

LES MARCHÉS PUBLICS

LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Les compagnies de rue et de cirque sont de plus en plus nombreuses à être sollicitées par les collectivités publiques - notamment les collectivités locales - pour la représentation de leur spectacle ou encore pour une prestation originale à l'occasion d'un évènement entrant dans le cadre de leur politique d'action culturelle voire socio-éducative. Dans la majorité des cas, ces prestations de service sont l'objet d'un contrat régi par le code des marchés publics.

Celui-ci a été mis à jour par le décret n° 2006-975 du 1 août 2006, portant code des marchés publics, entré en vigueur le 1er septembre 2006 et accompagné d'une circulaire d'application datée du 3 août 2006.

A noter, cette fiche prend également en compte le décret 2008-1356 du 19 décembre 2008, qui fixe le seuil de mise en concurrence à 20 000 € (contre 4 000 € auparavant).

PRISE EN COMPTE DES SERVICES CULTURELS

L'article 29 du Code des marchés publics liste les services soumis au régime normal de passation des marchés. L'article 30 précise que les services ne figurant pas dans cette liste - et donc les services culturels, les services d'éducation, les services sociaux... - bénéficient d'un régime plus souple et peuvent être passés selon des procédures dites « adaptées », quel que soit leur montant.

Pour rappel, l'article 30 avait été partiellement annulé par le Conseil d'Etat, notamment parce qu'il dispensait ces marchés des formalités préalables de mise en concurrence. Le décret du 1er août 2006 et son article 30 entièrement réécrit clarifient la situation.

Cette fiche propose quelques repères pour se retrouver dans le nouveau code.

QUELQUES DÉFINITIONS

Pouvoir adjudicateur : la notion de «pouvoir adjudicateur» provient du droit communautaire, et est introduite dans le droit français par le nouveau code des marchés publics. Il s'agit de l'acheteur public, dans le cadre d'un marché visant à satisfaire un besoin d'intérêt général (ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial).

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au code sont :

- l'Etat
- les établissements publics de l'Etat, autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial (EPIC)
- les collectivités territoriales
- les établissements publics locaux des collectivités territoriales

Marchés publics : ce sont « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés [comme les associations], pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »

Le marché public n'est pas une subvention : tandis qu'un marché public répond à un besoin exprimé par l'administration, la subvention constitue certes une contribution financière à une opération d'intérêt général mais porte sur une opération initiée et menée par un tiers (l'association), pour répondre à ses propres besoins et ne nécessite pas, à ce titre, de mise en concurrence préalable.

Documents de la consultation : il s'agit de l'ensemble des documents et informations préparés par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché. Il doivent être remis aux candidats gratuitement (éventuellement contre paiement des frais de reprographie).

Variantes et options : le pouvoir adjudicateur peut

- autoriser des variantes : cela revient à laisser une part d'initiative aux candidats. Les exigences minimales doivent toutefois être précisées). Attention, les variantes ne sont autorisées que si cela est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.
- demander des options, correspondant à des prestations complémentaires. Les options doivent être limitées, de façon à ne pas fausser le jeu de la concurrence.

Les options sont demandées par le pouvoir adjudicateur, tandis que les variantes sont proposées par le candidat : il n'y a pas d'autre différence entre variante et option.

LES PRINCIPES

Trois principes fondamentaux sont précisés par le code

- la liberté d'accès à la commande publique
- l'égalité de traitement des candidats
- la transparence des procédures

Ces principes ont pour objectif d'assurer à la fois l'efficacité de la commande publique, et la bonne utilisation des deniers publics : ils trouvent leur application dans les obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par le code.

Dans le même esprit, afin de permettre au plus grand nombre d'entreprises d'accéder à la commande publique, et pour susciter une réelle concurrence entre les entreprises quelle que soit leur taille, le code impose le principe de l'allotissement. Tous les marchés, dans la mesure où ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, doivent être passés en lots séparés. Le pouvoir adjudicateur reste libre de fixer le nombre de lots de son marché public : mais ce n'est que lorsque l'allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier qu'un marché global est accepté, comme exception.

LES PROCÉDURES

Elles sont définies en fonction de l'importance et de la nature du marché. Des seuils permettent ainsi de déterminer les obligations rattachées à chaque procédure.

Les procédures formalisées sont les suivantes :

- Appel d'offres (ouvert ou restreint)
- Procédures négociées
- Dialogue compétitif
- Concours
- Système d'acquisition dynamique

La procédure adaptée est définie au cas par cas par le pouvoir adjudicateur : elle peut s'inspirer des procédures formalisées mais permet plus de souplesse.

