

## LES MARCHÉS PUBLICS

*Le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (MINEFI) estime à 110 milliards d'euros par an le volume de la commande publique, sous ses différentes formes.*

*Dans les établissements publics locaux d'enseignement (EPL), le montant des marchés publics, évalué à partir des données de la base nationale COFI-Pilotages (consolidation des comptes financiers 2005 de 97,3 % des EPL), est de 3,3 milliards, dont 250 millions en section d'investissement.*

*Ces marchés sont pour la plupart passés à l'issue d'une procédure adaptée (MAPA), procédure qui laisse beaucoup de liberté à l'acheteur et qui entraîne donc une responsabilité accrue.*

*L'ambition de ces Cahiers détachables n'est bien évidemment pas de traiter l'ensemble des questions relatives aux marchés publics, mais de faire le point sur les nouveautés d'une réglementation qui a beaucoup évolué en quelques années et de donner quelques conseils d'organisation, en insistant tout particulièrement sur les principes devant constamment guider l'acheteur public, qui ne deviennent effectifs que grâce à la transparence et à la traçabilité des démarches effectuées.*

# Sommaire

<b>Les nouveautés du code des marchés publics 2006</b> .....	<b>3</b>
Nouvelle dénomination de la personne publique acheteuse .....	3
L'introduction de nouvelles procédures .....	4
La définition des besoins .....	6
Une ouverture de la commande publique à un plus grand nombre d'opérateurs économiques et notamment aux petites et moyennes entreprises (PME) .....	6
<b>Les grands principes de l'achat public</b> .....	<b>8</b>
Le contentieux des marchés publics .....	9
Le délit de favoritisme .....	10
<b>Comment s'organiser ?</b> .....	<b>12</b>
Le niveau d'évaluation des besoins .....	12
Les seuils déterminent le choix des procédures d'achat .....	12
L'état prévisionnel de la commande publique .....	13
Des marchés d'une durée adaptée .....	14
Les acteurs de l'achat public en EPLE .....	15
Faut-il un règlement interne ? .....	16
Les achats fractionnés .....	18
Accord-cadre ou marché à bons de commande ? .....	19
<b>Transparence et traçabilité</b> .....	<b>21</b>
La publicité préalable à la passation du marché .....	22
Preuves de la mise en œuvre de la publicité .....	24
La définition des critères de choix .....	25
L'information des candidats non retenus .....	25
L'achèvement de la procédure .....	26
La notification .....	28
Quels contrôles le comptable doit-il opérer ? .....	29
La publicité postérieure à la passation des marchés .....	31
<b>Textes essentiels et sites à consulter</b> .....	<b>32</b>

## LES NOUVEAUTÉS DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS 2006

Troisième réforme de la réglementation française de la commande publique intervenue ces six dernières années, le décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics finit d'harmoniser notre réglementation avec la législation européenne et plus précisément avec les directives n°s 2004/17 et 2004/18 du 31 mars 2004. Ses dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre dernier.

De nouvelles notions issues du droit communautaire sont introduites, comme les termes “pouvoirs adjudicateurs” et “entités adjudicatrices”. Le découpage en trois parties du code s'organise autour de ces deux notions. La première partie est relative aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs que sont l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics locaux (article 2 du code). La deuxième partie régit les marchés passés par les entités adjudicatrices qui sont les pouvoirs adjudicateurs agissant en tant qu'opérateurs de réseaux (article 134-I du code). Cette deuxième partie intègre l'ensemble des dispositions de la directive “réseaux”. Enfin la troisième et dernière partie prévoit la situation où une personne publique agit à la fois en tant que pouvoir adjudicateur et en tant qu'entité adjudicatrice et précise les règles du code applicables à la passation de marchés dans une telle situation.

La première partie du code qui intéresse la majorité des acheteurs publics concentrera notre attention et plus particulièrement les principales innovations qui y sont introduites.

### **NOUVELLE DÉNOMINATION DE LA PERSONNE PUBLIQUE ACHETEUSE**

Les personnes publiques acheteuses sont désormais désignées par le vocable “pouvoirs adjudicateurs” ou “entités adjudicatrices”. Ces notions ne sont pas nouvelles à proprement parler dans le langage de la commande publique puisqu'elles sont issues du droit communautaire, mais elles n'étaient pas reprises dans le code de 2004, ni d'ailleurs dans celui de 2001.

Cette nouvelle dénomination s'accompagne de la disparition de la notion de personne responsable des marchés introduite dans le code de 2001. En effet,

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

le nouveau code des marchés publics ne souhaite pas interférer avec les règles d'organisation et de fonctionnement propres à chaque pouvoir adjudicateur. En cela, il se conforme aux directives du 31 mars 2004 précitées qui ne réglementent pas les modalités d'attribution de compétences entre les différents organes chargés de la passation des marchés publics au sein d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice. Désormais, il appartient à chaque pouvoir adjudicateur de se référer à ses textes organiques ou statutaires pour fixer les modalités de la désignation des personnes chargées de mettre en œuvre les procédures de marché.

Non seulement la dénomination des personnes publiques acheteuses a été modifiée, mais la nature des contrats que ces dernières peuvent passer dans le respect des règles du code des marchés publics a été diversifiée. En effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent désormais passer des accords-cadres. Il s'agit d'une des principales innovations du code du 1<sup>er</sup> août 2006. Mentionnons également la procédure du marché à bons de commande et du système d'acquisition dynamique.

#### **L'INTRODUCTION DE NOUVELLES PROCÉDURES**

Un accord-cadre est conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques. Par ce contrat, les acheteurs publics et les opérateurs économiques définissent les termes des marchés publics qu'ils passeront ensemble pendant une période ultérieure donnée et notamment peuvent y fixer le prix ou encore les quantités. Ce contrat est limité dans le temps à quatre ans sauf dans des cas dûment justifiés. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un tel contrat ne peut se faire que pendant la durée de validité de l'accord-cadre. À noter que le nouveau code rend désormais obligatoire la passation sous la forme d'un contrat écrit de tout accord-cadre comme de tout marché public dont le montant est égal ou supérieur à 4 000 euros (article 11 du code).

La procédure des marchés à bons de commandes a, quant à elle, été refondue (article 77 du code). Ce type de marché est passé lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure d'établir une programmation de ses besoins (quelles quantités pour quelle période etc.). Il s'agit d'un marché à exécution successive conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques. La nouveauté est qu'il peut désormais être conclu indépendamment de tout seuil maximal ou minimal préalablement établi. Cela donne plus de liberté à l'acheteur public qui n'est plus tenu de garantir un minimum de dépenses. Par

ailleurs, les bons de commande sont ensuite émis sans négociation ni remise en concurrence des titulaires et cela, alors même que le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques. C'est le marché qui précise la répartition des commandes entre les titulaires. Les bons de commande prennent la forme de documents écrits qui déterminent la quantité des prestations ou des produits demandés.

