



PRÉFET DU HAUT-RHIN

*Liberté
Égalité
Fraternité*

PRÉFECTURE DU HAUT-RHIN
DIRECTION DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITÉS
COCALES
BUREAU DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITÉS
LOCALES
PÔLE DÉPARTEMENTAL COMMANDE PUBLIQUE

Affaire suivie par :

Mme Nathalie MARCHAND (responsable du pôle)

Tél. : 03 89 29 22 08

nathalie.marchand@haut-rhin.gouv.fr

Mme Nathalie HAULTCOEUR

Tél. : 03 89 89 22 10

nathalie.haultcoeur@haut-rhin.gouv.fr

Mme Fabienne WILLIG

Tél : 03 89 29 23 71

fabienne.willig@haut-rhin.gouv.fr

Colmar, le 18 NOV. 2021

Le préfet du Haut-Rhin

À

Mesdames et messieurs les maires

Mesdames et messieurs les présidentes et
présidents d'établissements publics de
coopération intercommunale et de syndicats
mixtes

En communication à :

Madame et messieurs les sous-préfets

Monsieur le président de l'association des
maires du Haut-Rhin

Monsieur le directeur départemental des
finances publiques

Monsieur le directeur régional de l'économie,
de l'emploi, du travail et des solidarités

Objet : contrôle de légalité des actes de la commande publique.

PJ : une annexe.

La présente circulaire a pour objet de vous rappeler certaines règles récentes issues du code de la commande publique et de vous faire part de certaines préconisations dans le cadre de l'élaboration de vos marchés publics.

Ces éléments sont restitués dans l'annexe ci-jointe en « **16 points essentiels de la commande publique** ».

Préfecture du Haut-Rhin
7 rue Bruat – BP 10489 – 68020 Colmar cedex
Tél. : 03 89 29 20 00
www.haut-rhin.gouv.fr

Ces thèmes ont été sélectionnés compte tenu d'évolutions récentes intervenues, ou encore compte tenu du caractère récurrent des irrégularités constatées dans le cadre du contrôle de légalité.

Je vous invite également à consulter les fiches techniques élaborées par la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie ainsi que par le pôle départemental de la commande publique de la préfecture.

Ces fiches sont disponibles sur le site internet de la préfecture à l'adresse suivante :

<http://www.haut-rhin.gouv.fr>

Rubriques :

- « politiques publiques »
- « collectivités locales »
- « commande publique ».

Mes services restent bien entendu à votre disposition pour toute question se rapportant à la présente annexe.



Pour le préfet et par délégation,
Le secrétaire général,



Jean-Claude Geney

Annexe

« 16 POINTS ESSENTIELS DE LA COMMANDE PUBLIQUE »

- 1) Pour être exécutoires, les marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 214 000 € HT doivent être transmis au contrôle de légalité dans un délai de 15 jours suivant la date de signature de l'acte d'engagement par l'acheteur.
- 2) Le seuil de transmission au contrôle de légalité, tel que fixé à ce jour à 214 000 € HT, doit s'apprécier au regard de plusieurs règles de la commande publique.
- 3) Tous les contrats de concession, quelle que soit leur nature et leur valeur estimée, doivent être transmis au contrôle de légalité dans un délai de 15 jours suivant leur date de signature par l'autorité concédante.
- 4) Depuis le 1^{er} octobre 2018, la transmission des offres sur support papier n'est plus autorisée.
- 5) Depuis le 1^{er} avril 2019, il est nécessaire de se référer aux dispositions du code de la commande publique.
- 6) Depuis le 1^{er} octobre 2021, il convient d'appliquer les nouveaux cahiers des clauses administratives générales (CCAG).
- 7) A partir du 1^{er} janvier 2022, les accords-cadres devront obligatoirement mentionner « un maximum » de commandes en valeur ou en quantité.
- 8) Jusqu'au 31 décembre 2022, les acheteurs publics peuvent passer des marchés de travaux, sans publicité ni mise en concurrence préalables, pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT.
- 9) Face à l'envol des prix des matières premières et au risque de pénurie, le ministère de l'économie a récemment mis en ligne une fiche technique afin d'inviter les acheteurs publics à prendre en compte ces difficultés tant dans le cadre de l'élaboration des futurs marchés que dans le cadre des marchés en cours d'exécution.
- 10) Le fait de recourir à un profil d'acheteur ne doit pas dispenser l'acheteur de publier l'avis de marché dans un autre support selon la procédure utilisée.
- 11) Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les délais de remise des offres doivent être d'un minimum de 21 jours entre la date de publication de l'avis de publicité et la date limite de réception des offres.
- 12) Pour les procédures avec négociation, la négociation avec les candidats doit se dérouler dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique.
- 13) Une offre inférieure à l'estimation de l'acheteur n'est pas forcément anormalement basse.
- 14) Les attestations fiscales et sociales des entreprises attributaires doivent être vérifiées par l'acheteur avant la signature du marché et être obligatoirement transmises au contrôle de légalité.
- 15) Le critère de la valeur technique doit être utilisé en vue de pouvoir différencier qualitativement chaque offre.

16) Les acheteurs doivent adresser leurs marchés via l'application @ctes selon les modalités fixées dans un vade-mecum.

1) Pour être exécutoires, les marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 214 000 € HT doivent être transmis au contrôle de légalité dans un délai de 15 jours suivant la date de signature de l'acte d'engagement par l'acheteur.

En application de l'article L.1411-9 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), combiné avec les articles L.2131-1, L.2131-2-4° et L.2131-13 (pour les communes), et L.5211-3 (pour les établissements publics de coopération intercommunale), deux conditions doivent être cumulativement remplies en vue de rendre un marché exécutoire :

– d'abord, les marchés doivent avoir été transmis aux services de la préfecture ou des sous-préfectures dans un délai de quinze jours à compter de leur signature mais cette obligation ne s'applique que pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 214 000 € HT (CGCT, article D.2131-5-1) ;

– puis, ceux-ci doivent avoir été notifiés à chaque titulaire.

En cas de non transmission des marchés au contrôle de légalité ou en cas de transmission tardive, il n'est pas exclu qu'un tiers au marché tel qu'un assureur du pouvoir adjudicateur, invoque l'absence de transmission du marché au préfet pour pouvoir se délier de ses propres obligations contractuelles, en cas par exemple, de sinistre lié à l'exécution du marché.

De même, la responsabilité administrative de l'acheteur pourrait être engagée s'il a certifié à tort au comptable public que le marché était exécutoire et s'il s'avère que le titulaire du marché a effectivement été payé pour les prestations fournies.

Afin de prévenir ces risques, il est demandé aux acheteurs publics de respecter scrupuleusement ce délai maximal de 15 jours et de ne commencer à délivrer des ordres de services qu'à partir du moment où les deux formalités précitées ont été accomplies.

2) Le seuil de transmission au contrôle de légalité tel que fixé à ce jour à 214 000 € HT, doit s'apprécier au regard de plusieurs règles de la commande publique.

Qu'il s'agisse d'une procédure formalisée ou non, dès lors que le marché excède le montant de 214 000 € HT, il doit obligatoirement être transmis au préfet pour être exécutoire.

S'agissant des marchés allotis, la computation des seuils s'apprécie au regard du montant global de tous les lots, et non au regard du montant individuel de chaque lot. C'est ce qui a été précisé dans une réponse ministérielle du 16 février 2010 (Journal Officiel de l'Assemblée Nationale n°71 562).

Il en résulte que, lorsqu'un lot se rattache à un marché dont le montant atteint globalement le seuil de transmission obligatoire, les pièces contractuelles relatives à ce lot doivent être transmises au préfet quel que soit le montant dudit lot.

De même, lorsqu'une opération est découpée en plusieurs phases temporelles, tel que par exemple, des travaux de VRD programmés sur une durée pluri-annuelle, le seuil de 214 000 € HT doit s'apprécier au regard du montant total de toutes les

phases, et ce même si le montant se rapportant à chaque phase se situe en dessous du seuil de transmission.

Dans un arrêt du 15 mars 2012 « Commission contre RFA (aff. C-574/10), la cour de justice de la communauté européenne (CJCE) a indiqué que doivent être incluses dans la même computation des seuils, les prestations concernant la réalisation d'un projet global de rénovation d'un bâtiment, et ce quand bien même celle-ci serait divisée en plusieurs phases pour des raisons financières.

Enfin, s'agissant des marchés à tranches, tels que prévus aux articles R.2113-4 et suivants du code de la commande publique (CCP), la computation des seuils doit s'apprécier, non pas au regard du seul montant de la tranche ferme, mais au regard du total des montants de la tranche ferme et des tranches optionnelles, et ce même si les tranches optionnelles n'étaient pas affermées durant l'exécution du marché.

3) Tous les contrats de concession, quelle que soit leur nature et leur valeur estimée, doivent être transmis au contrôle de légalité dans un délai de 15 jours suivant leur date de signature par l'autorité concédante.

Cette règle s'applique pour tous les contrats de concession, y compris les délégations de service public (comme, par exemple, les fourrières automobiles), quelle que soit leur valeur estimée, qu'il s'agisse d'une procédure simplifiée (dont la valeur estimée sur toute la durée du contrat est inférieure à 5 350 000 € HT) ou d'une procédure normale (dont la valeur estimée sur toute la durée du contrat est supérieure à 5 350 000 € HT).

Une fois le contrat transmis, l'autorité concédante doit apposer, sur l'exemplaire remis à l'intéressé, une mention certifiant l'accomplissement des formalités de transmission au préfet et leur date de transmission.

Elle doit enfin informer le préfet, dans un nouveau délai de 15 jours, que la notification a bien été effectuée auprès de l'intéressé (CGCT, art.L. 1411-9).

4) Depuis le 1^{er} octobre 2018, la transmission des offres sur support papier n'est plus autorisée.

Lorsque la valeur estimée du contrat est égale ou supérieure à 40 000 € HT (CCP, article R.2132-2), la procédure de passation des marchés publics doit être totalement dématérialisée.

Cela signifie qu'il n'est désormais plus possible de prévoir, dans les documents de la consultation, la possibilité pour les candidats de remettre leur offre sur support papier.

En cas de remise d'une offre par voie papier, les acheteurs publics doivent la déclarer **irrégulière**, en ce qu'elle est contraire à la législation en vigueur (CCP, article L.2152-2).

La dématérialisation ne doit s'effectuer que par le biais du profil d'acheteur (l'envoi sur un support électronique comme une clé USB n'est pas admis).

L'acheteur public peut toutefois, s'il le souhaite, faire régulariser cette offre par le dépôt d'une nouvelle offre via un profil d'acheteur (CCP, article R.2132-3).

L'acheteur devra toutefois procéder à « une comparaison attentive de l'offre régularisée avec l'offre reçue initialement afin de vérifier qu'aucune modification n'a été apportée. À défaut, l'offre régularisée devra être rejetée » (Fiche Direction des Affaires Juridiques (DAJ) « l'examen des offres », mise à jour le 1^{er} avril 2019). Cette régularisation demeure possible quelle que soit la procédure utilisée (procédure formalisée ou adaptée).

Avant tout lancement d'un marché public, il est recommandé aux acheteurs de vérifier, la rédaction du règlement de la consultation, afin que soit expressément précisé que seul le dépôt des offres sous format dématérialisé est autorisé.

5) Depuis le 1^{er} avril 2019, il est nécessaire de se référer aux dispositions du code de la commande publique.

Le CCP est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019. Il réunit en un seul corpus juridique une trentaine de textes existants, dont ceux relatifs aux marchés publics, aux contrats de concession et à la maîtrise d'ouvrage publique.

La DAJ a publié une fiche de présentation du CCP ainsi que des tables de concordance entre les textes en vigueur et les articles du nouveau code (disponible sur le site internet de la préfecture du Haut-Rhin).

Il convient désormais de se référer aux dispositions de ce code tant pour l'élaboration des documents de la consultation (avis de publicité, règlement de la consultation...) que pour les documents contractuels (acte d'engagement, CCAP...).

6) Depuis le 1^{er} octobre 2021, il convient d'appliquer les nouveaux cahiers des clauses administratives générales.

Les arrêtés portant approbation des nouveaux cahiers des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés publics ont été publiés au Journal officiel le 1^{er} avril 2021.

Principale innovation : un CCAG spécifique aux marchés de maîtrise d'œuvre s'ajoute aux cinq CCAG existants, qui ont eux-mêmes été réécrits (CCAG travaux, CCAG prestations intellectuelles, CCAG fournitures et services, CCAG marchés industriels, CCAG techniques de l'information et de la communication).

Ces documents ne sont applicables que si l'acheteur choisit de les utiliser en y faisant référence dans les documents du marché.

Depuis le 1^{er} octobre 2021, il n'est plus possible d'appliquer les anciens CCAG datés de 2009.

7) À partir du 1^{er} janvier 2022, les accords-cadres devront obligatoirement mentionner un « maximum » de commandes en valeur ou en quantité.

Jusqu'à très récemment, en vertu de l'article R. 2162-4 du CCP, les accords-cadres pouvaient être conclus notamment sans maximum en valeur et en quantité ; la seule conséquence de l'absence de maximum étant que l'acheteur devait obligatoirement recourir à une procédure formalisée, même si sa valeur estimée se situait réellement en dessous des seuils de procédure formalisée.

À la suite d'une jurisprudence récente de la CJCE du 17 juin 2021, « Simonsen & Weel », le gouvernement a estimé nécessaire de modifier les dispositions du CCP par

un décret n°2021-1111 du 23 août 2021, et de supprimer la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum.

Désormais, les accords-cadres devront être conclus :

1° soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;

2° soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité.

Cette mesure ne s'appliquera qu'aux accords-cadres pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2022.

8) Jusqu'au 31 décembre 2022, les acheteurs publics peuvent passer des marchés de travaux, sans publicité ni mise en concurrence préalables, pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT.

Conformément aux dispositions de l'article R.2122-8 du CCP, le seuil charnière de séparation entre les marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence et les marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA) a été fixé à 40 000 € HT.

Toutefois, pour faire face aux conséquences économiques de la crise sanitaire et permettre une relance de l'activité économique, le gouvernement a décidé de simplifier temporairement les procédures de passation de certains marchés publics en rehaussant le seuil de dispense de publicité.

Ainsi, en matière de marchés de travaux, les acheteurs peuvent conclure, sans publicité ni mise en concurrence préalables, un marché pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT, ou des lots portant sur des travaux d'un montant inférieur à 100 000 € HT à condition que leur montant cumulé n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots (loi dite ASAP n°2020-1525 du 7 décembre 2020, article 142).

Cette mesure est valable jusqu'au 31 décembre 2022.

Selon les dispositions de l'article L.2120-1 du CCP, un marché sans publicité ni mise en concurrence constitue une **procédure à part entière**, à l'instar de celles des procédures adaptées et formalisées.

Selon la DAJ, le fait de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence implique de ne contacter qu'une seule entreprise : « À défaut, il s'agira d'un marché à procédure adaptée et non d'un marché relevant de l'article L.2122-1 du CCP. Les règles n'étant pas les mêmes, le risque d'annulation de la procédure est alors élevé ». (Fiche du 1^{er} janvier 2020, « les marchés sans publicité ni mise en concurrence », page 1/18).

En effet, selon qu'il s'agisse d'une procédure adaptée ou formalisée, il est impératif de recourir à des supports de publicité spécifiques, de respecter un délai minimal de remise des offres, de prévoir plusieurs critères de jugement des offres et de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse dans les conditions définies à l'article R.2152-7 du CCP alors que pour les marchés sans publicité ni mise en concurrence, ces règles ne sont pas applicables.

Bien que l'acheteur ne soit donc pas soumis aux règles de procédure prévues par le CCP, l'article R.2122-8 du même code le contraint néanmoins « à choisir une offre

pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ».

Dans une réponse ministérielle récente (JO Sénat du 4 février 2021, page 737) il a été précisé que « lorsque le marché public porte sur des prestations simples et standardisées ou si l'acheteur possède une connaissance suffisante du secteur économique, l'achat peut être réalisé sans démarches préalables. En revanche, si son besoin concerne des prestations complexes et techniques ou s'il ne dispose pas des connaissances utiles, l'acheteur peut procéder à des comparaisons entre les offres disponibles ou solliciter des devis. La réalisation des devis ayant un coût pour les opérateurs économiques, une simple information orale peut néanmoins être suffisante. La sollicitation de devis n'est donc pas une obligation s'imposant aux acheteurs pour les marchés qu'ils passent sans publicité ni mise en concurrence préalables, mais doit être appréciée au cas par cas en fonction des achats envisagés ».

Le tableau ci-dessous retrace, de manière simplifiée (hors exceptions), les différents seuils hors taxes (HT) de procédure, selon la nature de l'acheteur et du marché :

<u>Nature juridique du marché</u> ⇨	Marchés de fournitures et services			Marchés de travaux		
	<u>Possibilité de dispense de procédure</u>	<u>MAPA possible</u>	<u>Procédure formalisée</u>	<u>Possibilité de dispense de procédure</u>	<u>MAPA possible</u>	<u>Procédure formalisée</u>
Pouvoir adjudicateur	< 40 000 €	entre 40 000 € et 213 999 €	≥ 214 000 €	jusqu'au 31/12/2022 : 100 000 €	entre 100 000 € et 5 349 999 €	≥ 5 350 000 €
Entité adjudicatrice (opérateurs de réseaux)	< 40 000 €	entre 40 000 € et 427 999 €	≥ 428 000 €	jusqu'au 31/12/2022 : 100 000 €	entre 100 000 € et 5 349 999 €	≥ 5 350 000 €

9) Face à l'envol des prix des matières premières et au risque de pénurie, le ministère de l'économie a récemment mis en ligne une fiche technique afin d'inviter les acheteurs publics à prendre en compte ces difficultés tant dans le cadre de l'élaboration des futurs marchés que dans le cadre des marchés en cours d'exécution

Depuis plusieurs mois, plusieurs secteurs économiques sont particulièrement touchés par des pénuries d'approvisionnement qui engendrent un renchérissement important des coûts et un allongement des délais de livraison.

Ce sont tout d'abord l'acier et le cuivre qui ont été touchés, puis le bois et les métaux non ferreux. C'est maintenant au tour des matières plastiques et des matières plus techniques comme les composants informatiques d'être atteints par cette flambée des prix.

En matière de commande publique, le 20 mai dernier, le ministre de l'économie a demandé aux acheteurs publics, de veiller, au cas par cas, à ne pas appliquer de pénalités lorsque les retards de livraison ou d'exécution sont liés aux envolées des prix des matières premières ou aux pénuries d'approvisionnement et, quand cela est possible, d'accorder des reports de délais et de réfléchir, au cas par cas, aux autres mesures d'exécution qui permettraient d'apporter une réponse à cette situation.