CHOIX DE LA PROCÉDURE

La procédure à mettre en œuvre est déterminée par le montant et les caractéristiques des prestations à réaliser. Dans le cas des services culturels :

- en dessous de 20 000€HT, aucune procédure n'est imposée, ni mise en concurrence ni publicité n'est obligatoire
- à partir de 20 000€HT, les pouvoirs adjudicateurs mettent en œuvre une procédure adaptée

Ainsi, aucune obligation de conclure un appel d'offres ou une autre des procédures formalisées prévues par le code des marchés publics n'est donc imposée pour les marchés concernant des services culturels.

Pour les marchés dépassant 210 000€HT il est tout de même obligatoire

- de respecter des spécifications techniques
- d'envoyer un avis d'attribution

Les spécifications techniques décrivent les caractéristiques techniques du service, et définissent des exigences indispensables (notamment en termes de performances) en référence à des normes existantes et/ou en exprimant des performances à atteindre, des exigences fonctionnelles. Les spécifications techniques ne doivent en aucun cas porter atteinte au principe d'égalité des candidats ou limiter de façon injustifiée l'ouverture du marché à la concurrence. Le code précise que, chaque fois que cela est possible, les spécifications doivent prendre en compte les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées.

Application du seuil : la question de l'homogénéité. Pour déterminer le montant du marché il faut estimer de manière sincère et raisonnable la valeur totale des services considérés comme homogènes, soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. Le pouvoir adjudicateur compare alors le montant des besoins aux seuils de procédure des marchés. Le code rappelle qu'aucun achat ne doit être abusivement fractionné...

PUBLICITÉ

La publicité est un principe fondamental de la commande publique. L'acheteur doit déterminer les modalités de publicité les plus pertinentes au regard de l'objet et du montant du marché.

Aucune publicité n'est requise lorsque le marché s'élève à moins de 20 000€HT.

Au delà de 20 000 €HT pour les marchés portant sur des services culturels, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées : en fonction des caractéristiques du marché et en respectant un principe de proportionnalité. Le code dispense donc ces marchés de tout avis d'appel public à concurrence. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire et l'équilibre économique général de l'opération.

Ainsi, publicité ne signifie pas systématiquement publication, notamment pour les plus petits marchés. Une publicité complémentaire peut être mise en oeuvre au moyen de l'affichage ou d'Internet.

CANDIDATURE

INTERDICTIONS DE CONCOURIR

Le précédent code prévoyait déjà un certain nombre de cas dans lesquels il était interdit de concourir à un marché public (cf ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, articles 8 et 38), et notamment les cas suivants :

- non respect des obligations fiscales et sociales
- situation de liquidation judiciaire
- situation de faillite personnelle
- infraction au droit du travail

Le nouveau code ajoute à la liste une nouvelle interdiction à candidater, en cas de non-respect de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés (cf loi no 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, et article L.323-1 du code du travail). Concernant ce dernier point, les candidats à un marché public doivent produire une attestation sur l'honneur datée et signée.

EXAMEN DES CANDIDATURES ET DES OFFRES

S'il est constaté, avant l'examen des dossiers, que des pièces manquent, le pouvoir adjudicateur peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier. Le délai sera identique pour tous, et de 10 jours au maximum.

Les dossiers qui demeurent incomplets sont alors exclus de la suite de la procédure.

Les candidatures restantes sont alors examinées : capacités professionnelles, techniques et financières... Il ne peut être exigé que des niveaux minimaux de garanties et de capacités, qui sont liés et proportionnés à l'objet du marché. Les candidatures qui ne satisfont pas aux niveaux de capacité sont éliminées.

Un candidat ne peut être éliminé simplement parce qu'il n'a encore jamais exécuté de marché de même nature : sa candidature doit être examinée en fonction de ses capacités... ce qui tend notamment à favoriser l'accès des petites structures à la commande publique.

A noter, la procédure adaptée n'interdit nullement la négociation, qui est considérée comme un élément décisif de la qualité de l'achat public. Négociation sur le prix, mais aussi sur d'autres critères, comme le délai d'exécution, la garantie, la qualité technique... (le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de justifier le choix de ces critères).

ATTRIBUTION DES MARCHÉS

Pour attribuer le marché, le pouvoir adjudicateur doit déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement.

Il peut se fonder sur plusieurs critères, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la rentabilité, le caractère innovant... Il peut également, compte tenu de l'objet du marché, se fonder sur le seul critère du prix.

ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

Pour les marchés de plus de 20 000€HT, l'exécution doit obligatoirement être précédée d'une notification.

Un candidat qui a été écarté peut demander au pouvoir adjudicateur de lui communiquer le nom du candidat retenu ainsi que les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue. Le pouvoir adjudicateur devra répondre à cette demande dans un délai de quinze jours.

Pour plus d'information :

- Décret no 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics
- Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics
- Ordonnance no 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics
- Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées