

Achat responsable

7

Références : CCP, art. L. 3-1, L. 2111-1, L. 2111-2, L. 2111-3, L. 2112-2, L. 2112-2-1 (fut.), L. 2113-12 à L. 2113-14, L. 2113-15 et L. 2111-16, L. 2112-2 à L. 2112-4, L. 2141-7-1 et L. 2141-7-2, L. 2152-7, D. 2111-3, R. 2113-7 et R. 2113-8, R. 2152-9, R. 2152-10 et R. 2111-12 à R. 2111-17

Les acheteurs doivent tenir compte des objectifs de développement durable. Le développement durable compte trois composantes :

- le développement économique ;
- la protection et la mise en valeur de l’environnement ;
- le progrès social.

La dimension économique est induite par la recherche de l’offre économiquement la plus avantageuse inhérente au droit de la commande publique. Au-delà, cette obligation implique désormais que les acheteurs se posent la question de la pertinence de leur achat au regard des questions sociales et environnementales et, à adopter, en tant qu’ils dépensent les deniers publics, un comportement responsable à leur égard.

Un marché public constitue, avant tout, un acte économique. Il doit rester objectif et non discriminatoire. En particulier, les contraintes que l’acheteur serait tenté de faire peser sur les opérateurs économiques doivent rester liées à l’objet du marché ou à ses conditions d’exécution. C’est pourquoi il ne peut mettre en œuvre une démarche d’achat socialement ou écologiquement responsable sans s’entourer de précautions.

Pour autant, les marchés publics sont désormais conçus comme de véritables vecteurs de politique publique. Les acheteurs

disposent de moyens étendus pour mener une politique d’achat responsable, mais dans une double limite :

- le respect des principes généraux de la commande publique et de la concurrence ;
- les contraintes qu’il est possible d’exiger des opérateurs économiques : le but de la législation demeure l’identification de l’offre la plus avantageuse, il peut paraître contre-productif de restreindre la concurrence au point de compromettre les conditions d’approvisionnement des pouvoirs adjudicateurs. Pour autant, une telle démarche peut avoir un effet d’entraînement sur l’offre économique : imposer des contraintes environnementales peut inciter, voire contraindre les opérateurs économiques à modifier en conséquence leurs méthodes de production, leurs filières d’approvisionnement, voire leurs produits eux-mêmes, et être ainsi astreints à transformer leur modèle économique en généralisant ces modifications, produisant ainsi un effet de substitution vertueux.



À RETENIR

Le pouvoir adjudicateur, d’intégrer un comportement socialement responsable dans le contexte économique dégradé dans lequel il évolue aujourd’hui. Il ne peut, toutefois, s’agir que d’une contribution. L’achat public est un acte économique qui peut prendre en compte une dimension sociale, mais elle est nécessairement accessoire à l’acte d’achat, dont l’objectif reste de procurer aux services publics ce dont ils ont besoin pour fonctionner. L’acheteur n’est pas en charge du service public de l’emploi ou de la formation professionnelle, mais

il a toutefois certainement un rôle à jouer. L'obligation de mettre en place un schéma de promotion des achats responsable pour les acheteurs dont le montant annuel d'achats atteint cinquante millions d'euros HT s'inscrit d'ailleurs dans un effort de rationalisation.

7.1 Prise en compte par la détermination des besoins

Les objectifs de développement durable sont pris en compte au stade de la définition des besoins (voir § 5.3) se matérialise dans les spécifications techniques et les conditions d'exécution du marché (voir § 6.1 et s.) et dans les critères d'attribution (voir § 41.1.1).

Les pouvoirs adjudicateurs déterminent leurs besoins en veillant, en conséquence, à adopter, autant que faire se peut, un comportement d'achat économiquement, écologiquement et socialement responsable. Cette obligation repose sur l'idée que l'avantage économique qu'ils retirent de la mise en œuvre de leur démarche d'achat s'inscrit dans un contexte économique global, qui inclut ces dimensions sociales et environnementales, tout autant que dans l'enjeu de l'optimisation économique entendu dans les limites du cadre du marché.

Il s'agit d'une obligation à la charge du pouvoir adjudicateur, mais la portée de cette obligation est relative :

- il doit prendre en compte ces objectifs lorsqu'il recense et détermine ses besoins ;
- il tire, librement, les conséquences de son analyse : il n'y a pas aujourd'hui d'obligation à concrétiser la recherche d'un achat socialement et écologiquement responsable dans son marché ou la procédure. Pour autant, la prise en compte des objectifs de développement durable dans la définition des besoins est d'ores et déjà obligatoire, mais sa déclinaison dans les conditions d'exécution et les critères d'attribution du marché le sera au plus tard à compter du 22 août 2026.



À RETENIR

La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience (dite « Climat et résilience ») pose les obligations suivantes :

- prise en compte des objectifs de développement durable dans les spécifications techniques ;
- prise en compte des considérations relatives à l'environnement dans les conditions d'exécution ;

– conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi pour les marchés dont le montant estimé atteint les seuils européens, l'acheteur pouvant toutefois déroger à cette obligation dans les hypothèses suivantes :

- * le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible ;
- * une telle prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du marché ;
- * une telle prise en compte est de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation ;
- * lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux d'une durée inférieure à six mois ;
- prise en compte des caractéristiques environnementales de l'offre dans les critères d'attribution ;
- possibilité d'exclure la candidature des opérateurs économiques de plus de 5 000 salariés (ou 10 000 salariés s'ils n'ont pas leur siège social en France) n'ayant pas établi de plan comportant les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement pour l'année qui précède l'année du lancement de la procédure de mise en concurrence, sauf si cette exclusion restreint la concurrence ou rend techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation ;
- recours à des matériaux biosourcés ou bas-carbone dans au moins 25 % des rénovations et constructions.

À l'exception de cette dernière obligation, inscrite dans le Code de l'environnement, ces prescriptions entrent en vigueur cinq ans au plus tard à compter de la date de promulgation de la loi, soit le 22 août 2026.

De manière générale, l'acheteur ne peut s'engager dans des préoccupations sociales ou environnementales si ces préoccupations sont discriminatoires ou incompatibles avec l'objet du marché.

APPLICATION

Il est absurde d'imposer des contraintes d'emploi de chômeurs de longue durée ou de formation professionnelle de jeunes non diplômés dans le cahier des charges d'un marché de services de prestations juridiques, qui relèvent du monopole professionnel des avocats. De telles clauses n'ont aucun lien avec l'objet du marché, et sont susceptibles de présenter un caractère discriminatoire. Ces marchés peuvent, en revanche, comporter des exigences environnementales, notamment en termes de méthodes de travail économes en déplacements ou de modes de transports utilisés dans le cadre de l'exécution du marché : remboursement des frais de déplacement sur justification de l'achat de titres de transports en commun, absence de prise en charge de trajets aériens pour les vols domestiques, etc.

7.1.1 Conditions d'exécution

Les conditions d'exécution d'un marché sont fixées dans les clauses du cahier des charges. Elles ne définissent pas le cœur de l'objet du marché, ce qui est le rôle des spécifications techniques, mais les modalités dans lesquelles cet objet doit être exécuté.

Le principe de la liberté contractuelle implique que les marchés puissent contenir des conditions d'exécution comportant des éléments intégrant des objectifs de développement durable. L'acheteur est, ainsi, autorisé à prendre en compte pour l'exécution des prestations des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public. À compter du 22 août 2026, la prise en compte des considérations relatives à l'environnement sera obligatoire.

APPLICATION

Le cahier des charges peut stipuler que le titulaire d'un marché d'assistance technique à maîtrise d'ouvrage, dans le cadre de l'exécution des prestations qui font l'objet du marché, utilise du papier recyclé.

Le cahier des charges peut, dans un marché d'entretien d'espaces verts, insérer une clause stipulant des obligations de formation professionnelle qualifiante destinée à des demandeurs d'emploi en réinsertion professionnelle recrutés pour l'exécution du marché, dans la limite minimale, par exemple, de 5 % du temps affecté à l'exécution des prestations.

Le pouvoir adjudicateur doit s'entourer de précautions, car l'utilisation de ces clauses n'est pas sans conséquence. Il doit en premier lieu s'assurer du lien avec l'objet du marché. Il doit également s'assurer de la cohérence économique de son achat : imposer des contraintes aux opérateurs économiques n'est possible que si ces contraintes restent raisonnables et adaptées au secteur dans lequel l'achat est réalisé.