Puis, le 27 mai, le ministère de l'économie a mis en ligne sur son site une fiche technique consacrée à ce problème tant pour les marchés en cours d'exécution que pour la rédaction des futurs marchés.

Notamment, le ministère de l'économie insiste sur la nécessité de veiller à prévoir des formules de révision ou d'actualisation des prix : « Si des marchés ont été conclus sans respecter cette obligation et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle ».

10) Le fait de recourir à un profil d'acheteur ne doit pas dispenser l'acheteur de publier l'avis de marché dans un autre support selon la procédure utilisée.

Le profil d'acheteur se définit comme une plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les soumissionnaires (CCP, art. R.2132-3 et R.2332-5).

En pratique, il permet aux acheteurs de déposer l'avis de publicité et d'échanger des informations avec les entreprises (questions/réponses, négociations, lettres de rejet, notifications...).

La liste suivante n'est pas exhaustive mais les profils d'acheteur les plus fréquemment utilisés dans le département du Haut-Rhin sont :

- amhr.fr
- alsacemarchespublics.eu
- klekoon.com
- marchespublics.com
- e-marchespublics.com

Si les textes imposent de se doter d'un profil d'acheteur pour la transmission des offres dès lors que la valeur estimée du marché est égale ou supérieure à 40 000 € HT (CCP, article R.2131-2), des acheteurs se contentent parfois de ne publier l'avis de publicité que dans le seul profil d'acheteur, alors que selon qu'il s'agisse d'une procédure adaptée ou formalisée, d'autres supports doivent être utilisés.

a) Pour les marchés passés selon une procédure adaptée :

Lorsque la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 € HT et inférieure aux seuils de 5 350 000 € HT pour les marchés de travaux et de 214 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs et de 428 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services passés par les entités adjudicatrices, un avis de marché doit obligatoirement être publié (CCP, article R.2131-12-2°) :

- soit dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ;
- soit dans un journal d'annonces légales (JAL).

b) Pour les marchés passés selon une procédure formalisée :

Pour les marchés passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles R.2124-2 à R.2124-6 du CCP, un avis de marché doit obligatoirement être publié :

- dans le BOAMP
- et au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE).

À défaut, le juge administratif est susceptible soit d'annuler le marché dans le cadre d'un référé pré-contractuel, soit de le résilier dans le cadre d'un référé contractuel ou d'un déféré préfectoral. Ce déféré peut également être assorti d'une demande de suspension concernant l'exécution du marché.

11) Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le délai de remise des offres doit être d'un minimum de 21 jours entre la date de publication de l'avis de publicité et la date limite de réception des offres

En procédure adaptée, l'acheteur définit librement, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de passation du marché. Même s'il n'a aucun délai minimum à respecter comme c'est le cas en procédure formalisée, il doit fixer un délai « suffisant » pour assurer une mise en concurrence effective.

Plusieurs jurisprudences administratives récentes ont ainsi sanctionné des acheteurs au motif que les délais de remise des offres étaient de seulement :

- 11 à 13 jours pour un marché de travaux estimé à seulement 50 000 € HT (Cour administrative d'appel (CAA) de Nancy, 26 février 2019, n°18NC00051) ;
- 14 jours pour un marché de services concernant l'aménagement d'une halte garderie de 40 berceaux (CAA de Paris, 17 janvier 2020, n°18PA01035) ;
- 14 jours pour un marché de travaux d'un montant de presque 100 000 € HT (Tribunal administratif de Paris, 27 janvier 2021, n°2 022 264).

Pour fixer un délai approprié aux caractéristiques du marché, le juge administratif rappelle les éléments à prendre en compte : l'objet du marché, sa complexité, son montant, le nombre de jours ouvrés, l'urgence à le conclure, la nature des prestations, la facilité d'accès aux documents de la consultation, la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et l'importance des pièces exigées des candidats.

Pour déterminer les délais de remise des offres en procédure adaptée, le juge administratif exige de retenir comme point de départ la date à laquelle l'avis de publicité a effectivement été publié, et non la date d'envoi à la publication comme c'est le cas en procédure formalisée. Afin de tenir compte de ce décalage (qui peut varier de 1 à 7 jours selon les supports de publicité choisis), il est recommandé de respecter un délai d'un mois à partir de la date à laquelle l'avis est envoyé à la publication ; le délai laissé réellement aux candidats devant être au minimum de 21 jours.

12) Pour les procédures avec négociation, la négociation avec les candidats doit se dérouler dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Il importe toujours de vérifier que la négociation se déroule dans le respect des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats.

1) les formules les plus sûres à privilégier dans les documents de la négociation consistent à prévoir une éventuelle négociation, soit avec tous les candidats, soit avec un nombre précis de candidats.