Le code introduit, enfin, la procédure de système d'acquisition dynamique qui est une procédure entièrement électronique destinée à l'achat de fournitures courantes (article 78 du code). Avec cette nouvelle procédure, le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs économiques qu'il aura préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. Ainsi, le processus se fait en deux temps : d'une part, la mise en place du processus d'acquisition dynamique soumis aux règles de l'appel d'offre ouvert (avec la sélection des candidats et des offres indicatives) et d'autre part, la mise en concurrence des opérateurs économiques sélectionnés dans le cadre de ce système d'acquisition dynamique (présentation des offres définitives).

Lors de la première phase, le pouvoir adjudicateur procède à l'évaluation des candidatures et des offres indicatives dans un délai maximum de quinze jours à compter de leur présentation. L'intérêt de ce système est qu'il est ouvert, pendant toute sa durée, à tous les opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme aux documents de la consultation. Ces opérateurs économiques ont la possibilité d'améliorer à tout moment leur offre indicative à condition qu'elle demeure conforme aux documents de la consultation.

Avant de procéder à la mise en concurrence (deuxième phase), l'acheteur public doit publier un avis de marché simplifié au Journal officiel de l'Union européenne et attendre impérativement un délai de quinze jours à compter de la date d'envoi de cet avis. Ensuite, en fonction de ses besoins, il invite les opérateurs admis dans le système à présenter leurs offres définitives.

Le code du 1<sup>er</sup> août 2006 innove également en matière de définition des besoins en élargissant les spécifications techniques auxquelles le pouvoir adjudicateur peut se référer.

### **LA DÉFINITION DES BESOINS**

L'acheteur public acquiert une plus grande liberté dans la définition de ses besoins. En effet, jusqu'à présent pour la passation de marchés à procédure formalisée ou de marchés définis à l'article 30 du code de 2004, il ne pouvait se référer qu'à des normes pour définir les prestations de ses marchés. Désormais, pour l'ensemble des marchés qu'il passe (article 6 du nouveau code), il peut définir ses prestations non seulement au regard des normes en vigueur mais également en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Cette disposition introduit une logique de résultat : les moyens techniques employés importent peu, seul compte le produit final.

Si, d'un côté, l'acheteur public acquiert une certaine liberté du fait de l'assouplissement des règles en matière de spécifications techniques, d'un autre côté, il est soumis à de nouvelles contraintes qui ont notamment pour objectif d'ouvrir l'accès à la commande publique aux petits opérateurs économiques. Les rédacteurs du nouveau code ont pris en compte les critiques de ces derniers qui contestaient le recours par les acheteurs publics aux marchés globaux. Cela avait, en effet, pour conséquence d'empêcher les opérateurs susmentionnés de répondre aux avis d'appel à la concurrence puisque, de fait, ils ne détiennent que des compétences spécifiques dans des domaines donnés qui ne leur permettent pas de satisfaire à l'ensemble des prestations demandées par la personne publique.

### **UNE OUVERTURE DE LA COMMANDE PUBLIQUE À UN PLUS GRAND NOMBRE D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES ET NOTAMMENT AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES (PME)**

La principale mesure visant à faciliter l'accès des PME européennes à la commande publique est définie à l'article 10 du code qui érige en principe les marchés à lots séparés dès lors qu'il est possible de diviser un marché en ensembles cohérents.

Par ailleurs, le III de l'article 27 prévoit la possibilité pour un acheteur public de passer des marchés à procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 euros HT, pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de l'ensemble du marché. Pour les marchés de travaux supérieurs au seuil de 5 270 000 euros HT, la valeur de ces "petits lots" est portée à 1 000 000 euros HT avec le maintien de la condition de ne pas excéder 20 % du total du marché.

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

Autre mesure incitative, l'article 48 II relatif à la présentation des offres prévoit que le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises telles que définies par l'article 8 de l'ordonnance no 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou à des artisans.

L'article 52 I du code prévoit également une mesure favorable aux PME. En effet, il précise que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat. Elle ne dispense pas, qui plus est, le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières de ce candidat.

Enfin, l'article 131 du code prévoit que l'observatoire économique de l'achat public produit des données sur la part des marchés attribués aux petites et moyennes entreprises.

*(Cet article a également été publié dans la lettre d'information juridique (LIJ) de décembre 2006).*

## LES GRANDS PRINCIPES DE L'ACHAT PUBLIC

La définition des marchés publics introduite par le code des marchés publics de 2001 n'a été que peu modifiée en 2006 : ce sont tous les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 du code – État, collectivités territoriales, établissements publics – et des opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Seules certaines catégories de contrats, limitativement énumérées, ne sont pas soumises au code (art.3 CMP), par exemple les locations de terrains, de bâtiments, ou lorsqu'il y a recours à un cocontractant sur lequel l'acheteur public exerce un contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services, qui réalise l'essentiel de ses activités pour l'acheteur et qui applique pour ses propres achats le code des marchés.

En conséquence, comme l'expliquait la circulaire n° 2004-166 du 5 octobre 2004 (encart du BO n° 37 du 14/10/2004), tout contrat conclu à titre onéreux par un EPLE pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services est un marché public, quel qu'en soit le montant (dès le 1<sup>er</sup> euro) ou la forme (écrite ou orale) et quel que soit le cocontractant (personne publique ou privée).

En application de l'article 1<sup>er</sup> du code, la commande publique est soumise à :

- ◆ **trois principes généraux** : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures, c'est-à-dire exercice effectif de la concurrence, mise en œuvre à travers d'une part une procédure écrite faisant l'objet de publicité et d'autre part la traçabilité des opérations ; l'importance de ces principes ne doit pas être sous-estimée car ce sont eux qui doivent guider l'ensemble des choix à faire au cours des procédures d'achat ;
- ◆ **deux obligations de résultat** (efficacité de la commande publique et bonne utilisation des deniers publics) ;
- ◆ **quatre obligations de procédure** (définition préalable des besoins, publicité, mise en concurrence et choix de l'offre économiquement la

plus avantageuse). Le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet d'écarter le choix systématique de l'offre la moins élevée. En effet le manuel d'application du CMP précise (point 12.1) que *“la règle du choix du “mieux-disant” plutôt que du “moins-disant” est affirmée (...). L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas, ce qui, bien entendu, ne doit pas conduire l'acheteur à exagérément minorer l'importance du critère prix dans l'analyse des offres”*.

Le non-respect de ces principes et des obligations qui en découlent expose à un risque contentieux non négligeable, en particulier devant le juge administratif, voire devant le juge pénal (cf. encadrés).

### LE CONTENTIEUX DES MARCHÉS PUBLICS

Tous les marchés publics sont des contrats administratifs dont le contentieux relève de la juridiction administrative.

L'article 2 de la loi dite “MURCEF” n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dispose que *“les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs”*. Cette disposition particulièrement importante donne une compétence exclusive au juge administratif pour le contentieux des marchés publics. La clause d'un contrat signé par un EPLE qui prévoirait la compétence du tribunal de commerce serait nulle.