Le premier rôle de l'acheteur reste, en effet, de s'assurer de l'entretien d'une concurrence suffisante et de l'élargissement, si possible, du vivier des opérateurs économiques susceptibles de lui répondre. La réglementation de la commande publique n'est efficace qu'en présence d'une multiplicité d'offreurs.

Lien avec l'objet du marché

Il est essentiel que les conditions d'exécution soient liées, au moins indirectement, à l'objet du marché. Ainsi, imposer le recrutement de chômeurs engagés dans une démarche d'insertion sociale a du sens dans le cadre d'un marché à forte valeur ajoutée en matière d'emplois peu qualifiés, comme, par exemple, un marché de travaux ou un marché de services de nettoyage de locaux. De même, l'emploi de produits d'entretien biologiques peut être imposé dans le cadre de l'exécution de ce marché de nettoyage ou dans celui de prestations de services de restauration collective.

À défaut, ces clauses peuvent présenter un caractère discriminatoire, menacer la solidité juridique du marché et de sa procédure d'attribution et appauvrir la concurrence.

Cycle de vie et présomption de lien avec l'objet du marché

Afin de faire des achats un véritable vecteur de politiques publiques, la réglementation a assoupli l'exigence du lien avec l'objet du marché, même si ce lien demeure essentiel. Seuls, en effet, les marchés ayant par exemple pour objet l'achat de produits biologiques ou écologiques ou les marchés d'insertion sociale ou de formation professionnelle à dimension sociale présentent, en pratique, un tel lien direct avec les conditions d'exécution sociales et environnementales.

Ce lien sera présumé lorsque l'acheteur fait référence au cycle de vie des prestations qui font l'objet de son marché.

Sont, en effet, réputées liées à l'objet du marché les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie.

Le cycle de vie de ces travaux, fournitures ou services, se définit comme l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes jalonnant toute la durée de vie des prestations, de leur conception jusqu'à leur disparition, c'est-à-dire depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination d'un produit ou d'un ouvrage. Il s'agit des étapes suivantes de la vie des travaux, du service ou du produit, la liste n'étant pas exhaustive et l'étape peut concerner un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie :

- la recherche et le développement ;
- le développement industriel ;
- la production ;
- la fourniture ou la commercialisation et ses conditions ;
- la réparation ;
- la modernisation ;
- la modification ;
- l'entretien, l'utilisation et la maintenance ;
- la logistique et le transport ;
- la formation ;
- les essais ;
- la remise en état ;
- le retrait ; la fin du service ou de l'utilisation
- le démantèlement ;
- l'élimination.

L'acheteur peut donc imposer des conditions d'exécution relatives à la commercialisation, par exemple la détention d'un label « commerce équitable », le transport, en s'attachant au poids carbone, à l'émission de gaz à effet de serre ou à celle de

métaux lourds dans l'environnement, à l'interdiction du travail des enfants lors du processus de production, ou aux conditions dans lesquelles le produit dont il entend faire l'acquisition est recyclé en fin de vie.

C'est l'idée selon laquelle il est en mesure d'imposer, dans les clauses du marché, ces contraintes en dehors même de ce qui relève des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché, qui lui permettent de faire de son marché un vecteur de politique publique. Il peut agir en dehors du strict périmètre du contrat.



À RETENIR

La notion de cycle de vie, développé dans les marchés publics de l'US Army dans le courant des années 70, est logiquement issue de la réglementation relative aux marchés de défense ou de sécurité, qui sert à définir les travaux, services ou fournitures liées à un équipement de défense ou de sécurité (voir § 3.2.2). Ce n'est pas le seul point sur lequel le régime des marchés de défense, qui donne aux acheteurs de ce secteur des outils leur permettant de faire de leur achat un vecteur de politique industrielle, a infusé et inspiré l'ensemble de la réglementation des marchés publics.

Ces prescriptions contractuelles ne peuvent toutefois être imposées à la légère : l'utilisation de la notion de cycle de vie suppose que le secteur économique soit en mesure de lui fournir les éléments justifiant de l'application de ces prescriptions c'est-à-dire, en particulier, qu'une transparence suffisante soit organisée par la filière.

Elles supposent que les soumissionnaires fournissent à l'acheteur les informations et les justifications pertinentes dans leurs offres, mais également que l'acheteur soit en mesure d'en contrôler le respect tout au long du cycle de vie.

APPLICATION

Dans certains cas, cela ne posera pas de difficulté de principe, s'agissant, en particulier, du recyclage de batteries, d'ampoules électriques ou d'équipements électroniques, ou de traçabilité de la production de viande bovine : la réglementation impose à la filière industrielle des obligations en la matière. Pour autant, l'application réelle de ces obligations a parfois posé question, par exemple dans le cas de la filière de négoce de viandes d'abattoirs, dans celui de la fiabilité des tests de pollution des véhicules automobiles ou dans celui de la réalité de l'application des labels de commerce équitable. Dans d'autres cas, tout est à construire et l'opacité fait loi, par exemple dans le cas du transport maritime.

Caractère raisonnable des exigences

La multiplication de clauses économiques, sociales ou environnementales dans les marchés publics a pour effet de renchérir le coût des prestations, mais peut aussi, s'agissant en particulier des clauses sociales, perturber l'équilibre économique des candidats. Des obligations trop importantes pourraient, par exemple, conduire le titulaire d'un marché à supprimer un emploi pérenne pour pouvoir accueillir des salariés à titre précaire, qui ne seront pas conservés dans l'entreprise une fois le marché exécuté.

Les contraintes supplémentaires pesant sur les opérateurs économiques peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence, en dissuadant certains d'entre eux de soumissionner. Lorsque ces contraintes sont imposées dans un secteur dans lequel la concurrence est peu abondante, le risque d'infructuosité de la consultation peut être encouru.

Il est donc nécessaire d'user de mesure dans l'utilisation de ces clauses et, surtout, de ne pas s'éloigner des contraintes inhérentes au secteur concerné.

APPLICATION

La pertinence de clauses sociales, par exemple, suppose qu'elles soient adaptées aux usages, aux contraintes, mais aussi aux besoins du secteur. Pour s'en assurer, il est judicieux de solliciter des tiers, tels que les facilitateurs du Plan local pour l'insertion et l'emploi (PLIE), mais ceux-ci sont souvent trop peu nombreux pour répondre à la demande. Il peut être opportun de solliciter les opérateurs économiques du secteur eux-mêmes, ou leurs syndicats professionnels, pour préparer le projet de marché, dans le cadre d'études ou d'échanges préparatoires (voir § 5.2.2). Les objectifs poursuivis par l'acheteur pouvant être partagés par ces acteurs. Par exemple, financer par le marché public la formation professionnelle de jeunes décrocheurs, sortis sans diplôme du système scolaire, est regardé comme une opportunité par les entreprises du bâtiment, en pénurie systémique de main-d'œuvre. En revanche, une clause mal adaptée manquera son objectif et ne constituera qu'une contrainte stérile.

Contenu des clauses

Les clauses fixant des conditions d'exécution doivent fixer des contraintes précises assorties de délais d'exécution, de modalités de contrôle et, le cas échéant, de pénalités. Il ne peut s'agir de simples déclarations d'intention, dont les seuls effets seraient de donner bonne conscience au pouvoir adjudicateur et de renchérir le coût du marché.

Suivi de l'exécution des clauses

Ces clauses présentent, également, des contraintes pour l'acheteur lui-même, qui doit être prêt à s'investir dans la démarche de

l'achat responsable. Le suivi de l'exécution de ces clauses est, en effet, indispensable, et peut aller jusqu'à nécessiter la création d'une cellule dédiée.

À défaut, le risque d'inexécution de ces clauses est important, tandis que leur surcoût aura, lui, bien été intégré dans les offres financières présentées par les soumissionnaires.

Récapitulation

Les clauses d'achat socialement responsable peuvent être très contraignantes pour les opérateurs économiques. Elles méritent certainement être utilisées, mais ne doivent être imposées que de manière raisonnable et, toujours, en lien avec l'objet du marché, même si ce lien peut être présumé.

Le tableau 7.1 récapitule les risques inhérents à l'insertion des clauses à objet social dans les marchés publics.

7.1.2 Labels

Un label se définit comme tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures concernés par la délivrance de ce label remplissent certaines exigences.

L'acheteur peut exiger un label comme moyen de preuve que les prestations faisant l'objet du marché correspondent aux caractéristiques requises :

- dans les spécifications techniques ;
- dans les critères d'attribution ;
- dans les conditions d'exécution du marché.

L'acheteur peut exiger le respect de certaines parties des exigences du label, il indique alors quelles sont ces exigences.