Lorsque dans le cadre d'une procédure adaptée ou d'une procédure concurrentielle avec négociation, l'acheteur prévoit qu'il se réserve la possibilité de négocier, il n'est pas tenu de négocier et peut par conséquent attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation (CCP, article R.2123-5).

A l'inverse, si la négociation est engagée, elle doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si les documents de la consultation ont prévu que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats.

Deux cas de figure peuvent alors se présenter :

a) soit l'acheteur a annoncé sa décision de recourir à la négociation avec un nombre déterminé de candidats (par exemple, « avec les trois les mieux classés »), et dans ce cas, il sera tenu de négocier avec ce nombre précis de candidats, tout en veillant à respecter l'ordre de classement des candidats au regard de l'ensemble des critères de jugement des offres.

En effet, il arrive parfois que la négociation ne soit engagée qu'avec les trois candidats les moins chers alors qu'au regard du classement final des offres, tous critères confondus, il s'avère que ces candidats n'ont pas été classés parmi les trois meilleurs. Le fait d'écarter de la négociation une entreprise dont l'offre serait au final mieux classée qu'une autre émanant d'un candidat qui serait, lui, admis à la négociation constitue une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats.

b) soit l'acheteur a prévu de négocier avec un nombre indéterminé de candidats selon les formules suivantes :

- « la négociation pourra être menée avec les candidats classés soit en première position, deuxième position, troisième position ou quatrième position » ;
- ou « avec un maximum de x candidats » ;
- ou « avec les meilleurs candidats » ;
- ou bien encore « avec les candidats les mieux classés »...

Dans un arrêt du 18 septembre 2015 (n°380 821), le Conseil d'État a indiqué que si un pouvoir adjudicateur « choisit, comme il lui est loisible de le faire, de ne négocier **qu'avec certains des candidats qui ont présenté une offre**, il appartient au juge, saisi d'un moyen sur ce point, de s'assurer qu'il n'a méconnu aucune des règles qui s'imposent à lui, notamment le principe d'égalité de traitement des candidats ».

Afin de respecter ce principe, outre le fait de respecter l'ordre de classement, il importe de veiller à ce que la négociation ait lieu avec **tous les candidats susceptibles de remporter le marché**.

Ainsi, s'il s'avérait, par exemple, que la négociation n'est engagée qu'avec le candidat classé à la première position alors que le candidat classé à la deuxième position présente une valeur sinon identique, du moins relativement proche du candidat classé à la première position, il n'est pas exclu qu'en cas de contentieux, le juge administratif sanctionne l'acheteur au motif que le principe d'égalité de traitement entre les candidats a été rompu.

C'est pourquoi, les formules précitées consistant à engager la négociation avec un nombre indéterminé de candidats ne doivent être utilisées qu'avec une extrême prudence, de sorte que **les formules les plus sûres à privilégier** consistent, comme le préconise la doctrine administrative, à prévoir une éventuelle négociation soit avec tous les candidats, soit avec un nombre précis de candidats.

2) les éventuelles modifications de notes des candidats entre l'analyse initiale des offres et celle effectuée après négociation doivent être cohérentes au regard des éléments demandés dans la négociation.

Lorsque la négociation est engagée, elle aboutit le plus souvent à une modification de notes des candidats entre l'analyse initiale des offres et celle effectuée après négociation.

Si la négociation n'est engagée que sur le prix, il en résulte que seules les notes des candidats au titre du critère du prix sont susceptibles d'être modifiées.

Si au contraire les notes des candidats devaient être modifiées au titre du critère de la valeur technique alors que la négociation n'a porté que sur le prix, cette pratique pourrait être interprétée comme traduisant une volonté de favoriser ou de défavoriser un candidat, surtout si la modification de notes devait aboutir, comme cela arrive parfois, à un bouleversement de classement entre l'analyse initiale des offres et celle effectuée après négociation.

Les acheteurs sont invités à vérifier scrupuleusement l'analyse des offres avant et après négociation et à s'assurer que les modifications de notes sont fondées au regard des éléments demandés dans la négociation.

13) Une offre inférieure à l'estimation de l'acheteur n'est pas forcément anormalement basse.

Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est « manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché » (CCP, article L.2152-5).

Pour la CAA de Bordeaux, lorsque l'offre de prix d'un candidat se situe en dessous de l'estimation de l'acheteur, il n'y a pas nécessité de suspecter l'offre comme étant anormalement basse, dès lors que l'écart de prix n'est en l'espèce pas significatif (9 octobre 2018, n°16BX04004, 16BX04192).

En revanche, la CAA de Lyon a considéré que lorsque l'écart de prix d'un candidat est significatif par rapport aux offres des autres candidats (en l'espèce, d'un montant inférieur de 60 % à 72%), l'acheteur doit solliciter l'entreprise afin d'obtenir des explications, sous peine de porter une atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats (10 janvier 2019, n°16LY03949).

