

Les procédures de passation des marchés publics

Le grand principe gouvernant la matière, déjà évoqué, veut que les marchés publics soient passés avec concurrence. À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs disposent toujours de deux procédures générales, et de plusieurs procédures exceptionnelles de passation des marchés publics¹.

Les procédures générales, qui peuvent toujours s'envisager, sont :

- la procédure ouverte,
- la procédure restreinte.

Les autres procédures de passation, qui ne peuvent trouver à s'appliquer que dans les cas limitativement prévus par la réglementation des marchés publics, sont principalement :

- la procédure concurrentielle avec négociation,
- la procédure négociée directe avec publication préalable,
- et la procédure négociée sans publication préalable.

Nous aborderons également la problématique de marchés de faible montant.

Enfin, il sera également question de marché conjoint ou de centrale d'achat.

1. La procédure ouverte

La procédure ouverte est la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché (L. 17.6.2016, art. 2, 22°).

Il s'agit donc d'une procédure en une phase (l'offre est assortie des informations relatives à la sélection), qui conduira à l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur ayant le choix entre différents critères pour déterminer celle-ci, dont son prix (L. 17.6.2016, art. 81) (voir fiche *Attribution* - infra).

2. La procédure restreinte

La procédure restreinte est la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle seuls les candidats sélectionnés par l'adjudicateur peuvent présenter une offre (L. 17.6.2016, art. 2, 23°).

Il s'agit donc d'une procédure en deux temps (sélection/offres). Tout comme la procédure ouverte, elle conduit à l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur ayant le choix entre différents critères pour déterminer celle-ci, dont son prix (L. 17.6.2016, art. 81) (voir fiche *Attribution* - infra).

¹ Nous ne citerons ici que pour mémoire les procédures de dialogue compétitif et de partenariat d'innovation. À noter que pour les services sociaux et autres services spécifiques (dont par exemple les services de formation ou les services juridiques non exclus), les conditions de recours à l'une ou l'autre procédure de passation sont assouplies (L. 17.6.2016, art. 88 et s.).

3. La procédure concurrentielle avec négociation

Il s'agit d'une procédure en deux phases (sélection/attribution) à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un appel à la concurrence, dans laquelle seuls les candidats sélectionnés peuvent présenter une offre, les conditions du marché pouvant ensuite être négociées avec les soumissionnaires (L. 17.6.2016, art. 2, 25°).

Ici encore, l'attribution se fera à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les hypothèses de recours à cette procédure sont fixées par la loi (L. 17.6.2016, art. 38). Il y va notamment (pour les travaux, fournitures ou services) :

- des marchés dont le montant estimé, hors TVA, est inférieur à certains montants (actuellement 750.000 euros pour les travaux, et 214.000 euros – seuil de publicité européenne – pour les fournitures et les services) ;
- des marchés dans lesquels les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- des marchés dont l'accès est réservé à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées et dont le montant estimé est inférieur au seuil de publicité européenne.

4. La procédure négociée directe avec publication préalable

Très proche de l'ancienne procédure négociée directe avec publicité, et reprenant ses atouts de facilité et de simplification administrative, qui devraient séduire les pouvoirs adjudicateurs, la procédure négociée directe avec publication préalable est donc une procédure en une phase, dans laquelle tout opérateur économique peut présenter une offre en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur peut négocier les conditions du marché avec l'un ou plusieurs d'entre eux (L. 17.6.2016, art. 2, 29°).

Elle pourra trouver à s'appliquer aux marchés de travaux dont le montant estimé est inférieur à 750.000 euros htva, ainsi qu'aux marchés de fournitures et de services dont le montant estimé est inférieur à 214.000 euros htva (L. 17.6.2016, art. 41).

5. La procédure négociée sans publication préalable

Très proche de la procédure négociée sans publicité connue sous l'empire de la loi du 15.6.2006, la procédure négociée sans publication préalable est celle dans laquelle le pouvoir adjudicateur demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec l'un ou plusieurs d'entre eux (L. 17.6.2016, art. 2, 26°).

Elle reste sujette à la méfiance du législateur qui considère qu'elle a des effets négatifs sur la concurrence, en manière telle que ses hypothèses de recours sont strictement limitatives (L. 17.6.2016, art. 42).