Surtout, l'acheteur accepte tout moyen de preuve équivalent pour démontrer le respect des exigences requises.

Tab. 7.1. Récapitulatif des risques dans la mise en œuvre de conditions d'exécution à objet social dans les marchés publics

Risque	Commentaires	Recommandations
Risque financier du surcoût des prestations	Le surcoût lié à la mise en œuvre des clauses à objet social est intégré dans le prix du marché. Il doit en être tenu compte dans l'estimation du prix du marché.	Provisionner le surcoût, imposer des contraintes raisonnables aux opérateurs économiques.
Risque d'infructuosité du marché	Des contraintes trop importantes peuvent dissuader les opérateurs économiques de soumissionner.	S'assurer du caractère raisonnable des contraintes imposées aux opérateurs économiques, au regard, notamment, de l'état de la concurrence dans le secteur économique concerné.
Risque de contre productivité.	Les clauses à objet social trop lourdes peuvent menacer l'emploi pérenne au profit de l'emploi précaire.	S'assurer, au regard de l'importance du marché, du caractère raisonnable des contraintes imposées aux opérateurs économiques.
Risque d'irrégularité du marché ou, de sa procédure d'attribution. Risque du caractère discriminatoire de la clause	Une clause sociale disproportionnée par rapport à l'objet du marché ou, dénuée de tout lien avec cet objet, peut présenter un caractère discriminatoire, dès lors, par exemple, que seuls les opérateurs économiques dont la masse salariale est suffisante peuvent l'assumer.	Réserver l'emploi des clauses sociales aux marchés avec lesquelles elles présentent un lien et pour lesquels les candidats présentent une taille critique suffisante. S'interdire l'emploi de ces clauses dans les autres cas.
Risque d'inexécution	Le suivi de l'exécution des clauses à objet social doit être anticipé.	Mettre en place les moyens d'ingénierie sociale nécessaires au suivi de l'exécution des clauses sociales dans les marchés.

Prix du marché

10

Références : CCP, art. L. 2112-6, R. 2112-5 à R. 2112-18

Un marché public est un acte économique qui se définit comme une prestation acquise par l'administration à titre onéreux, en contrepartie d'un prix ou d'un droit d'exploitation.

Le prix des marchés peut être :

- unitaire (il s'applique aux quantités réellement livrées ou exécutées). Par exemple, un marché de fournitures prévoit la livraison de terre végétale au prix de 20 € HT le m³ et 10 € HT de transport par m³. Pour une commande de 150 m³, le prix de règlement est de 4 500 € HT (3 000 € HT de terre et 1 500 € de transport) ;
- forfaitaire (il s'applique à tout ou partie du marché quelles que soient les quantités). Ainsi, un marché passé par un centre hospitalier a pour objet l'entretien d'un parc de 10 groupes électrogènes. Il prévoit un prix forfaitaire, pour deux interventions d'un technicien par groupe et par an ;
- mixte (certaines prestations du marché sont rémunérées au forfait, d'autres à l'unité). Par exemple, un marché passé par un centre hospitalier a pour objet l'entretien et la maintenance d'un parc de 10 groupes électrogènes. Il prévoit, pour l'entretien, deux interventions d'un technicien par groupe et par an, pour un prix forfaitaire. Le nombre d'interventions nécessaires à l'entretien est prévisible, il peut donner lieu au chiffrage d'un prix forfaitaire. En revanche, la maintenance, en cas de panne des mêmes groupes, suppose l'intervention en urgence et, de manière aléatoire, des techniciens lors de la survenance des pannes. Celles-ci peuvent survenir en journée, pendant des jours ouvrés ou, de

nuit, le dimanche ou pendant des jours fériés. Il est justifié, dans ces conditions, de prévoir un prix unitaire, par intervention en jour ouvré et, un autre prix unitaire par intervention de nuit ou en jour férié.

Le choix entre les formes de prix relève de la liberté contractuelle. Quelle que soit la forme retenue, le marché est conclu à prix définitif.

Il est distingué entre :

- le prix initial, qui résulte de l'accord des parties tel qu'il figure dans l'offre de l'attributaire ;
- le prix de règlement, qui est celui effectivement perçu par le titulaire une fois le marché exécuté.

À peine de nullité, le marché doit clairement définir le prix initial ou « prix de base ». Les clauses du marché doivent ainsi expressément le déterminer ou permettre de le calculer s'il ne peut être connu au moment de son attribution.

Le principe est, en dehors du cas de la survenance de circonstances imprévisibles à la date de la conclusion du contrat, celui de l'intangibilité du prix de base, qui est fixé au moment de la remise de l'offre. Le prix de base peut cependant subir certaines modifications, à la hausse ou à la baisse, au cours de l'exécution. Dans ce cas, le prix de règlement, qui est celui réellement payé au titulaire du marché après exécution de la prestation, sera différent du prix initial, soit à raison de l'application de clauses contractuelles prévoyant expressément cette évolution, soit à raison de la survenance d'événements extérieurs au contrat. En

pratique, hors le cas des petits marchés, le prix de règlement est rarement conforme au prix initial.

Les clauses incitatives, qu'il est possible de faire figurer au marché, permettent d'associer le titulaire à la qualité des prestations, notamment en ce qui concerne le délai d'exécution. C'est, par exemple, le cas de la clause de prime d'avance.

APPLICATION

Les clauses permettant d'octroyer une prime d'avance pour exécution anticipée du marché, dont le régime est prévu par les CCAG, n'ont pas pour objet de gratifier une performance, mais de financer l'effort financier accompli en conséquence par le titulaire, qui fait appel en pratique, pour ce faire, à des heures supplémentaires ou du travail intérimaire. Elles ne doivent pas être négligées et devraient être appliquées lorsque le pouvoir adjudicateur demande l'accélération de l'exécution.

10.1 Forme du prix

Le régime de la forme du prix n'est applicable qu'à certains acheteurs :

- l'État et ses établissements publics n'ayant pas un caractère industriel ou commercial ;
- les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Pour les autres acheteurs, parmi lesquels les établissements publics de l'État à caractère industriel ou commercial, les prix sont déterminés sur le principe de la liberté contractuelle.



À RETENIR

Ces acheteurs étaient ceux auxquels était applicable, avant la réforme de 2016, le code des marchés publics. La réglementation n'a pas étendu ce régime aux autres acheteurs.

Le prix du marché peut être ferme ou révisable.

10.1.1 Prix ferme

Le prix ferme ne varie pas durant toute la durée d'exécution du marché : le prix de règlement est identique au prix initial.

Cette formule, la plus simple, est recommandée pour les marchés de courte durée ou dont l'exécution est immédiate, dès lors que

l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques n'est pas susceptible de faire supporter des aléas majeurs aux parties.

APPLICATION

Prix ferme

Un marché de fournitures prévoit la livraison de terre végétale au prix de 20 € HT le m³ et 10 € HT de transport par m³. Pour une commande de 150 m³, le prix de règlement est de 4 500 € HT (3 000 € HT de terre et 1 500 € de transport). La terre est livrée et la facture payée au prix fixé par le marché, dans le délai de 30 jours : le prix de règlement est égal au prix initial, mentionné dans le marché.

Prix ferme actualisable

Il est parfois nécessaire de faire évoluer le prix ferme au moyen d'une clause d'actualisation, en particulier lorsqu'une longue période s'écoule entre la date à laquelle le titulaire du marché s'est engagé sur le prix et celle à laquelle débute l'exécution des prestations.

Une clause d'actualisation peut être obligatoire (tab. 10.1). Elle précise nécessairement que l'actualisation du prix est réalisée :
 – si plus de trois mois s'écoulent entre la date à laquelle le titulaire du marché s'est engagé sur le prix (date de la signature de l'acte d'engagement) et la date du commencement de l'exécution des prestations ;
 – aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à celle du début d'exécution des prestations (délai de carence de trois mois).

Tab. 10.1. Cas dans lesquels une clause d'actualisation est obligatoire

Objet du marché	Clause d'actualisation
Travaux	Obligatoire
Fournitures ou service non courants	Obligatoire
Fournitures ou services courants	Facultative

APPLICATION

Actualisation du prix ferme

Une entreprise présente une offre le 1^{er} février dans le cadre de la procédure d'attribution d'un marché de travaux de voirie. Le marché lui est notifié le 1^{er} juin et, l'ordre de service ordonnant le début d'exécution des prestations lui est notifié le 1^{er} juillet. La clause d'actualisation du prix est mise en œuvre. Elle a pour effet de fixer le nouveau prix aux conditions économiques, non pas du 1^{er} juillet, mais, compte tenu de la carence de trois mois, à celles du 1^{er} avril.

Un marché de fournitures ou de services non courants est un marché pour lequel le pouvoir adjudicateur impose des spécifications techniques propres au marché.

Il est procédé à l'actualisation du prix ferme en lui appliquant une formule fixée dans les clauses du marché. Le prix ferme actualisé devient le nouveau prix, ferme lui aussi, du marché. C'est le prix de règlement.

La formule tient compte de l'évolution des conditions économiques depuis la date de l'établissement du prix initial et après application d'un délai de carence de trois mois. Elle peut être une référence à un indice ou un index (ainsi, pour les marchés de travaux, l'indice du coût de la construction), à une formule paramétrique ou à des barèmes ou des mercuriales (pour les marchés de produits ou de services courants).

APPLICATION

Un marché de travaux de peinture est passé en octobre 2011 (indice BT 46, « peinture, tentures et revêtements muraux », mis en ligne sur internet par l'INSEE et publié au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes : 855,8) pour un montant de 30 000 €.

L'ordre de commencement des travaux est donné en avril 2012.

Le prix est actualisé aux conditions économiques, non d'avril 2012, mais, compte tenu de la carence de trois mois, de janvier 2012 (indice 868,2).

La clause d'actualisation peut être présentée ainsi :

$$P = P_0 \times \left[\frac{BT(n-3)}{BT_0} \right]$$

P est le montant actualisé du marché.

P₀ est le montant initial du marché.

BT₀ est l'indice d'actualisation.

BT(n - 3) est l'indice d'actualisation compte tenu de la carence de 3 mois.

Le prix actualisé sera :

$$30\,000 \text{ €} \times \left(\frac{868,2}{855,8} \right) = 30\,434,68 \text{ €}$$

L'emploi du prix ferme actualisable convient aux marchés de courte durée dont la date de commencement d'exécution n'est pas connue au moment de leur attribution.

L'actualisation ne peut jouer qu'une fois. Elle est seulement censée compenser les effets du délai séparant la date à laquelle le prix de base a été déterminé et la date d'effet de l'acte (l'ordre de service) portant commencement d'exécution de la prestation.

Actualisation du prix des marchés à tranches

Les marchés à tranches peuvent être passés à prix ferme et leur actualisation peut s'avérer nécessaire. Elle ne pose pas de difficulté sur la tranche ferme.

En revanche, il n'y a pas de délai d'affermissement des tranches optionnelles. C'est pourquoi l'actualisation de chaque tranche doit être prévue dans les mêmes conditions. Le montant à prendre en compte est celui de la tranche en cause, la date du commencement d'exécution est celle de la tranche.

10.1.2 Prix révisable

Le prix révisable permet de tenir compte des aléas économiques survenant pendant l'exécution du marché. À la différence de l'actualisation, elle intervient selon une périodicité fixée par le marché.

Le marché fixe le prix initial, et prévoit sa modification par l'application :

- d'une référence à partir de laquelle le prix est ajusté ;
- d'une formule paramétrique représentant conventionnellement la composition du coût de la prestation ;
- des deux.

Les références ou indices utilisés doivent être liés à l'objet du marché et refléter la composition du coût des prestations.

Le marché doit prévoir une clause de révision de prix lorsque sa durée d'exécution est supérieure à trois mois et qu'il nécessite, pour sa réalisation, une part importante de fournitures dont le prix est fixé par les cours mondiaux. Cette clause doit, alors, contenir au moins une référence aux cours officiels de fixation de ces cours.

Lorsqu'il est envisagé d'utiliser une formule paramétrique, qui contient plusieurs paramètres représentatifs de la composition de la prestation, ou, lorsqu'une telle clause est obligatoire, il est recommandé d'y inclure un terme fixe dont le poids relève de la liberté contractuelle. Il peut, par exemple, s'établir à 12,5 %, voire à 15 % pour les marchés de travaux, de manière à introduire dans le calcul de l'évolution du prix un élément stabilisateur. Une part fixe plus importante peut être introduite, ou la part fixe peut être supprimée.



À RETENIR

L'objet de la part fixe est de permettre au pouvoir adjudicateur de récupérer une partie des gains de productivité réalisée par le titulaire à mesure de l'exécution. Les coûts de production sont plus importants la première année de l'exécution du marché, ils comprennent notamment les frais de mise en place. Les années suivantes, le titulaire réalise des gains de productivité croissants, la prestation ne donnant plus lieu à ces charges particulières. La part fixe, en permettant de donner au prix un rythme d'évolution moins important que celui des coûts réels de production, et compensée par ces gains de productivité dont une partie revient au pouvoir adjudicateur.

Dans la mesure où cette modalité est la plus aléatoire, il est conseillé de n'y avoir recours que si l'emploi de l'une des autres modalités contractuelles d'évolution des prix n'est pas possible.

APPLICATION

Une structure de formule de révision fréquente est la suivante :

$$P = P0 \times \left[pf + (1 - pf) \left(\frac{A}{A0} \right) \right]$$

pf est le terme fixe de la formule. Pour un autre exemple :

$$\text{Prix initial } P0 \times a + (1 - a) \times \left[b \times \left(\frac{A}{A0} \right) + c \times \left(\frac{B}{B0} \right) + d \times \left(\frac{C}{C0} \right) \right]$$

dans laquelle $a + b + c + d = 1$ (ce sont les poids des paramètres, a étant le terme fixe de la formule).

Ainsi dans un contrat d'entretien des ascenseurs et monte-charges passé en octobre 2011 pour un montant de 100 000 € et révisé en janvier 2012 :

Prix révisé =

100 000 € ×

$$\left\{ 0,15 + 0,85 \left[\left(0,60 \times \frac{\text{ICHT IME 1}}{\text{ICHT IME 0}} \right) + \left(0,20 \times \frac{\text{EBIQ 1}}{\text{EBIQ 0}} \right) + \left(0,20 \times \frac{\text{BT48}}{\text{BT48 0}} \right) \right] \right\}$$

100 000 € ×

$$\left\{ 0,15 + 0,85 \left[\left(0,60 \times \frac{109,4}{108,4} \right) + \left(0,20 \times \frac{122,8}{121,6} \right) + \left(0,20 \times \frac{1001,20}{990,70} \right) \right] \right\} = 100 818,42$$

Avec :

ICHT-IME : industries mécaniques et électriques, charges salariales comprises.

EBIQ : énergie, biens intermédiaires et biens d'investissements.

BT48 : ascenseurs.

des hausses de prix trop importantes. Trois types d'instrument peuvent notamment être utilisés.

Clause butoir

Une clause butoir permet de limiter le caractère inflationniste de la révision des prix en limitant la portée de la clause de révision. Elle est le plus souvent utilisée dans les marchés à prix actualisable par référence au barème du fournisseur. Elle prévoit généralement une référence à un indice statistique relatif à des prestations de nature analogue ou à défaut le jeu d'une formule paramétrique. Le prix de règlement est, alors, le plus faible des deux prix, respectivement calculés au vu du barème et de la clause.

Clause de sauvegarde

La clause de sauvegarde permet la résiliation sans indemnité de la part non encore exécutée du marché dès lors que le nouveau prix dépasse le prix initial d'un pourcentage déterminé.

Seuil de déclenchement (« clause anglaise »)

Cette clause permet de retarder dans le temps l'application d'une clause de variation du prix, ou de ne prendre en compte que la variation excédant un pourcentage déterminé.

L'acheteur doit savoir user des multiples opportunités que lui offre le principe de liberté contractuelle. Ainsi, la clause de sauvegarde peut être l'occasion d'une renégociation périodique des contrats de longue durée, dont les clauses de révision des prix qu'ils comprennent le plus souvent ne rendent compte que de manière insatisfaisante de l'évolution des coûts de l'exploitant.



À RETENIR

Sont strictement proscrites les clauses d'indexation fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services étrangers à l'objet du contrat ou à l'activité de l'une des parties. Peuvent cependant prévoir une clause d'indexation sur le niveau général des prix les contrats de concession ou les marchés de partenariat conclus dans le domaine des infrastructures ou des services de transport.

10.2 Maîtrise de l'évolution des prix

10.2.1 Précautions contractuelles

Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir garder une certaine maîtrise de l'évolution des prix, et ne pas hésiter à vérifier l'application de certaines clauses dont l'objet est de pondérer ou de neutraliser

Références : CCP, art. R. 2131-1 à R. 2131-11

La préinformation permet aux opérateurs économiques intéressés de connaître l'intention du pouvoir adjudicateur de passer un marché ou un accord-cadre et de s'y préparer. Elle joue un rôle important dans l'élargissement de la concurrence en permettant d'alerter les opérateurs économiques d'un projet de marché que l'acheteur entend conclure dans un avenir proche.