Le non-respect des principes fondamentaux est le motif le plus fréquemment invoqué par les candidats non retenus, en particulier dans le cadre du référé précontractuel, fondé sur l'article L.551-1 du code de justice administrative : ce recours est particulièrement efficace, dans la mesure où le juge peut alors suspendre, voire annuler la procédure pour manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, avant même la signature du contrat.

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

## LE DÉLIT DE FAVORITISME

Début 2005, le ministère de la justice a diffusé une circulaire sur le nouveau code 2004 et le délit de favoritisme. Destinée aux magistrats, cette circulaire est toujours d'actualité avec le nouveau code 2006.

Le délit d'octroi d'avantage injustifié, créé en 1991 et fréquemment qualifié de délit de favoritisme, figure aujourd'hui à l'article 432-14 du code pénal. En vertu de ce texte "*Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique (...) ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, (...) ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.*" Ainsi, la violation d'une règle garantissant la liberté et l'égalité d'accès aux marchés publics peut conduire à une sanction pénale.

La circulaire précise bien entendu qu'aux termes de l'article 432-14 du code pénal, toute violation du code des marchés publics, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats (notamment les règles de publicité et de mise en concurrence), est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (sous réserve que la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction soit apportée); mais elle envisage aussi des poursuites pénales pour le fractionnement illicite d'un MAPA.

S'agissant de l'incidence de la réforme du Code sur la caractérisation du délit, la circulaire indique que le recours injustifié aux marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA), dû à un fractionnement illicite d'une même opération, pourra être poursuivi pénalement. Il en ira de même pour la violation des règles relatives à la publicité des procédures de mise en concurrence.

Le code des marchés publics a soumis les MAPA aux principes généraux de la commande publique – liberté d'accès, égalité de traitement, transparence – mais il n'a pas précisé les obligations découlant de ces principes. Le ministre de la justice précise qu'il est nécessaire d'apprécier, non pas la violation d'obligations formelles et précisément définies par le code, mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public se sera fixées. Il suggère que les principes généraux de la commande publique soient considérés comme respectés dès lors que les modalités de publicité utilisées auront réellement permis une mise en concurrence effective. Encore une fois, le nouveau code 2006 ne remet pas en cause cette position ministérielle.

On pourra également consulter un avis du magistrat chef de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics, rendu après la publication du CMP 2004, qui fait le tour de la question sur le délit de favoritisme et les marchés publics, notamment pour les MAPA. On peut y lire : *“En toute circonstance, c'est le traitement inégalitaire des candidats, à quelque niveau que ce soit de la mise en concurrence, qui est susceptible de constituer le délit. Des informations plus précises données à l'un des candidats, des délais plus longs pour déposer son offre, une négociation inégalitaire ou le fait d'avoir retenu une entreprise dont la proposition, par rapport à une autre, était moins intéressante, sont constitutifs du délit de favoritisme.”*

## COMMENT S'ORGANISER ?

### LE NIVEAU D'ÉVALUATION DES BESOINS

En tout premier lieu, il convient de déterminer le niveau adéquat d'évaluation des besoins. Il est ainsi possible qu'un organisme public soit constitué de plusieurs sous-ensembles au niveau de chacun desquels les besoins sont évalués et les seuils des procédures applicables appréciés en conséquence. Ce choix de l'existence de plusieurs niveaux d'évaluation des besoins doit être justifié par des éléments objectifs (point 4.5 du manuel d'application). Il ne doit pas avoir pour effet de soustraire les marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du code.

Cette disposition concerne plus particulièrement les grands établissements (EPN, universités) que les EPLE.

### LES SEUILS DÉTERMINENT LE CHOIX DES PROCÉDURES D'ACHAT

C'est ensuite l'évaluation du montant des besoins, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est fait appel et le nombre de marchés à passer, qui doivent être confrontés aux seuils fixés par l'article 26 du CMP, à partir desquels il faut recourir à une procédure formalisée (\*) : 135 000 euros pour l'État et ses établissements, 210 000 euros pour les collectivités territoriales et les EPLE.

Pour les *travaux*, qui concernent peu les EPLE, c'est la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, opération qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages, qui doit être prise en compte. Ces notions sont définies au point 7.1 du manuel d'application.

Pour les *fournitures et services*, l'évaluation des besoins fait appel aux notions d'homogénéité et d'unité fonctionnelle.

La notion d'unité fonctionnelle renvoie à une opération autonome et particulière, qui suppose une pluralité de services ou de fournitures concourant

(\*) Certaines dérogations sont prévues : les marchés de services relevant de l'article 30, les marchés négociés passés dans les conditions prévues au II de l'article 35 ou si les circonstances le justifient.

à un même objet : il peut s'agir, par exemple, du réaménagement complet de salles spécialisées, de l'organisation d'une manifestation, etc.

En règle générale, il est fait référence aux fournitures et services homogènes : la circulaire d'application (point 7.2) précise que *“l'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre, et qu'il lui appartient d'apprécier en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action. (...) Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats selon une typologie cohérente avec leur activité”*. C'est le premier objectif de l'élaboration de l'état prévisionnel de la commande publique (EPCP).

Pour les besoins réguliers, c'est le montant évalué pour une année qui doit être pris en compte, même si le marché est conclu pour une durée inférieure à un an.

De même, si l'achat est réalisé par lots (ce qui est dorénavant la règle, lorsque l'objet du marché permet d'identifier des prestations distinctes, art. 11 du CMP), c'est la valeur globale estimée de la totalité de ces lots qui est comparée aux seuils.

## **L'ÉTAT PRÉVISIONNEL DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

Le choix de la procédure à mettre en oeuvre se détermine en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder en amont à une définition précise des besoins. De cette phase préalable essentielle dépend, d'une part, le choix de la procédure et, d'autre part, la réussite ultérieure du marché. Une bonne évaluation des besoins n'est pas simplement une exigence juridique mais c'est d'abord une condition impérative pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques.

Il revient à l'acheteur public de déterminer pour ses achats de fournitures et de services des “catégories homogènes” (définies au regard de leur nature) ou des “unités fonctionnelles” (déterminées en fonction de leur destination) en tenant compte des particularités de son activité et de la réalité du marché : ces éléments constitueront la nomenclature de l'EPL. Il convient de ne pas tricher et de ne pas diviser à l'excès les catégories pour en diminuer artifi-

ciellement le montant ; l'établissement devra veiller à ce que la délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services n'ait pas pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables. Il n'y a pas de nomenclature "officielle" pour les EPLE, mais des modèles sont proposés sur plusieurs sites (académies, gestionnaires, idaf). Cf. également sur ce point OE n° 26 (pages 8 à 11) ainsi que le séminaire du réseau Conseil d'octobre 2006.

### DES MARCHÉS D'UNE DURÉE ADAPTÉE

C'est le Conseil d'État qui a jugé (arrêt n° 205143 du 29 novembre 2000, Commune de Païta) qu'une clause de tacite reconduction portait atteinte au principe de mise en concurrence : *"considérant qu'une clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passé qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soient respectées de telles obligations ; qu'une telle clause ne peut être que nulle, de sorte qu'un contrat passé en application de cette clause, qui a été conclu selon une procédure irrégulière, est également nul"*.