On y retrouve notamment :

- les marchés de travaux, de fournitures ou de services pour lesquels la dépense à approuver est inférieure à 139.000 euros htva (montant porté à 214.000 euros pour des marchés notamment de services de placement de personnel, de recherche et de développement) ;
- pour les travaux, fournitures et services, dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation, les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne pouvant, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur ;

- les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé pour l'une des raisons suivantes notamment : l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique, ou il y a absence de concurrence pour des raisons techniques ;
- lorsque des fournitures ou des services sont achetés à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs, des mandataires chargés d'un transfert sous autorité de justice ou liquidateurs d'une faillite, d'une réorganisation judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales ;
- il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières.

6. Les marchés publics de faible montant - facture acceptée

Alors que, sous l'empire de la loi du 15 juin 2006, les marchés par procédure négociée sans publicité de très faible montant (dépense à approuver de 8.500 euros htva) pouvaient être constatés par simple facture acceptée, ce sont désormais les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros htva qui sont soumis à un régime particulièrement souple (L. 17.6.2016, art. 92 et A.R. 18.4.2017, art. 124), puisque :

- ils sont uniquement soumis aux dispositions de la loi relatives aux définitions, aux principes généraux (sauf moyens électroniques et octroi d'avances), au champ d'application et aux règles d'estimation ;
- ils peuvent être conclus par facture acceptée ;
- le pouvoir adjudicateur passe son marché, après consultation, si possible, des conditions de plusieurs opérateurs économiques mais sans devoir demander le dépôt d'offres (la preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur).

Il semble donc bien s'agir ici d'une procédure de passation spécifique, et non d'une simple modalisation de la procédure négociée sans publication préalable.

N'oublions pas que la passation d'un tel marché public aussi peu formalisé ne peut s'effectuer qu'en respectant les règles répartitrices de compétences et nécessite donc le passage auprès du conseil, du collège, du directeur général ou d'un agent selon le cas (voir fiche *Les règles de compétence en matière de marchés publics*) et sans préjudice des règles relatives à l'engagement de la dépense.

7. Les marchés conjoints et les centrales d'achat

Plus une manière de s'organiser qu'une véritable procédure de passation, les *marchés conjoints* permettent à plusieurs pouvoirs adjudicateurs de passer commande ensemble. Pour le reste, ce sont les procédures de passation évoquées plus haut qui trouveront à s'appliquer.

La loi prévoit ainsi (L. 17.6.2016, art. 48) que deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, peuvent convenir de passer conjointement certains marchés spécifiques.

Même si la loi ne le dit plus formellement, il est toujours possible d'y adjoindre des personnes privées (voir exposé des motifs de la loi).

Le marché conjoint peut viser une procédure de passation dans son intégralité ou non. La procédure aura lieu conjointement soit en agissant ensemble, soit en désignant un pouvoir adjudicateur pilote.

La *centrale d'achat* n'est pas non plus une procédure de passation supplémentaire, mais également une manière d'organiser les commandes, notion introduite dans la réglementation des marchés publics par la loi du 15 juin 2006.

Elle a été reprise comme suit dans la nouvelle réglementation (L. 17.6.2016, art. 2, 6°, et 47) : il s'agit d'un pouvoir adjudicateur qui réalise :

- des activités d'achat centralisées (acquisition de fournitures et/ou de services destinés à des adjudicateurs, ou passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services destinés à des adjudicateurs)
- et éventuellement des activités d'achat auxiliaires (activités fournissant un appui aux activités d'achat, telles que conseils sur le déroulement ou la conception des procédures de passation, préparation et gestion des procédures de passation au nom de l'adjudicateur concerné et pour son compte, ...).

Contrairement aux marchés conjoints, occasionnels, les centrales d'achat présentent un caractère de permanence quant à leurs activités.

L'avantage du recours à la centrale d'achat est double pour le pouvoir adjudicateur, bénéficiaire de la centrale, puisqu'il est dispensé de l'application de la réglementation des marchés publics, tant quant au choix de la centrale, qu'à celui de l'adjudicataire du marché « centralisé ».

8. Allotissement

L'article 58 de la loi prévoit l'obligation pour tous les pouvoirs adjudicateurs d'envisager l'allotissement pour les marchés de travaux, de fournitures ou de services dont l'estimation est égale ou supérieure au seuil révisable de 139.000 euros. L'obligation porte donc sur le fait d'envisager l'allotissement mais non sur le fait d'allotir directement. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation, certes réduite, mais il pourra démontrer qu'il existe des raisons ne permettant pas, dans le marché concerné, l'allotissement. Il peut s'agir par exemple du risque de restreindre la concurrence, du risque d'une exécution excessivement coûteuse ou difficile techniquement ou encore du risque de compromettre gravement la bonne exécution du marché résultant de la nécessité de coordonner les adjudicataires.