À RETENIR

L'avis de préinformation est le terme applicable aux pouvoirs adjudicateurs. Les entités adjudicatrices publient des « avis périodiques indicatifs » (voir ci-dessous).

Un avis de préinformation est un avis de publicité par lequel le pouvoir adjudicateur alerte les opérateurs économiques de son intention de lancer un marché, mais ne le lance pas encore. De cette manière, il leur permet de préparer, à l'avance, leurs dossiers de réponse. Il constitue un outil de publicité qui, à ce titre, est destiné à susciter la plus large concurrence.

L'intérêt pour l'acheteur est triple :

- il prépare et maximise la concurrence : des délais plus longs laissés aux opérateurs économiques leur permettent, notamment, de préparer les partenariats et les contrats induits par le marché, tels que les accords de cotraitance ou de sous-traitance ;
- il lui permet de gagner du temps, en informant les opérateurs économiques avant la fin de la préparation de sa procédure ;

- la publication d'un avis de préinformation permet, lorsque les conditions exigées sont satisfaites (voir § 28.2.1), de réduire le délai de remise des candidatures et des offres à 15 jours en procédure d'appel d'offres ouvert, le délai de remise des offres à 10 jours en procédure d'appel d'offres restreint et en procédure avec négociation (voir § 33.1.6).



À RETENIR

L'avis de préinformation doit, pour remplir son rôle, contenir un maximum d'informations utiles, les mêmes que celles qu'il convient de faire figurer dans l'avis de marché, si ces informations sont connues. Si la publication de l'avis de marché suppose que toutes les pièces du dossier de la consultation soient finalisées, puisque les candidats pourront immédiatement soit, le consulter sur le profil d'acheteur, soit en demander la communication au pouvoir adjudicateur, la publication de l'avis de préinformation peut, en revanche, avoir lieu avant la finalisation de la rédaction des certains éléments du dossier de la consultation, tels que les cahiers des charges. Elle permet de faire gagner du temps aux candidats sans ralentir le processus d'achat.

La publication d'un avis de préinformation est facultative. Elle n'est exigée que si le pouvoir adjudicateur entend bénéficier de la réduction du délai de réception des offres. Son cadre d'emploi est élargi et augmente son importance dans la procédure, en particulier lorsqu'il est utilisé en lieu et place de l'avis de marché.

APPLICATION

L'avis de préinformation est en pratique trop peu utilisé par les pouvoirs adjudicateurs. Il constitue pourtant un outil simple d'utilisation à ne pas négliger.

28.1 Support de la publication

L'avis de préinformation est nécessairement publié :

- soit au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) ;
- soit sur le profil d'acheteur (voir § 30.1) du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, l'acheteur doit avoir préalablement adressé, pour publication, à l'organisme européen compétent, l'Office des publications officielles de l'Union européenne, un avis annonçant la publication de l'avis de préinformation sur le profil d'acheteur.

Les avis sont conformes aux modèles d'avis mis en ligne sur le site de l'office des publications de l'Union européenne (<http://simap.ted.europa.eu/web/simap/home>).

- le formulaire standard 1 en cas de publication de l'avis de préinformation au *Journal officiel de l'Union européenne* ;
- le formulaire standard 8 en cas de publication de l'avis de préinformation sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

APPLICATION

S'il retient cette dernière solution, l'acheteur envoie au préalable à l'Office des publications officielles de l'Union européenne un avis annonçant la publication. La date mentionnée sur l'avis publié sur le profil d'acheteur est la date de cet envoi.



À RETENIR

La Commission européenne a créé des formulaires électroniques types sur le fondement des données relatives aux marchés publics de l'Union européenne pour faciliter, sur un plan technique, leur publication au *Journal officiel* de l'Union européenne. 40 modèles d'avis, répartis en 6 formulaires types : planification (avis de préinformation), mise en concurrence (avis de marché), notification préalable d'attribution directe (avis ex-ante volontaire), résultats (avis d'attribution), modification du marché (avis de modification), changement (avis rectificatif et avis d'annulation). Chaque formulaire type comporte plusieurs modèles d'avis, correspondant à l'étape de la procédure de passation concernée et à la directive concernée (directive générale, directive sectorielle, directive « défense », directive « concessions »). Leur usage est obligatoire depuis le 25 octobre 2023, et il n'est pas sans provoquer de nombreuses difficultés aux acheteurs. S'agissant des avis de préinformation, les formulaires électroniques distinguent entre l'avis de préinformation utilisé pour raccourcir les délais de réception des offres et l'avis de préinformation utilisé comme appel à la concurrence. Ces modèles sont respectivement les modèles n° 7 et n° 10. Pour des raisons d'intelligibilité, les avis sont toujours affichés sous la forme de formulaires standard, soit 24 « formulaires standard ».

La publication de ces avis par l'Office des publications officielles de l'Union européenne est gratuite.

28.2 Régime de l'avis de préinformation

L'emploi, selon les modalités requises, de l'avis de préinformation, autorise l'acheteur à réduire les délais minimaux de remise des offres. Par ailleurs, l'avis peut, à certaines conditions, se substituer à l'avis de marché, les opérateurs qui ont manifesté leur intérêt pour la procédure sont invités par l'acheteur à confirmer cet intérêt.

28.2.1 Régime de la réduction des délais de procédure

Le pouvoir adjudicateur peut bénéficier de la réduction des délais de réception des offres dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, ouverte ou restreinte, et dans celle de la procédure avec négociation, à la condition que la publication de l'avis réponde aux conditions suivantes :

- cet avis a été envoyé à la publication 35 jours au moins et 12 mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;
- il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation.



À RETENIR

La condition du montant minimal de l'achat pour pouvoir utiliser cette faculté, qui était de 750 000 € pour les fournitures ou les services, ou 5 000 000 € pour les travaux, a été abandonnée. Cette condition n'était d'ailleurs pas applicable aux marchés de défense ou de sécurité.

La vigilance des opérateurs économiques est regardée comme ayant été éveillée par l'avis de préinformation. Mais cette vigilance ne saurait être durable au-delà du raisonnable : au-delà de 12 mois, l'avis de préinformation est caduc et ne peut justifier une réduction des délais de procédure.

Par ailleurs, afin de ne pas priver les opérateurs de la garantie d'un délai minimum de remise des candidatures et des offres, le délai minimal devant être respecté entre la date de publication de l'avis de préinformation et l'avis de marché est celui applicable à la procédure elle-même : 35 jours ou 30 jours.

L'objectif étant de permettre aux opérateurs économiques de préparer leurs offres, mais aussi leurs candidatures, en concluant

les accords de sous-traitance ou de cotraitance requis pour soumissionner, la préinformation doit leur transmettre les informations leur permettant de le faire. Il contient, en particulier, tous les renseignements qui ont vocation à figurer, le moment venu, dans l'avis de marché, dès lors que ces informations sont connues.

Il devrait indiquer, en particulier, le montant prévisionnel des marchés en cause, ou les caractéristiques essentielles des marchés envisagés.

APPLICATION

Un opérateur qui souhaite avoir recours à des sous-traitants pour compléter sa candidature et soumissionner doit pouvoir négocier les prix avec son partenaire, voire organiser, lui-même, une mise en concurrence. Comme pour lui-même, il a besoin, pour ce faire, d'avoir une idée du volume ou du montant estimé des prestations qui feront l'objet du marché, de manière à informer ses partenaires des économies d'échelle ou des gains de productivité qu'ils seront à même de réaliser.



À RETENIR

Le régime s'est simplifié, les conditions minimales requises sont moins lourdes qu'antérieurement. Il devrait en résulter une démocratisation de l'usage de la préinformation, qui est un outil efficace, gratuit et opérationnel pour élargir la concurrence et améliorer la qualité des offres.

Le régime de la réduction des délais de procédure pour préinformation est présenté dans le schéma suivant (Fig. 28.1).

28.2.2 Utilisation de l'avis de préinformation comme avis de marché

L'acheteur peut utiliser l'avis de préinformation comme avis de marché. Cet avis n'est en principe pas publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Il dispose d'une période de validité de 12 mois, à la condition de respecter les trois séries de conditions suivantes.

D'abord, cette solution ne peut être utilisée que pour les deux procédures suivantes :

- appel d'offres restreint ;
- procédure avec négociation.