Ainsi, même si le code ne fixe pas de limite à la durée des marchés (sauf dans certains cas : les marchés à bons de commande sont conclus pour 4 ans au maximum), il est de l'intérêt de l'acheteur de fixer une durée tenant compte de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, tout particulièrement lorsque les fournitures ou les services connaissent de fortes évolutions technologiques (informatique, par exemple).

Par ailleurs, les reconductions ne sont admises que si les caractéristiques du marché restent inchangées et à la condition que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises. Ainsi, un marché conclu sur 4 ans pour 60 000 euros annuels nécessitera de mettre en oeuvre une procédure formalisée.

Enfin, la reconduction ne peut désormais résulter que d'une décision écrite du pouvoir adjudicateur (art. 16 CMP).

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

## LES ACTEURS DE L'ACHAT PUBLIC EN EPLE

Conformément à l'article 8-1°-h du décret n° 85-924 du 30 août 1985 modifié, le **chef d'établissement** est la personne chargée juridiquement de mettre en œuvre les procédures de marchés, antérieurement désignée *personne responsable du marché* (PRM), formulation abandonnée par le CMP 2006.

Le chef d'établissement peut cependant déléguer la signature des marchés car le décret prévoit, dans son article 10, que le chef d'établissement peut déléguer sa signature à son adjoint ou au gestionnaire. Comme le rappelle la circulaire n° 2005-156 du 30 septembre 2005, la délégation doit définir précisément l'étendue des compétences déléguées, étant précisé que la délégation de signature ne fait pas perdre à son auteur l'exercice de sa compétence (elle a pour objet de le décharger d'une partie de sa tâche matérielle). L'acte portant délégation doit être publié pour être exécutoire : l'affichage sur les panneaux destinés à l'information des usagers peut constituer une modalité de publication suffisante.

Avant d'être signés, les marchés des EPLE requièrent une autorisation préalable du **conseil d'administration**, en application des articles 8 et 16 du décret du 30 août 1985. Toutefois, des éléments de souplesse ont été introduits en 2004 ; dorénavant, le chef d'établissement peut conclure sans autorisation préalable du CA les marchés :

- ◆ qui figurent sur un état prévisionnel de la commande publique annexé au budget (ou à une décision budgétaire modificative) ;
- ◆ qui s'inscrivent dans le cadre d'une décision modificative dont l'objet est l'inscription au budget de dépenses nouvelles financées par des ressources affectées non inscrites au budget initial (DBM relevant de la compétence du chef d'établissement) ;
- ◆ qui se rattachent à des opérations de gestion courante dont le montant est inférieur à 5 000 euros HT, ou à 15 000 euros HT pour les travaux et les équipements, en cas d'urgence. La circulaire n° 2004-166 du 5 octobre 2004 précise que la gestion courante recouvre les fournitures non immobilisées ainsi que les prestations de service telles que, par exemple, la réparation inopinée d'équipements de sécurité ou de matériels informatiques

et qu'il revient au chef d'établissement de certifier, sous sa responsabilité, que l'urgence justifie bien la passation d'un marché.

Par ailleurs, la passation des conventions et des contrats fait partie des compétences que le CA peut déléguer à la **commission permanente**, éventuellement en en précisant les limites (nature, montant).

La réunion d'une **commission d'appel d'offres** (CAO) est obligatoire pour les marchés formalisés. Pour les MAPA particulièrement importants pour l'établissement (nature ou montant), la réunion d'une commission de choix peut aussi s'avérer pertinente. On veillera cependant, même si l'on souhaite "s'inspirer" des procédures formalisées, à ne pas s'y référer expressément, faute de quoi il faudrait en respecter toutes les règles.

Le conseil d'administration détermine la composition de la ou des commission(s) d'appel d'offres. La CAO est composée du chef d'établissement ou son représentant, président, et deux à quatre membres du CA, élus par celui-ci (article 22-I-6° du CMP), ainsi qu'autant de suppléants.

Il appartient à la CAO de désigner son représentant à la commission d'appel d'offres des groupements de commandes auxquels l'EPLA adhère.

### **FAUT-IL UN RÈGLEMENT INTERNE ?**

Les avis sont partagés.

L'adoption d'un règlement interne des marchés consiste à fixer des règles de procédure pour les MAPA (pour les marchés formalisés, elles sont fixées par le CMP). Il s'agit notamment de fixer les modalités de mise en concurrence jusqu'à certains seuils, par exemple 20 000 euros, 50 000 euros et 90 000 euros.

Son adoption par le conseil d'administration conduit à mettre en place une réglementation à laquelle chacun devra se soumettre. Cette démarche peut être utile dans les grands établissements, afin de garantir l'homogénéité des démarches et le respect d'une mise en concurrence effective.

Ces règles peuvent toutefois s'avérer contraignantes dans la mesure où elles ne pourront être modifiées que par un nouveau vote du CA. D'autre part, le montant de la commande (prévisionnel) peut être différent du montant de la facture définitive. Comment être certain lors du lancement d'un achat que l'estimation sera exacte ? Comment gérer l'urgence, l'imprévu ? Peut-on

à l'avance déterminer des règles qui doivent être adaptées non seulement au montant, mais aussi à la nature et aux circonstances de l'achat (art. 28 CMP) ?

La solution peut aussi se situer entre ces deux extrêmes : pas de guide rigide enfermant l'acheteur dans un carcan ne lui laissant pas les marges de manœuvre ou d'appréciation indispensables, mais un canevas de référence, non obligatoire, pour assurer le respect des règles de base posées par le code.

Une fois les seuils fixés, chaque EPLE établira son canevas en fonction de sa spécificité et en utilisant les possibilités suivantes :

- ◆ consultation de catalogues ;
- ◆ consultation d'un nombre réduit d'entreprises connues du service pour les achats de faible montant (problème de la fixation de ces montants), pour les achats répondant à un besoin ne pouvant faire l'objet d'une prévision, pour les achats répondant à un facteur d'urgence ;
- ◆ envoi d'un avis de consultation à plusieurs entreprises : envoi large par lettres ou courriels après établissement d'une liste de diffusion en début d'année ;
- ◆ technique de l'avis de consultation pour l'année : l'établissement dresse une liste de candidats retenus pour une prestation donnée, puis, en cours d'année, les consulte à chaque projet ;
- ◆ utilisation d'un site Internet avec la mise en ligne des projets en cours, à condition que l'utilisation du site soit annoncée par un avis annuel dans un journal d'annonces légales ;
- ◆ insertion dans la presse lorsque le coût de cette publication ne dépasse pas de l'ordre de 3 % le montant du marché ;
- ◆ le recours à une centrale d'achat, qui permet à l'établissement d'éviter le lancement de ses propres consultations : l'UGAP est actuellement la seule centrale d'achat répondant aux conditions fixées à l'article 5 de l'ordonnance n° 2005-649 du 29 juin 2005, qui dispense des procédures de mise en concurrence et de publicité (art. 31 CMP) ;
- ◆ le recours à un groupement de commandes : l'achat groupé, défini à l'article 8 du CMP, permet de mutualiser les moyens et d'obtenir de meilleures conditions économiques pour les achats récurrents ; la nouvelle procédure de l'accord-cadre peut s'avérer un choix particulièrement pertinent pour un groupement d'acheteurs, chacun pouvant conclure par la suite les marchés qui le concernent, adaptés à des spécificités non définies dans l'accord-cadre préalable.

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

## LES ACHATS FRACTIONNÉS

Lorsqu'un EPLE ne peut prévoir dans un marché, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire pour une catégorie homogène de son EPCP et si l'estimation de cette catégorie pour une année de fonctionnement dépasse le seuil de 4 000 euros hors taxes, il peut avoir recours à un marché à bons de commande (article 77 du CMP) ou, dorénavant à un accord-cadre (nouveau dispositif décrit à l'article 76 du CMP).

Les accords-cadres, bien qu'entièrement soumis aux règles du CMP, ne sont pas à proprement parler des marchés publics. Ce sont des contrats publics conclus entre un pouvoir adjudicateur et "*des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée*". La conclusion d'un accord-cadre permet donc de séparer la procédure de choix des fournisseurs de celle de l'attribution effective des marchés. C'est en ce sens qu'il se distingue du marché à bons de commande où les achats ne sont que l'exécution effective du marché préalablement conclu.

Il paraît difficile d'établir une règle intangible sur un tel choix ; c'est chaque

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

## ACCORD-CADRE OU MARCHÉ À BONS DE COMMANDE ?

pouvoir adjudicateur qui doit être à même de définir quelle est la meilleure procédure par rapport aux catégories de son EPCP, elles-mêmes déterminées par rapport aux caractéristiques propres de chaque EPLE.

Ce choix, crucial en terme d'efficacité de la commande publique, est loin d'être aisé, a priori, et c'est l'expérience et le recul qui permettront de mieux l'appréhender, notamment par rapport à l'accord-cadre, qui correspond à une procédure nouvelle.

On peut néanmoins essayer de donner quelques pistes qui permettront, peut-être, d'éclairer ce choix.

Comme les marchés à bons de commande, les accords-cadres peuvent être passés selon une procédure adaptée si le montant global estimé est inférieur aux seuils des procédures formalisées, ce en quoi ils peuvent intéresser les EPLE où les marchés à procédure adaptée (MAPA) sont la règle et les marchés formalisés l'exception.

Même si réglementairement rien ne s'y oppose, il ne paraît pas opportun de signer un marché à bons de commande sur plusieurs années (le CMP prévoit quatre années au maximum), compte tenu du fait qu'il s'exécute sans négociation, ni remise

en concurrence préalable, sauf cas particuliers. En effet, les conditions économiques étant définies dès la conclusion du marché, il n'est pas certain que cela permette d'assurer de façon optimale *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics*.

Aussi, lorsque le pouvoir adjudicateur veut s'engager sur plusieurs années, l'accord-cadre semble plus approprié dans la mesure où une mise en concurrence est faite à chaque fois, soit lors de la survenance du besoin, soit selon la périodicité prévue. On peut donc, par exemple, conclure un accord-cadre de quatre ans prévoyant un marché à bons de commande annuel. Cela permet de ne pas refaire toute une procédure de passation tous les ans. Par contre, cela a l'inconvénient de fermer le marché à d'éventuels nouveaux fournisseurs puisque seuls ceux ayant signé l'accord-cadre pourront faire une offre.

On peut également considérer que le *marché à bons de commande* est plus adapté pour des besoins dont on est certain qu'ils surviendront mais dont on n'est pas en mesure de déterminer à l'avance les quantités avec exactitude ou de les réaliser en une seule fois (problème de stockage par exemple). Dans un EPLE, ces

besoins peuvent être par exemple les denrées alimentaires, les fournitures de bureau, les produits d'entretien... De plus, compte tenu du fonctionnement des EPLE et notamment par rapport à l'EPCP qui est annexé au budget, il semble préférable de conclure ces marchés pour une année civile.

L'accord-cadre, lui, sera plus adapté pour des besoins probables mais dont on n'est pas certain qu'ils surviendront, comme, par exemple, certains travaux ou réparations. Dans de tels cas, et en dehors des cas d'urgence impérieuse qui dispensent de tout formalisme, avoir conclu un accord-cadre pourrait permettre une réactivité accrue tout en évitant une procédure complète de passation d'un marché et tout en respectant le CMP. Cela pourrait se concrétiser, par exemple, par une simple demande de devis aux prestataires retenus dans l'accord-cadre et une attribu-

tion à l'offre économiquement la plus avantageuse. En termes de délai, cela peut donc être beaucoup plus rapide qu'un MAPA "classique".

Attention toutefois au fait que l'accord-cadre n'est pas un marché public mais un contrat public déterminant les caractéristiques principales des marchés passés ultérieurement : il ne peut donc pas être signé par le chef d'établissement dans le cadre de la délégation qu'il a reçu du conseil d'administration pour la signature des marchés prévus à l'EPCP. En conséquence, il doit être approuvé par le CA, ou par la commission permanente si elle a reçu délégation. En revanche, les marchés conclus en application de l'accord-cadre et dont le montant est prévu dans l'EPCP pourront être signés sans accord préalable du CA.

\* \* \* \* \*

L'organisation est bien en place, les besoins ont été évalués et sont maintenant précisément définis, le choix préalable entre accord-cadre ou marché à bons de commande est effectué : le pouvoir adjudicateur doit déterminer les modalités de la procédure, qui garantiront le respect des principes fondamentaux.

## TRANSPARENCE ET TRAÇABILITÉ

Quels que soient le formalisme et la procédure adoptés, il faut insister sur la nécessité de garder la *preuve écrite* de toutes les étapes qui ont permis de guider les choix effectués tout au long de la procédure. La traçabilité est le seul moyen de justifier si nécessaire, auprès du juge administratif (contentieux), du juge financier (contrôle de gestion), voire du juge pénal, que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ont été continuellement respectés.

En effet, le premier principe à garder à l'esprit est que la liberté de définir la procédure de son choix dans le cas des MAPA ne signifie pas que l'on ne risque pas à un moment ou à un autre de devoir justifier les raisons des choix qui ont été faits. La spécificité de la procédure adaptée tient justement au fait que l'on ne peut se retrancher derrière le simple respect d'une procédure, mais qu'il convient au contraire d'être en mesure de justifier ses choix. Certains disent même non sans raison que, de ce fait, un marché en procédure adaptée est plus difficile à mener à bien qu'une procédure décrite précisément par le code. À chaque étape de la procédure, à chaque choix effectué, il convient de se poser la question : comment pourrai-je justifier le choix que j'ai fait en cas de contestation ?

Le deuxième principe découle du premier : pour pouvoir justifier des choix, il convient de conserver tout document permettant de démontrer que les choix faits correspondent à ce qui paraît le plus rationnel. C'est le principe de transparence et de traçabilité. Il est donc recommandé aux acheteurs publics de conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire et d'être en mesure de le communiquer. Bien évidemment, la justification des choix opérés sera d'autant plus aisée qu'aura été respecté tout au long de la procédure un strict principe d'égalité de traitement entre les candidats, aussi bien dans les délais, dans l'information communiquée, dans l'expression des besoins, dans la communication des modifications éventuelles des besoins, dans les relations entretenues entre chacun des candidats, dans les critères de choix... Il est évident qu'il convient de conserver toutes les pièces attestant de la réalité de la mise en concurrence et de la publicité (lettres, demandes de devis, photocopies des catalogues, réponses des entreprises, attestations Internet, etc.) et de les archiver avec le double du bon de commande du marché concerné.

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

Enfin, il ne faut pas oublier que c'est de la qualité de l'information préalable, de la diffusion ou communication de cette information, bref, de la publicité des besoins, que découleront de bonnes conditions de concurrence et l'adaptation des offres au besoin exprimé.

La procédure adaptée offre donc de nombreuses possibilités et n'interdit pas la négociation qui constitue un élément décisif de la qualité de l'achat public.

### **LA PUBLICITÉ PRÉALABLE À LA PASSATION DU MARCHÉ**

**Sous le seuil de 4 000 euros HT**, le code (art.28 CMP) dispense les acheteurs de mise en concurrence et de publicité, celle-ci pouvant devenir, s'agissant d'achats d'un très faible montant, un élément d'alourdissement et de dépense inutile. Ces petits achats doivent néanmoins respecter les principes fondamentaux d'égalité et de transparence qui régissent la commande publique.

Le respect de ces principes s'apprécie à travers le comportement de l'acheteur public qui, dans un souci de bonne gestion, procédera en règle générale à l'examen de plusieurs devis.

**À partir de 4 000 euros et jusqu'à 90 000 euros HT**, le code impose de procéder à une publicité et à une mise en concurrence *adaptées*. Les choix relèvent de la responsabilité de l'acheteur, mais si les marchés ne sont soumis à aucune des procédures formalisées définies par le code, cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont passés de gré à gré.

L'acheteur est tenu au respect des principes fixés à l'article 1<sup>er</sup> du code pour déterminer la procédure à mettre en œuvre. Il appartient au responsable des marchés de l'EPL de définir lui-même une démarche permettant de constater à l'issue de la procédure que l'achat a été réalisé dans des conditions satisfaisantes de transparence, compte tenu de son montant et de la nature des prestations en cause.

Ce sont des règles de bon sens qui doivent s'imposer : il est évident que plus les montants sont élevés, plus l'exigence de respect de ces principes est importante et plus la publicité devra être large. Par ailleurs, le mode de publicité retenu doit être adapté non seulement au montant, mais aussi à

l'objet (nature, complexité), au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l'urgence du besoin.

L'important est donc que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même d'informer tous les prestataires potentiels, afin de susciter la concurrence nécessaire.

### ***Le choix du support***

Ainsi, pour un achat d'un montant significatif, il convient de préférer le support de presse écrite le plus diffusé, ayant un large lectorat et le plus à même d'assurer un maximum de candidatures, compte tenu de l'objet du marché. Le bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) est généralement considéré comme assurant une publicité suffisante ; en revanche, le caractère local d'une publication, même s'il s'agit d'un JAL (journal habilité à recevoir des annonces légales), peut susciter des contestations, le juge ayant toujours sanctionné le recours au localisme géographique comme critère de sélection.

La circulaire d'application (point 8.2) précise cependant que les choix de procédure doivent être guidés par l'équilibre économique général de l'opération, l'investissement consacré à la publicité ne devant pas constituer un élément significatif de surcoût. Pour les achats d'un montant modeste, l'affichage, ou le recours à un support Internet, tel que proposé par certains rectorats et diverses associations, peut être suffisant si l'établissement a procédé préalablement à une information générale des candidats potentiels sur son intention de publier ses avis par ce moyen.

### ***Le contenu***

La publicité doit informer précisément les fournisseurs et prestataires potentiels, dans des conditions de stricte égalité, de la nature et de l'étendue des prestations à satisfaire, des critères de choix, du lieu de livraison ou d'exécution et du délai de remise des offres ; il est possible de s'inspirer des principales rubriques prévues pour les marchés formalisés par l'arrêté du 28 août 2006 (JO du 29 août). Dans le cadre d'un MAPA, le règlement de la consultation (art.42 CMP) peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

L'acheteur veillera par ailleurs à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer. Une publicité adaptée qui fixerait un délai de récep-

tion des offres trop court risquerait de réduire la diversité des offres et pourrait donc être considérée comme insuffisante au regard des principes de transparence et d'égalité de traitement. Un délai minimal de 10 jours semble correct pour un "petit" MAPA sans complication. C'est pourquoi l'Internet est bien adapté car il permet de gagner du temps au niveau de la publication des marchés, de leur notification et aussi de mettre à disposition des entreprises les documents de la consultation (en fichier joint) et d'organiser éventuellement la réception des candidatures et des offres par la même voie.

**À partir de 90 000 euros HT**, la procédure reste adaptée et définie librement par l'acheteur public, mais les modalités de publication des marchés sont fixées par l'article 40 du CMP : un avis d'appel public à concurrence, conforme à l'arrêté du 28 août, doit être publié au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales, obligation à laquelle l'acheteur peut ajouter une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné.

**Au-delà de 210 000 euros HT** pour les fournitures et services (5,27 millions d'euros HT pour les travaux), s'ajoute une publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

#### PREUVES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PUBLICITÉ

Quel que soit le montant du marché, l'acheteur devra justifier que son choix des modalités de publicité a permis de respecter les principes et obligations définis à l'article 1er du code. L'acheteur conservera la trace de ses démarches (préférer donc les échanges par fax ou courriel au téléphone) : *"Pour prouver, si nécessaire, qu'il a pris toute mesure pour susciter une réelle mise en concurrence, l'acheteur pourra produire divers justificatifs : envoi des publicités, documents d'affichage, justificatifs de mise en ligne ou demandes de présentation des devis"* (manuel d'application, point 8.2).

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

## LA DÉFINITION DES CRITÈRES DE CHOIX

Le critère du prix constitue souvent la première justification du choix et, s'il n'y a qu'un critère, ce sera obligatoirement celui-ci. Cependant, il est recommandé d'utiliser une pluralité de critères : l'article 53 du code cite notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût global d'utilisation, le service après-vente et l'assistance technique, les performances en matière de protection de l'environnement, etc. Les critères retenus doivent être liés à l'objet du marché et ne présenter aucun caractère discriminatoire (implantation géographique par exemple).

La pondération des différents critères (ou leur hiérarchisation si la pondération n'est pas possible) n'est obligatoire que pour les marchés formalisés, mais elle est en tout état de cause à recommander également pour les MAPA afin de fonder le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sur des éléments parfaitement objectifs.

Les critères de choix font partie des éléments d'information qui doivent être portés à la connaissance des candidats potentiels : ils seront donc définis en même temps que les besoins et précisés dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de la consultation.

## L'INFORMATION DES CANDIDATS NON RETENUS

Pour les mêmes raisons de transparence et d'égalité de traitement, les candidats dont la candidature ou l'offre a été écartée doivent en être informés. Un délai de 10 jours est prévu par l'article 80 du code, entre l'information des candidats rejetés et la signature du marché ; il n'est obligatoire que pour les marchés formalisés, mais il est fortement recommandé de le respecter compte tenu du risque de recours en référé précontractuel pour les MAPA d'un montant important.

De plus, en application de l'article 83, le pouvoir adjudicateur doit communiquer à tout candidat écarté qui en fait la demande écrite, dans les quinze jours suivant sa réception, les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

Il est cependant interdit de communiquer des informations qui violeraient le secret industriel et commercial, seraient contraires à l'intérêt public ou nuiraient à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. Les avis publiés par la CADA (commission d'accès aux documents administratifs) facilitent la distinction entre documents communicables ou non.

CADA : <http://www.cada.fr>

### L'ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

Le cocontractant a été choisi, les candidats non retenus ont été informés, reste à "formaliser" le marché. Les modalités seront différentes en fonction de son montant et de la nécessité ou non d'une délibération préalable du conseil d'administration, ou de la commission permanente si elle a reçu délégation.

**Les marchés passés selon la procédure adaptée**, qui constituent le mode d'achat courant des EPLE, n'ont pas à être soumis à la délibération du conseil d'administration dès lors qu'ils figurent dans un EPCP ou qu'ils relèvent d'un des autres motifs précédemment rappelés (ressource affectée, urgence). Par ailleurs, les marchés non formalisés n'ont pas à être transmis à l'autorité chargée du contrôle de légalité pour être exécutoires. La seule obligation consistera à informer le conseil d'administration, lors de sa plus proche réunion, des marchés conclus sans autorisation préalable et à tenir à la disposition des membres du conseil les documents y afférents (article 8 du décret n° 85-924 du 30 août 1985).

Lorsque la signature du contrat requiert l'autorisation de l'instance délibérative, notamment en l'absence d'EPCP, ou en cas de dépassement des montants qui y sont prévus, ce n'est que lorsque la délibération aura été rendue exécutoire, 15 jours après sa transmission à l'autorité de contrôle, que le marché pourra être signé. Il en ira de même pour les marchés dont l'exécution se déroule sur plusieurs exercices budgétaires, qui ne peuvent être prévus dans l'EPCP annexé au budget, ce dernier étant par nature annuel.

**Si le montant du marché n'est pas prévu dans l'EPCC et qu'il atteint le seuil des marchés formalisés**, la procédure se déroule en quatre temps et en deux actes, en application de l'article L 421-14 du code de l'éducation et des articles 8 et 33-1 du décret n° 85-924 du 30 août 1985.

**Premier temps** : l'acte du conseil d'administration autorisant la signature du marché est transmis à l'autorité de contrôle (représentant de l'État ou, par délégation, l'autorité académique). L'acte est exécutoire quinze jours après sa transmission. L'autorité de contrôle, peut saisir, dans un délai de deux mois, le tribunal administratif d'une demande d'annulation. Elle peut également demander, dans le cadre d'une démarche amiable préalable au déféré juridictionnel, que le conseil d'administration délibère une seconde fois pour retirer sa délibération entachée d'illégalité.

**Deuxième temps** : une fois le délai de 15 jours écoulé après transmission, le chef d'établissement publie l'acte du conseil d'administration, par exemple en l'affichant dans un lieu public de l'établissement. À défaut de publication, le délai de deux mois durant lequel l'acte peut être contesté devant la juridiction administrative ne court pas et un recours pourrait alors être déposé sans limite de date. Une fois publié, l'acte du conseil d'administration est exécutoire.

**Troisième temps** : une fois la délibération du conseil d'administration exécutoire, l'acte du chef d'établissement (décision de signer le marché), accompagné du rapport de présentation et des pièces énumérées à l'article R.2131-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT), est transmis à l'autorité de contrôle. Celle-ci dispose là encore d'un délai de deux mois pour demander le retrait de la décision ou pour la déférer devant la juridiction administrative en demandant un sursis à exécution.

**Quatrième temps** : une fois l'acte transmis, désormais immédiatement exécutoire, le chef d'établissement peut signer le contrat puis le notifier à son destinataire.

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

## LA NOTIFICATION

Conformément à l'article 81 du CMP, les **marchés publics d'un montant supérieur à 4 000 euros HT** doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution. Ils sont également passés sous forme écrite : cette obligation a été introduite par l'article 11 du CMP 2006 ; préalablement, la forme écrite n'était exigée qu'à partir des seuils des marchés formalisés.

Interrogé sur la forme de cette notification écrite, le ministère des finances a donné les précisions suivantes : *“l'article 11 du CMP, dans sa rédaction issue du décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006, prévoit que les marchés (...) d'un montant égal ou supérieur à 4 000 euros HT sont passés sous forme écrite. Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges, en sont les pièces constitutives. La forme du contrat écrit est donc libre s'agissant des marchés conclus au terme d'une procédure adaptée. Pour des achats courants ou de faible montant, le contrat peut prendre la forme d'un échange de lettres ou de courriers électroniques, d'un devis ou d'une proposition financière écrite suivi(e) d'un bon de commande, l'accord de volonté des deux parties pouvant résulter de documents séparés. Pour des achats dont il faudra préciser les caractéristiques, rédiger des spécifications, définir des règles de sécurité, prévoir des clauses de propriété intellectuelle ou toute autre prescription administrative ou technique, un cahier des charges pourra être élaboré, soit avant d'engager la procédure de passation, soit à la suite de la procédure après négociation avec les candidats. L'accord de volonté des deux parties devra être concrétisé par une signature conjointe de ce document. En d'autres termes, ces contrats seront, en pratique, adaptés à leurs enjeux. De plus, même si le code des marchés publics ne l'impose pas, un acte d'engagement peut être signé des deux parties”*.

A contrario, les marchés **qui ne dépassent pas 4 000 euros HT** peuvent être oraux. Toutefois, il est des cas dans lesquels, même en dessous de ce montant, un contrat est nécessaire (cf. contrôles du comptable en encadré).

## QUELS CONTRÔLES LE COMPTABLE DOIT-IL OPÉRER ?

Pour ses contrôles dans le domaine de la dépense, le comptable public se réfère d'abord aux articles 12B et 13 du décret du 29 décembre 1962, puis, pour un EPLE, à la liste des pièces justificatives, qui figure en annexe de l'article D.1617-19 du CGCT : les pièces qui doivent être produites par l'ordonnateur à l'appui d'un mandat portant sur un marché figurent au sein du paragraphe 41, qui distingue les marchés passés sans formalités préalables (§411), aujourd'hui qualifiés de MAPA conformément à l'article 26-VII du CMP, les marchés formalisés (§412), les paiements dans le cadre d'un groupement de commandes (§413), à l'UGAP (§414), etc.

C'est sous la seule responsabilité de l'ordonnateur que la dépense est présentée comme relevant d'un MAPA ou d'un marché formalisé : il n'appartient donc en aucun cas au comptable de vérifier la validité de la procédure ou la réalité de la mise en concurrence.

Pour ce qui concerne les MAPA, plusieurs seuils sont à prendre en compte.

- ▶ **Jusqu'à 230 euros**, la production d'une facture n'est pas exigée (arrêté du 27 février 1989, modifié par arrêté du 3 septembre 2001) : le détail des travaux, fournitures ou services est alors indiqué dans le corps même du mandat ou sur un état joint, établi et certifié par l'ordonnateur.
- ▶ À partir de ce montant et **jusqu'à 4 000 euros HT**, le marché peut être oral et une simple facture suffit pour payer. Cependant, le renvoi (6) du §4112 détaille les cas où un contrat écrit doit être produit à l'appui du mandat, en particulier lorsque la facture fait référence à un contrat écrit, ou dans le cas du versement d'une avance (obligatoire pour les commandes de plus de 50 000 euros HT - art.87 CMP) ou d'un acompte.

► Enfin, **les marchés d'un montant supérieur à 4000 euros HT** doivent dorénavant (cf. page 28) être passés sous la forme écrite. Conformément au B de l'annexe G de l'article D.1617-19 du CGCT, ce document, quelle qu'en soit la forme (devis, proposition de prix, bon ou lettre de commande, contrat), doit mentionner l'identification des parties contractantes, la définition de l'objet du marché, le prix ou les modalités de sa détermination et les conditions de règlement. Il sera joint au paiement à titre de pièce justificative, en plus de la facture (§ 4112).

Par ailleurs, la note (5) du §411 précise que "Les approbations requises, le cas échéant, par les textes institutifs des établissements publics locaux auprès d'organes délibérants ou non doivent être produites dans les formes prévues par ceux-ci."

Il est donc indispensable, pour le comptable, de disposer d'un EPCP joint au budget et, le cas échéant, des EPCP modifiés en cours d'exercice, ou d'une attestation de l'ordonnateur en cas d'urgence ou d'utilisation de ressources affectées. Dans ce dernier cas, il s'agit de crédits dont l'EPLÉ doit faire un usage spécifique, défini par le bailleur de fonds, et dont la recette n'est définitivement acquise à l'établissement que lorsque celui-ci a effectué la dépense correspondante.

En dehors de ces cas (EPCP - urgence - ressources affectées), l'ordonnateur doit joindre au mandat la délibération l'autorisant à signer le marché, du conseil d'administration ou de la commission permanente si elle a reçu délégation du conseil d'administration en la matière, faute de quoi le comptable doit suspendre le paiement.

En revanche, le comptable n'a en aucune façon à s'assurer du respect des procédures de passation des marchés ni de l'imputation correcte des dépenses dans les lignes de la nomenclature marchés publics adoptée par l'établissement qui relèvent de la seule responsabilité de l'ordonnateur.

Outre ses contrôles habituels (exacte imputation budgétaire et comptable de la dépense, disponibilité des crédits, ...), son contrôle sur l'EPCP consiste exclusivement à vérifier que l'ordonnateur n'a pas excédé les limites de l'autorisation donnée par le conseil d'administration, concrètement à s'assurer que le montant total mandaté pour chaque ligne de la nomenclature n'a pas dépassé le montant prévu par l'EPCP. C'est en ce sens que l'application GFC a été adaptée en 2006.

## LA PUBLICITÉ POSTÉRIEURE À LA PASSATION DES MARCHÉS

Les marchés d'un montant supérieur à 210 000 euros donnent lieu à un *avis d'attribution* (art.85 CMP) publié dans les mêmes conditions que l'avis d'appel public à concurrence.

Par ailleurs, conformément à l'arrêté du 11 décembre 2006 (JO du 19 décembre), les marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros HT font l'objet d'un *recensement* exercé par l'Observatoire économique de l'achat public.

Le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie a mis en ligne un guide du recensement et une fiche qui, à terme, sera dématérialisée. Il appartient à l'acheteur public d'envoyer cette fiche sur support papier à l'Observatoire, placé auprès de la direction des affaires juridiques du MINEFI.

Enfin, toujours dans un objectif de transparence, les arrêtés du 27 mai 2004 et du 8 décembre 2006 imposent la *publication de la liste des marchés* conclus l'année précédente par les personnes publiques.

Pour les marchés passés en 2006, cette obligation concerne les marchés supérieurs à 20 000 euros HT (publication : 1<sup>er</sup> trimestre 2007) ; ce montant sera de 4 000 euros HT pour les marchés passés en 2007 (publication : 1<sup>er</sup> trimestre 2008). La publication de cette liste se fait par type de marchés (travaux, fournitures et services) et par tranche de prix. Elle doit comporter au moins les mentions suivantes : objet et date du marché, nom de l'attributaire et code postal.

Le support étant choisi par l'acheteur, l'affichage ou l'utilisation d'un site Internet est le choix le plus judicieux.

**Code des marchés publics** : annexe au décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006

**Manuel d'application** : circulaire du 3 août 2006  
(le code et le manuel ont été publiés simultanément au JORF du 4 août)

Sites Internet

MINEFI

[http://www.finances.gouv.fr/themes/marches\\_publics/index.htm](http://www.finances.gouv.fr/themes/marches_publics/index.htm)  
(réglementation, formulaires, outils d'aide et d'application)

Cellule d'information juridique aux acheteurs publics locaux

[http://www.colloc.minefi.gouv.fr/colo\\_struct\\_marc\\_publ/cell\\_info.html](http://www.colloc.minefi.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/cell_info.html)  
(réponse à toute question relative à la passation des marchés publics)

MENESR (DAF) : <http://idaf.pleiade.education.fr>

Nom d'utilisateur : ven - Mot de passe : zen

Rubrique EPLE/Commande publique

(Codex CMP : accès direct à tous les textes, jurisprudences, etc.)

Sites de gestionnaires et d'associations :

<http://perso.orange.fr/gestionnaires03/index.html>

<http://www.apasp.com>

<http://www.aji-france.com>

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007

Nous tenons à saluer ceux qui ont contribué à la réalisation de ces Cahiers détachables, en les remerciant vivement.

**Bernard Blanc, Freddy Manelphe, Bernard Masson, gestionnaires comptables, David-Olivier Comte (CROUS de Dijon) et Chantal Verschuren (DAJ)**

Conception graphique : Patricia Valency-Lagarde - Claudine Forgerit

Objectif Établissement, *Cahiers détachables*, hiver 2007