce recours interrompt le cours du délai contentieux énoncé ci après et n'est susceptible que d'une seule prorogation

b/ pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif de Marseille dans un délai de deux mois à compter de la réception du présent courrier.

2/ d'un référé contractuel dans les 30 jours à compter de l'avis d'intention de conclure publié au Journal Officiel de l'Union Européenne ou à défaut dans les 6 mois à compter de la conclusion du contrat.

Quand le candidat est évincé au stade candidature on l'informe en lui donnant les motifs du rejet de la dite candidature. On ne lui communique pas les informations relatives au titulaire.

Quand c'est au stade de l'offre qu'on lui indique : la décision du rejet de l'offre et des motifs de ce rejet avec les notes, le nom du ou des attributaires et des motifs ayant conduit au choix de leur offre,

Il n'y a plus en mapa de délai « stand still »

Pour les procédures formalisées le délai « stand still » est de 11 jours.

Le délai « stand still » est un délai laissé à un candidat évincé pour faire un éventuel recours. Pendant ce délai le marché ne peut pas être signé.

Un candidat peut être amené suite à la réception du courrier ci-dessus référencé de vous demander des explications : vous ne devez en aucun cas les lui communiquer oralement, mais l'inviter à faire un courrier et c'est la Direction des marchés qui y répondra après avoir pris attache auprès de vous. Aucun document relatif à la procédure (analyse, PV , compte rendu ) ne peut être communiqué à un candidat qui en fait la demande avant la notification du marché

#### **5/ Transmission au contrôle de légalité**

Les marchés passés selon la procédure adaptée sont dispensés de l'obligation de transmission au représentant de l'Etat lorsqu'ils sont inférieurs à 214 000€ HT. **Au delà, ils sont transmis en Préfecture avant leur notification.**

## H/ Rédaction des clauses et exécution financière

Les clauses financières à prévoir sont :

- l'avance (obligatoire dès que le marché est d'un montant supérieur ou égal à 50 000€ Ht et d'un délai d'exécution de 2 mois). Attention avec les CCAG en vigueur au 1/10/2021 il y a 2 options alternatives. Prenez l'option B moins pénalisante pour la collectivité au niveau de la trésorerie.
- L'actualisation ou la révision de prix.
- Les conditions de paiement des co traitant et sous traitant
- Les modalités de paiement (délai global de paiement, intérêts moratoires, indemnité compensatrice, dématérialisation des factures)
- Les pénalités (les pénalités revêtent un caractère définitif et leur application est obligatoire dès lors qu'elles sont prévues). Cependant avec les nouveaux CCAG il y a avant leur application obligation d'inviter le titulaire, par écrit, à présenter ses observations dans un délai fixé au CCAG

Le service gestionnaire est responsable de la liquidation financière du marché, la direction des finances s'occupant du mandatement.

La liquidation consiste à :

- vérification de la sincérité de la facture : montant à payer, quantités livrées, application de l'actualisation de prix ou de sa révision, ...
- attestation du service fait
- application des pénalités le cas échéant.

Si une des opérations de liquidation ne peut s'effectuer (facture erronée, pas de service fait) la facture doit être rejetée sur Chorus.

La remise gracieuse partielle ou totale de pénalités est de la compétence exclusive du Conseil Communautaire et doit en conséquence faire l'objet d'une délibération et d'une modification du marché selon les articles L2194-1 et L2194-2 et R2194-1 à R2194-9 du code de la commande publique). La non application de pénalités hormis des cas prévus aux pièces du marché entraînant un risque pénal pour délit de favoritisme.

Les cessions de créance et agrément des sous traitants sont de la compétence de la Direction des marchés. Vous devez lui transmettre dès réception les pièces fournies par le(s) titulaire(s).



## I/ Les modifications du marché

Le terme d'avenant a disparu on utilise la terminologie de « modification du marché ».

Elles sont limitativement énumérées par le code de la commande publique in fine si le motif n'est pas énoncé on ne peut modifier le contrat. D'où l'intérêt de bien développer dans la clause dite de réexamen toutes les possibilités dont on pourrait avoir besoin

### **Il faut donc que systématiquement la clause de réexamen figure au contrat.**

Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Exemples : fixation du forfait définitif de maîtrise d'œuvre

Rajout ou suppression de poste d'un bordereau de prix

Disparition d'un indice

Prix nouveau

Modification d'un lieu de livraison

transfert de propriété,

fusion / absorption non prévue à l'article R2194-6 du code de la commande publique,

changement de numéro Siret du titulaire,

changement de domiciliation bancaire du titulaire,

changement d'adresse du titulaire,

modification d'élément important du Kbis du titulaire ...

*Les documents, notes et fiches techniques sont à votre disposition sur le réseau partagé. Ils seront actualisés autant que possible.*