Ensuite, l'avis contient les mentions et respecte la condition de délai suivante :

- l'avis fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;
- il mentionne que ce marché public sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation sans publication ultérieure d'un avis de marché et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;
- il a été envoyé pour publication entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Enfin, les autorités publiques centrales ne peuvent utiliser cette solution :



À RETENIR

Les administrations publiques centrales qui ne peuvent utiliser l'avis de préinformation comme avis de marché sont les suivantes :

- l'État ;
- les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception des établissements publics de santé ;
- les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité juridique ;
- la caisse des dépôts et consignations ;
- l'ordre national de la Légion d'honneur ;
- l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) ;
- la fondation Carnegie ;
- la fondation Singer-Polignac.

Une publication supplémentaire peut être réalisée sur un profil d'acheteur, à la condition :

- de ne pas avoir été publiée avant l'avis au *JOUE* ;
- de ne pas contenir davantage d'information que l'avis publié au *JOUE* ;
- de mentionner la date d'envoi pour publication de l'avis au *JOUE* ;



À RETENIR

Le pouvoir adjudicateur peut publier l'avis complémentaire dès lors qu'il a été avisé de la publication de l'avis européen par l'Office des publications de l'Union européenne. Il peut également à l'expiration d'un délai de 48 heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office.

Le régime de l'utilisation de l'avis de préinformation comme avis de marché est présenté dans le schéma suivant (Fig. 28.2).

Au-delà de douze mois, l'avis de préinformation est caduc.

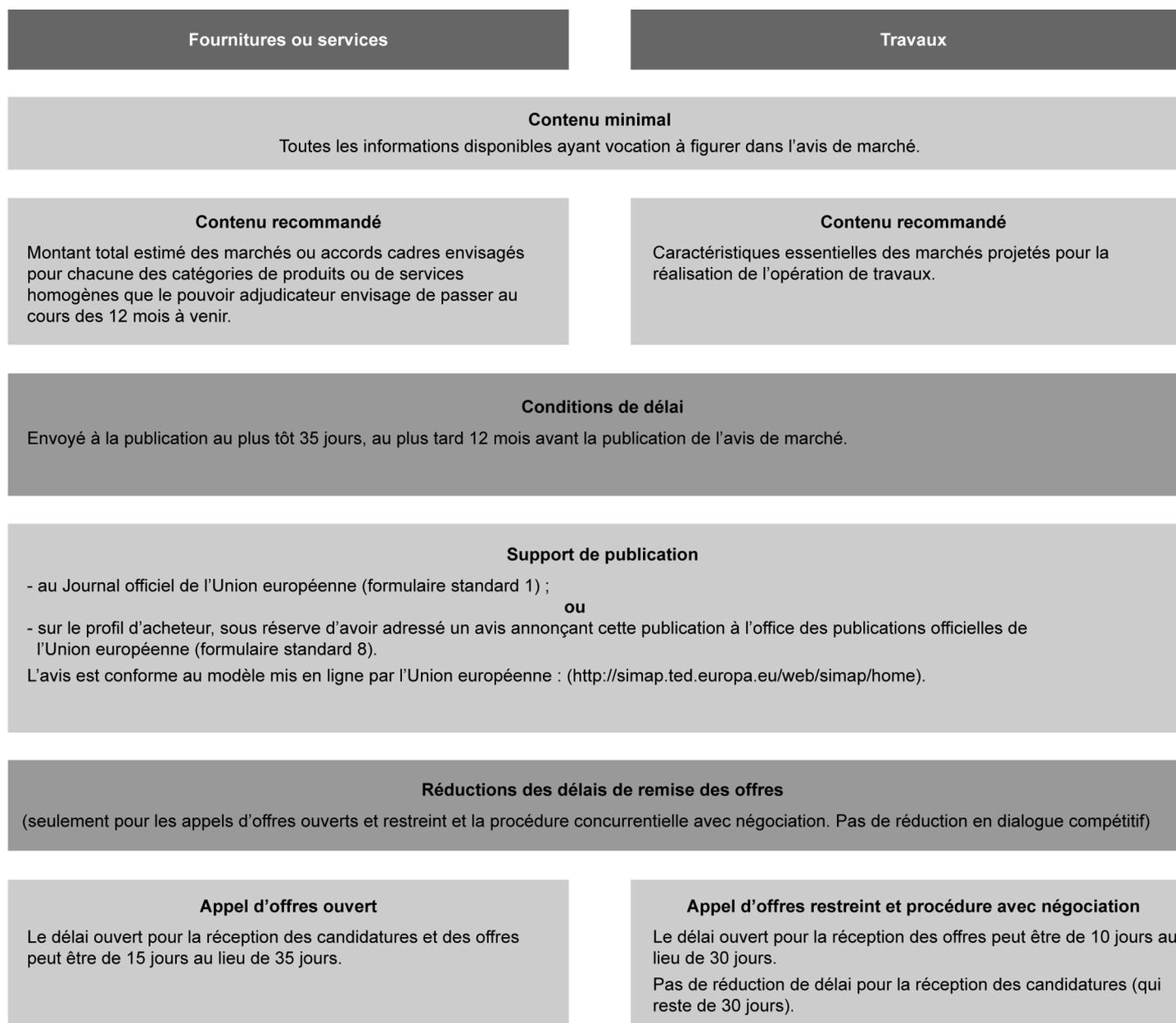


Fig. 28.1. Régime de la préinformation pour la réduction des délais de procédure formalisée

Information des candidats et des soumissionnaires

52

Références : CCP, art. L. 2181-1, R. 2181-1 à R. 2181-4 et R. 2182-1 et R. 2182-2 – CJA, art. L. 551-15 et R. 551-7-1

Les marchés publics, comme tous les contrats de commande publique (voir § 3.1 et s.), sont soumis à deux principes essentiels :

- le principe de mise en concurrence ;
- l'existence d'un droit de recours effectif permettant de sanctionner le non-respect du principe de mise en concurrence.

Le candidat doit pouvoir accéder à un juge. L'effectivité de ce droit de recours repose sur un mécanisme de suspension de la procédure de passation du marché pendant un délai durant lequel les candidats non retenus ont la possibilité de saisir le juge du référé précontractuel (voir § 53.1 et s.). La seule mission de ce juge est de sanctionner les manquements commis par l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Au-delà de cette exigence, il est également nécessaire d'assurer l'effectivité du principe de transparence. Tous les marchés, quelle que soit la procédure, sont désormais soumis à une obligation d'information des candidats et des soumissionnaires évincés.

52.1

Le principe de l'information obligatoire des candidats et soumissionnaires

Les candidats et les soumissionnaires doivent être informés du choix des acheteurs à l'issue de la procédure de passation. Cette information fait l'objet, en pratique, d'une notification, transmise aux intéressés par voie électronique *via* l'outil de messagerie du profil d'acheteur. S'agissant de l'application d'un principe, celui de la transparence des procédures, l'usage d'un moyen garantissant la traçabilité de cette notification est indispensable.

APPLICATION

L'utilisation du profil d'acheteur garantit cette traçabilité, l'avis de réception est collecté et archivé au dossier par le système d'information.



À RETENIR

Le cas échéant, l'acheteur informe également par le même moyen les candidats des motifs de l'abandon de la procédure, tel qu'un classement sans suite ou une relance de la procédure (voir § 51.3).

Les informations communiquées varient en fonction de la nature de la procédure.

52.2 L'information en procédure formalisée

Les marchés publics sont soumis au principe de mise en concurrence et à l'existence d'un droit de recours effectif permettant de sanctionner le non-respect du principe de mise en concurrence. L'effectivité de ce droit de recours joue à plein en procédure formalisée et repose sur un mécanisme de suspension de la procédure de passation du marché durant un délai durant lequel les candidats non retenus ont la possibilité de saisir le juge du référé précontractuel. La mission de ce juge est de sanctionner les manquements commis par l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence (voir § 53.1 et s.). Durant ce délai de suspension (voir § 52.5), il est interdit au pouvoir adjudicateur de signer le marché.

L'information des candidats évincés a donc pour objet de fournir aux opérateurs économiques les explications dont ils ont besoin pour savoir si un tel recours est justifié. Elle est inopérante si elle n'est pas complète : le délai de suspension ne commence pas à courir.

L'acheteur notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet, aussitôt que la décision de rejet est prise.

52.2.1 Information spontanée en procédure formalisée

Cette information prend la forme d'une notification dont le contenu est réglementé.

Notification de la décision d'attribution

L'acheteur informe les candidats et les soumissionnaires aussitôt qu'il exclut certains d'entre eux de la procédure de consultation.