Enfin, pour détecter une offre anormalement basse, le Conseil d'État rappelle qu'il faut prendre en compte le prix global proposé par le candidat, et non seulement une des prestations du marché (13 mars 2019, n°425191).

En cas de suspicion, l'acheteur devra solliciter l'entreprise afin qu'elle précise son offre de prix. Ce n'est que dans l'hypothèse où les justifications fournies ne sont pas satisfaisantes que l'offre pourra être déclarée anormalement basse (CCP, article L.2152-6).

14) Les attestations fiscales et sociales des entreprises attributaires doivent être vérifiées par l'acheteur avant la signature du marché et être obligatoirement transmises au contrôle de légalité.

Par décret n°2019-33 du 18 janvier 2019 fixant la liste des pièces justificatives que le public n'est plus tenu de produire à l'appui des procédures administratives en application de l'article L.113-13 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), il a été créé un nouvel article D.113-14 du même code.

Cet article dispose que :

« I- Dans les cas prévus par l'article L.113-13-1°, les entreprises et les organismes à but non lucratif ne sont pas tenus de produire à l'appui des procédures relatives aux marchés publics, pour ce qui concerne la constitution du dossier de candidature, et aux aides publiques :

L'attestation de régularité fiscale émanant de la direction générale des finances publiques (...) ».

Des acheteurs ont cru pouvoir déduire de ces dispositions qu'il n'est désormais plus nécessaire d'exiger de la part des candidats soumissionnaires cette attestation (seul un engagement sur l'honneur étant suffisant), ni de la produire au contrôle de légalité.

Toutefois, si les pièces énumérées à l'article D.113-14 du CRPA n'ont plus besoin d'être produites lors de la constitution du dossier de candidature, leur vérification par l'acheteur avant la signature du marché et leur transmission au contrôle de

légalité restent obligatoires, conformément aux articles L.2142-2, R.2144-1 et R.2143-7 du CCP et R.2131-5-6° du CGCT.

15) Le critère de la valeur technique doit être utilisé en vue de pouvoir différencier qualitativement chaque offre.

Pour attribuer le marché au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde soit sur un critère unique qui peut être le prix ou le coût, soit sur une pluralité de critères, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux (CCP, article R.2152-7).

Dans la pratique, les acheteurs utilisent fréquemment le critère du prix ainsi que celui de la valeur technique pour analyser les offres et choisir le meilleur candidat. Mais ces derniers n'indiquent pas toujours aux candidats sur quels éléments les offres sont analysées au titre du critère de la valeur technique, de sorte que lors du dépôt des offres, les éléments transmis, souvent trop généralistes et peu adaptés aux spécificités du marché, ne permettent pas toujours de départager les candidats.

1) Il importe que les candidats aient connaissance des sous-critères pour apprécier les offres au titre de la valeur technique ainsi que la pondération retenue pour chacun des sous-critères.

Les sous-critères ou les éléments d'appréciation sont indispensables non seulement pour l'acheteur car ils permettront une analyse plus aisée des offres mais aussi pour les candidats car c'est une garantie de transparence susceptible d'influer sur la présentation des offres.

La jurisprudence administrative impose de rendre explicite les sous-critères choisis mais également la pondération appliquée :

« Si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, **ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats (...)** ». (Conseil d'État, 18 juin 2010, n°337 377).

Le Conseil d'État a confirmé ce raisonnement à un niveau inférieur à celui des sous-critères. En l'espèce, une commune avait annoncé que le critère de la valeur technique serait noté sur 60 points et apprécié sur la base des sous-critères suivants : qualité du matériel (25 points) et quantitatifs mis en œuvre (35 points). Toutefois, elle n'avait pas annoncé que le deuxième sous-critère serait apprécié sur deux autres éléments respectivement notés sur 30 points (détail quantitatif) et 5 points (contrat d'entretien). Le Conseil d'État a sanctionné la collectivité en rappelant que le poids accordé notamment au détail quantitatif était en l'espèce susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres (Conseil d'État, 6 avril 2016, n°388 123).

Ce n'est que lorsque les sous-critères sont notés sur une même échelle de points que l'acheteur n'est pas tenu de porter à la connaissance des candidats « le poids respectif de chacun d'eux » (Conseil d'État, 8 février 2019, n°420 296, 420 603).

2) Les offres doivent être correctement analysées dans une grille de notation.

Concernant l'analyse proprement dite des offres au regard des sous-critères annoncés, celle-ci n'est souvent pas exempte, à la différence du critère du prix, d'une certaine subjectivité pouvant laisser place à des pratiques irrégulières.

Sont ainsi constatées des pratiques telles que celles qui consistent à :

– n'analyser les offres du point de vue de la valeur technique qu'à partir du moment où les offres de prix entre les candidats sont relativement proches (cela revient en d'autres termes à ne pas analyser des offres au titre de la valeur technique dès lors que les écarts de prix avec le moins cher sont importants) ;

– noter les offres du point de vue de la valeur technique en raison de la notoriété des candidats, des expériences passées entre ceux-ci et le maître d'œuvre ou de la proximité géographique des candidats ;

– noter les offres du point de vue de la valeur technique non pas en fonction de leur valeur intrinsèque mais sur la base du seul fait que les éléments exigés ont été renseignés (exemple : un élément non renseigné conduira à attribuer la note de 0 alors qu'à l'inverse, un élément renseigné, même s'il n'est pas détaillé, conduira à attribuer la note maximale) ;

– analyser très sommairement les offres du point de vue de la valeur technique (voire à ne procéder à aucune analyse) et attribuer **volontairement** la même note à tous les candidats, de sorte qu'en présence des deux critères du prix et de la valeur technique, cela revient à attribuer systématiquement le marché au candidat le moins disant.

Sur ce dernier point, si le juge administratif considère que s'il ne peut être exclu, par principe, que des candidats obtiennent la même note au titre d'un critère portant sur la valeur technique des offres, il estime en revanche que l'obtention de cette même note par plusieurs offres **suppose qu'elles ne se distinguent les unes des autres sur aucun des points faisant l'objet d'une appréciation** (tribunal administratif de Saint-Denis – 23 juillet 2010 – n°1 000 649 / tribunal administratif de Grenoble – 19 janvier 2011 – n°1 005 929 / tribunal administratif de Nice – 7 octobre 2011 – n°1 004 044 – tribunal administratif de Strasbourg – 24 avril 2019 – n°1 800 350).

L'attribution de notes indues au titre de la valeur technique peut en outre être interprétée comme traduisant une volonté de favoriser un candidat.

C'est pourquoi, afin de noter les offres du point de vue de la valeur technique, il est indispensable de comparer qualitativement chaque offre **par rapport aux autres** afin de pouvoir les **différencier** et les noter de la manière la plus juste.

Pour ce faire, il est recommandé d'établir une correspondance entre une gamme d'appréciation la plus diversifiée et une valeur chiffrée (en points) mesurant la qualité de l'offre.

Pour le juge administratif, il n'est pas nécessaire de communiquer aux candidats la grille de notation appliquée mais cette pièce est indispensable pour assurer le contrôle de légalité et il importe de la transmettre systématiquement.

16) Les acheteurs doivent adresser leurs marchés via l'application @ctes selon les modalités fixées dans un vade-mecum.

De plus en plus nombreuses sont les communes et groupements du Haut-Rhin à télé-transmettre leurs marchés via l'application @ctes.

Les émetteurs déjà raccordés qui souhaiteraient rejoindre cette démarche doivent d'abord s'assurer que la convention signée entre le représentant de l'État et la collectivité prévoit la possibilité de transmettre les marchés publics par voie dématérialisée. Si tel n'est pas le cas, un avenant devra être conclu afin d'étendre le périmètre des actes transmis par voie électronique.

Pour toute demande de renseignements concernant l'élaboration de cet avenant, il conviendra de prendre l'attache de la référente @ctes de la Préfecture du Haut-Rhin : Mme Rachel Grossetête, aux coordonnées suivantes :

rachel.grossetete@haut-rhin.gouv.fr (03-89-29-22-32)

Une fois cette formalité accomplie, la collectivité devra ensuite s'assurer que le champ de télé-transmission a été programmé par l'opérateur de transmission (ODT) dans la limite de **150 méga octets (MO)**. Si tel n'est pas le cas, il sera nécessaire de modifier le contrat avec l'ODT. Trop souvent, les émetteurs déjà raccordés ne bénéficient que d'une capacité limitée à 35 MO, ce qui génère des difficultés lors de la transmission et du contrôle des pièces du marché.

Par ailleurs, concernant l'envoi proprement dit de chaque pièce du marché, il est demandé aux émetteurs de respecter strictement le **vade-mecum** établi par le pôle départemental de la commande publique et notamment le « typage des pièces ».

Cette action vise à faire nommer par l'émetteur chaque document du marché selon une nomenclature prédéfinie dans l'application.

A titre d'exemple, s'agissant des avis de publicité parus dans un journal d'annonces légales et/ou au BOAMP et/ou au JOUE, il conviendra de sélectionner la rubrique « avis d'appel public à la concurrence » pour chacun de ces documents lors de l'envoi de l'acte via l'application.

Le vade-mecum est transmis aux émetteurs avant le premier envoi dématérialisé d'un marché, mais il peut également être télé-chargé à partir du site internet de la préfecture (rubrique « dématérialisation »).