Il doit d'abord, au stade du choix des candidatures, informer les candidats écartés du rejet de leur dossier dès la fin de l'examen des candidatures, en leur en précisant les motifs.

Il doit, ensuite, dès l'attribution du marché, informer les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue. La notification de la décision d'attribution du marché ou de l'accord-cadre doit comporter les informations suivantes :

- la décision de rejet de l'offre et les motifs de ce rejet ;

- le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre ;
- la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le contrat.



À RETENIR

La mention du délai de suspension de la procédure (voir § 52.5) était requise. C'est désormais la date à laquelle le marché peut être signé qui doit être mentionnée. Sur le calcul de cette date, voir ci-dessous. À défaut de cette mention, le délai de suspension ne commence pas à courir, de sorte que l'acheteur ne peut signer le marché sans s'exposer à un risque contentieux réel.

APPLICATION

La mention d'un marché pouvant être signé « à compter de la semaine 24 » est regardée comme suffisamment précise, alors même que la date exacte n'est pas mentionnée. Il faut comprendre que le marché peut être signé à compter du premier jour ouvré de la semaine, soit le lundi.

Si l'acheteur a omis d'informer les candidats écartés au stade de l'examen des candidatures, il doit réparer cette omission, en leur notifiant la décision d'attribution. Il leur communique alors les mêmes informations qu'aux soumissionnaires évincés.



À RETENIR

Les motifs communiqués ne doivent pas conduire à divulguer des informations couvertes par la protection du secret des affaires de l'attributaire. Ces informations protégées peuvent porter sur :

- la situation économique d'une entreprise, sa santé financière, l'état de son crédit, son chiffre d'affaires, ses documents comptables, ses effectifs sont, notamment, le détail du bordereau de prix unitaire et les détails de son offre technique ;
- la stratégie technique et financière de cette entreprise, ses investissements matériels, le nombre de personnes affectées aux prestations, son plan de financement, son actionnariat, le détail technique des prestations ;
- son offre de prix détaillée.

Au titre des informations financières, doit être communiquée l'offre de prix globale TTC retenu pour l'attribution du marché, qui reflète le coût de la prestation pour l'acheteur. Le sous-détail des prix, le bordereau des prix unitaires et le détail estimatif des prix sont couverts par le secret des affaires. En revanche, toutes les informations sont couvertes par le secret dès lors qu'elles relèvent des offres des candidats non retenus. Le marché ne leur étant pas attribué, ces informations n'acquièrent pas de caractère public. Seule l'identité de ces candidats peut être mentionnée.

Portée de l'obligation de motivation

L'acheteur peut s'appuyer sur le rapport d'analyse des candidatures ou le rapport d'analyse des offres pour rédiger la lettre qu'il

doit notifier. Il convient d'apporter un soin particulier à cette rédaction, de manière, notamment, à ne pas, par maladresse, donner l'impression d'avoir utilisé un critère d'attribution non porté à la connaissance des candidats par le dossier de la consultation. Il s'agit, en pratique, d'une source de contentieux qui peut être facilement évitée.

La motivation, en effet, doit refléter l'application des critères d'attribution tels qu'ils ont été portés à la connaissance des candidats dans les documents de la consultation.

La communication des rapports d'analyse, en revanche, n'est pas obligatoire avant la signature du marché. Elle ne le sera qu'une fois le marché signé, puisqu'ils acquièrent, alors, la qualité de document administratif. Tant que le marché n'est pas signé, ces documents sont des documents préparatoires. L'acheteur, en particulier, peut encore changer d'avis et renoncer, par exemple, à l'attribution du marché.

En revanche, une motivation insuffisante ne fait pas courir le délai de suspension (voir § 52.5). Or, signer le contrat alors que le délai de suspension n'est pas expiré est un manquement aux obligations de mise en concurrence sanctionnable par le juge du référé contractuel (voir § 54.1).

APPLICATION

L'acheteur ne peut se contenter de communiquer les notes obtenues par le seul soumissionnaire évincé lors du classement des offres, une telle mention n'apporte en elle-même aucune information susceptible d'éclairer le candidat. De même, la seule mention du rang de classement équivaut à une absence totale de motivation. Il convient d'indiquer les points sur lesquels l'offre de l'attributaire s'est révélée supérieure à celle du candidat évincé : délai d'exécution plus court, offre financière globale, que l'on peut divulguer, plus compétitive, meilleure qualité des matériaux mis en œuvre, meilleure compréhension des besoins du pouvoir adjudicateur, meilleurs profils des intervenants affectés à l'exécution des prestations, etc. Toutefois, il est admis que la communication des notes obtenues par l'offre à laquelle a été attribué le marché soit suffisante, dès lors qu'elle permet une comparaison, à la condition que les éléments d'information permettant d'en comprendre la portée figurent dans les documents de la consultation.

52.2.2 Information sur demande en procédure formalisée

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

- lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ;
- lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.



À RETENIR

Cette obligation relève du principe de transparence, elle n'a aucun impact sur les voies de recours. Il s'agit, d'ailleurs, des mêmes éléments d'information que ceux qui ont été communiqués de manière spontanée par l'acheteur (voir § 52.2.1). Il n'est plus question, dans la réglementation, de la communication d'informations « détaillées », qui viendraient compléter des informations « succinctes » communiquées par l'acheteur. Il est donc parfaitement possible de répondre à cette demande, le cas échéant, que les éléments requis ont déjà fait l'objet d'une notification.

52.3 L'information en procédure adaptée

En procédure adaptée, l'information est surtout dédiée à assurer la transparence des procédures : le régime européen des recours ne s'applique pas à leur égard avec la même intensité.

52.3.1 Information spontanée en procédure adaptée

L'acheteur est tenu à une information minimale, qui consiste à notifier à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou, à la fin de la procédure, de son offre. Il n'est pas formellement tenu, en revanche, de lui communiquer les motifs de cette décision.



À RETENIR

Cette notification intervient en fin de procédure, et peut donc avoir lieu après la signature du marché, ce qui, en procédure adaptée, permet d'écartier toute possibilité de recours en référé précontractuel et, à moins d'un manquement aux obligations de publicité, en référé contractuel.

APPLICATION

Rien n'interdit à l'acheteur de motiver sa décision. En pratique, les intéressés vont souvent lui adresser une demande écrite de communication de ces motifs,

de sorte qu'il sera finalement tenu de le faire. En tout état de cause, il s'agit surtout d'entretenir la concurrence, l'opacité a pour effet de décourager les candidats pour les procédures suivantes. Il est, de manière générale, judicieux d'informer les candidats évincés d'une procédure adaptée du rejet de leur candidature ou de leur offre en dehors de toute considération sur les voies de recours. Le fait de montrer aux candidats que la décision prise est objectivement justifiée est de nature à les encourager à participer aux prochaines consultations, en leur permettant d'améliorer la compétitivité de leur offre.

52.3.2 Information sur demande en procédure adaptée

L'acheteur communique aux candidats et aux soumissionnaires qui en font la demande écrite :

- les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre ;
- dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande.

En réponse à cette demande, si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée ni irrégulière ni inacceptable l'acheteur lui communique, en outre :

- les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ;
- le nom de l'attributaire du marché public.



À RETENIR

Cette obligation relève du principe de transparence, elle n'a aucun impact sur les voies de recours. Il s'agit, d'ailleurs, des mêmes éléments d'information que ceux qui ont été communiqués de manière spontanée par l'acheteur (voir § 52.3.1). Il n'est plus question, dans la réglementation, de la communication d'informations « détaillées », qui viendraient compléter des informations « succinctes » communiquées par l'acheteur. Il est donc parfaitement possible de répondre à cette demande, le cas échéant, que les éléments requis ont déjà fait l'objet d'une communication.

52.4 Le régime facultatif d'information des candidats et soumissionnaires

Le régime des recours prévoit également un dispositif d'information facultatif impactant la sécurité juridique du contrat. Il s'applique aux marchés conclus sans que la publication d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* ne soit requise.

52.4.1 Cas général

Pour les procédures adaptées (voir § 20.1 et s.), les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables (voir § 19.1 et s.) et les « autres marchés publics » (voir § 4.1 et s.), l'acheteur dispose d'un outil lui permettant de gérer le risque contentieux en écartant la voie du recours en référé contractuel (voir § 54.1 et s.).

L'acheteur publie un avis de publicité et accompagne cette publication du respect du délai de suspension de la procédure. Il convient alors :

- d'envoyer au *Journal officiel* de l'Union européenne un avis relatif à l'intention de conclure le contrat. Cet avis tient lieu de notification de la décision d'attribution et est établi conformément à un modèle européen.
- de respecter un délai de onze jours francs, entre la date de publication de cet avis et la signature du marché.



À RETENIR

L'avis d'intention de conclure le contrat est dit « avis de transparence ex ante volontaire » en droit européen.

APPLICATION

Le modèle européen d'avis d'intention de conclure est accessible depuis l'adresse suivante : <https://ted.europa.eu/fr/simap/standard-ted-schema-forms-in-pdf>.

Si ces deux formalités sont respectées, le contrat ne pourra pas être contesté par la voie du référé contractuel. Les candidats évincés ne disposent dans ce cas que du recours en référé précontractuel.

Cette démarche facultative permet ainsi, sur le papier, de sécuriser juridiquement le marché. En réalité, compte tenu du fait que le délai de suspension n'est pas applicable à ces marchés, elle ne présente finalement d'intérêt qu'à l'égard des marchés n'ayant fait l'objet d'aucune mesure de publicité. L'absence totale de publicité constitue à leur égard, en effet, le seul cas d'ouverture qu'il est possible d'invoquer utilement devant le juge du référé contractuel en dehors du cas de la violation du délai de suspension (voir chapitre 54). Les marchés potentiellement concernés sont alors :

- les « autres marchés publics » (voir § 4.1 et s.) ;
- les marchés conclus sans publicité préalable ni mise en concurrence (voir § 19.1 et s.) ;
- les marchés passés selon une procédure adaptée, dès lors qu'ils n'ont fait l'objet d'aucune mesure de publicité (voir § 20.1 et s.).

La publication d'un avis d'attribution permet, également, de restreindre la voie de recours du référé contractuel (voir § 54.1.5 et § 57.1.5) : une telle publication ramène le délai de recours de six mois à compter de la signature du marché à 31 jours à compter de la publication de cet avis d'attribution.

52.4.2 Cas des marchés subséquents et des marchés spécifiques

Pour les marchés subséquents conclus pour l'application des accords-cadres (voir § 44.1 et s.) et des « marchés spécifiques » pris pour celle des systèmes d'acquisition dynamique (voir § 47.1 et s.), la décision d'attribution peut être notifiée à tous les titulaires de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique. Si elle s'accompagne du respect du délai de suspension de la procédure, elle a pour effet de fermer définitivement la voie du recours en référé contractuel.



À RETENIR

Seuls les titulaires de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique ont vocation à pouvoir obtenir l'attribution d'un marché subséquent ou d'un marché spécifique et, en conséquence, intérêt leur donnant qualité pour agir contre la procédure d'attribution du marché. Il est, donc, ici, inutile de procéder à une publication au *Journal officiel de l'Union européenne*. Dans leur cas, la notification de la décision d'attribution aux seuls titulaires de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique est suffisante.

La décision d'attribution doit, comme en application du régime d'information obligatoire, comporter les mêmes informations que pour les marchés conclus selon une procédure formalisée :

- la décision de rejet de l'offre et les motifs de ce rejet ;
- le nom du titulaire du marché et les motifs ayant conduit au choix de son offre ;
- la date à partir de laquelle le marché pourra être signé.

52.5 Délai de suspension

Le délai de suspension est le laps de temps laissé aux candidats ou aux soumissionnaires évincés, à qui les informations utiles ont été communiquées dans la décision d'attribution du marché, durant lequel le pouvoir adjudicateur n'a pas le droit de signer

ce dernier. C'est le point de procédure qui confère au régime des recours toute son efficacité. Son respect rigoureux est donc essentiel et il est sanctionné par le juge.

Il s'impose aux acheteurs en procédure formalisée, c'est-à-dire dans le cadre des procédures qui imposent la publication d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*.

La notification de la décision d'attribution fait courir le délai de suspension de la procédure, qui est de 11 jours.

Le délai est porté à seize jours si, le cas est désormais rare, la notification n'a pas été transmise par voie électronique, c'est-à-dire qu'elle l'a été par voie postale ou délivrée en mains propres, contre récépissé.



À RETENIR

Le délai de seize jours est réservé aux cas dans lesquels la procédure n'est pas dématérialisée. Pour autant, la forme électronique de la notification, qualifiant le délai de onze jours, peut en théorie toujours revêtir celle d'une notification par télécopie, laquelle est aujourd'hui surannée en France mais trouve encore une certaine actualité dans d'autres États membres de l'Union européenne. Elle est regardée par les autorités européennes comme un mode de communication électronique. L'usage de l'outil de messagerie électronique du profil d'acheteur, fiable et donnant date certaine à la date et à l'heure de réception, reste toutefois préconisé, même lorsque le recours au profil d'acheteur n'est pas obligatoire. En pratique et pour les marchés de très faible montant, le courriel peut être utilisé. Mais il est vrai qu'il n'existe pas d'enjeu contentieux pour ces marchés.

Le délai de suspension est exprimé en jours calendaires. Il court à compter de la date d'envoi de la notification et expire le douzième ou le dix-septième jour. Il inclut les jours fériés. Les jours calendaires correspondent au calendrier, soit sept jours par semaine et non pas les cinq jours ouvrés par semaine.

Il s'agit donc d'un délai de date à date, pas d'un délai franc.

APPLICATION

L'acheteur envoie la notification par voie postale le 10 janvier. Le délai applicable est le délai de 11 jours. On compte le jour de l'envoi de cette notification, le délai expire le douzième jour, soit le 21 janvier, à 0 heure. L'acheteur peut signer le marché à compter du 21 janvier.

Le respect du délai n'est pas exigé :

- dans le cadre des procédures n'exigeant pas la publication d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, soit les procédures adaptées ;

- lorsque le marché public est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ;
- pour l’attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d’acquisition dynamique.

Le délai de suspension ne court pas si le contenu de la notification est incomplet. Il en est ainsi, en particulier, si les informations mentionnées sont incomplètes, si l’acheteur néglige d’y

mentionner la date à partir de laquelle il pourra signer le marché ou se contente de renvoyer au principe d’un délai de suspension (fig. 52.1).

Le tableau 52.1 synthétise les formalités d’information ayant un effet sur le référé contractuel (tab. 52.1).

Le tableau 52.2 mentionne les références des textes relatifs à l’information des candidats et des soumissionnaires.

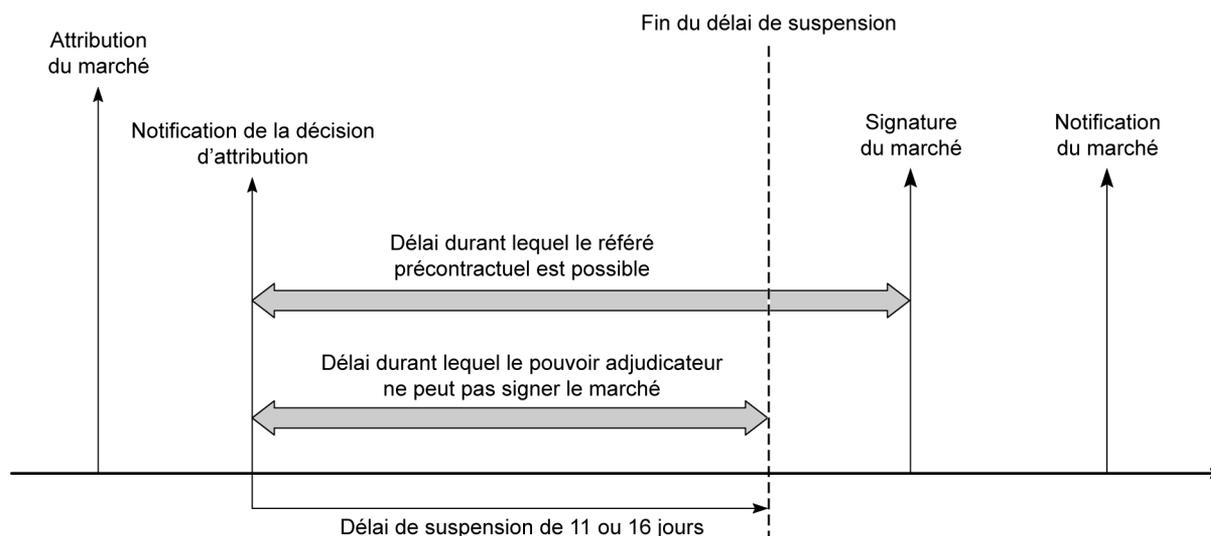


Fig. 52.1 Information des candidats, délai de suspension et signature du marché