

Une nouvelle étape de la réforme de la commande publique : le décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015

Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics parachève la réforme du droit des marchés publics entamée par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015

Il constitue le décret d'application tant attendu de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui transpose les directives n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et n° 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Rappels sur l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui a abrogé le Code des marchés publics :

- L'ordonnance s'applique aux marchés définis comme des contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à l'ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Elle s'applique également aux accords-cadres qui pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées et aux marchés de partenariat lesquels confient aux opérateurs économiques une mission globale ;
- Les marchés publics de défense ou de sécurité font l'objet de dispositions spécifiques et certains marchés publics sont exclus de l'ordonnance (ex. : marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro, marchés publics de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation, marchés publics de services d'incendie et de secours lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif, certains marchés publics de services juridiques, quasi-régie, contrat révélant une coopération entre pouvoirs adjudicateurs, etc.) ;
- Ne sont pas des marchés publics les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs pour l'exercice d'une mission d'intérêt général sans rémunération, les subventions et les contrats de travail ;
- Les acheteurs publics soumis à l'ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs (personnes morales de droit publics, certaines personnes morales de droit privées créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère administratif et des organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun) et les entités adjudicatrices (pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateur de réseaux, certaines entreprises publiques et certains organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs) ;
- Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation

de services. Le candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public et le soumissionnaire un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public ;

- L'ordonnance fixe également les principes de la passation des marchés publics, par un acheteur unique, des centrales d'achat ou des groupements de commandes, qui ont préalablement définis leurs besoins. Pour les marchés portant sur des investissements importants (montant supérieur à 100 millions € HT), elle introduit une obligation d'évaluation, avant le lancement de la procédure de passation, afin de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet ;
- L'ordonnance prévoit que le principe d'une publicité préalable et des procédures de mise en concurrence formalisées pour les marchés au-dessus des seuils réglementaires (135 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'État ; 209 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales ; 418 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ; 5 225 000 € HT pour les marchés de travaux et pour les contrats de concessions). Ces procédures formalisées sont les suivantes :
 - L'appel d'offre, ouvert ou restreint, sans négociation ;
 - La procédure concurrentielle avec négociation ;
 - La procédure négociée avec mise en concurrence préalable ;
 - La procédure de dialogue compétitif.
- En-dehors de ces procédures formalisées, on retrouve la procédure adaptée et la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables ;
- L'ordonnance rappelle les hypothèses d'exclusion, obligatoire et facultative, des marchés publics de certains soumissionnaires ;
- Elle traite enfin des règles de sélection des candidats, de choix de l'offre sur la base de critères d'attribution objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, de l'attitude à adopter face à une offre qui semble anormalement basse, de l'information des candidats et soumissionnaires évincés, de la transparence des résultats et de l'exécution du marché ;
- L'ordonnance du 23 juillet 2015 consacre une deuxième partie aux marchés de partenariat une troisième partie aux dispositions relatives à l'Outre-mer.

C'est l'ensemble de ces dispositions que le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics vient préciser, en-dehors des dispositions relatives aux marchés publics de défense ou de sécurité.

L'ordonnance du 23 juillet 2015, comme ce décret d'application, sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016. Les nouvelles règles s'appliquent ainsi aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016.

1. Précision sur les acheteurs soumis aux règles des marchés publics

Le décret du 25 mars 2016 liste certaines personnes morales de droit public qui sont soumises à l'ordonnance et au décret, et qui doivent appliquer des règles relatives aux acheteurs autres que l'Etat, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Figurent notamment parmi ces acheteurs :

- La Banque de France,
- L'Institut de France,
- L'Académie française,
- La Caisse des dépôts et consignations,
- Les établissements publics administratifs de l'Etat ayant une mission de recherche,
- Pôle Emploi,
- Les Offices publics de l'habitat.

2. La préparation du marché

1°) Possibilité pour l'acheteur de réaliser des études et échanges préalables pour définir ses besoins

L'acheteur a désormais la possibilité, préalablement au lancement de la procédure de passation de ses marchés publics :

- d'effectuer des consultations ;
- de réaliser des études de marché ;
- de solliciter des avis ;
- d'informer les entreprises de son projet et de ses exigences.

L'acheteur peut utiliser le résultat des consultations et autres études, à la condition que leur utilisation ne fausse pas la libre concurrence et ne violent pas les grands principes de la commande publique, à savoir, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Un opérateur économique ayant participé, directement ou indirectement, à cette préparation peut participer à la procédure de passation du marché si des mesures appropriées sont prises pour que la concurrence ne soit pas faussée.

➤

Articles 4 et 5

2°) Possibilité de préciser des spécifications techniques et des labels

Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public. Ces caractéristiques peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Lorsque l'acheteur souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, il peut, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché public, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, sous certaines conditions.

➤

Articles 6 à 11

3°) Exception au principe d'allotissement

L'ordonnance a fait de l'allotissement un principe mais susceptible d'aménagements ou d'exceptions (article 32) :

- Pour les marchés publics globaux,
- Pour les marchés publics de défense ou de sécurité,
- Si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes,
- Si l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination,
- Ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence
- Ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

La décision de ne pas allotir doit être motivée et le décret précise que cette motivation doit figurer dans les documents de consultation ou le rapport de présentation pour les pouvoirs adjudicateurs, parmi les informations conservées pour les entités adjudicatrices.

➤

Article 12 I et II

4°) Possibilité de limiter le nombre de lots auxquels un candidat peut soumissionner

En cas d'allotissement, l'ordonnance prévoit que l'acheteur peut limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Le décret précise que l'acheteur indique alors dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

➤

Article 12 III

5°) Contenu du marché public, durée et reconduction

Le décret précise qu'un écrit est nécessaire pour conclure un marché d'un montant supérieur à 25 000 € HT. Ses clauses peuvent être déterminées par référence à des documents généraux (CCAG-travaux, CCAG-FCS ou CCTG).

Sa durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Un marché public peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché public est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

➤

Articles 15 et 16

6°) Prix du marché public

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché public sont :

- soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées,
- soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Des clauses incitatives peuvent être prévues notamment aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production.

Les marchés publics peuvent prévoir des clauses de variation des prix. Il peut également prévoir des prix provisoires, en précisant alors (i) les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé, (ii) l'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé, (iii) les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer et (iv) les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

Des règles spécifiques de variation des prix et de recours aux prix provisoires s'appliquent à l'Etat, à ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, aux collectivités territoriales, à leurs établissements publics et à leurs groupements.

➤

Article 17

7°) Evaluation des besoins et du mode de réalisation du projet d'investissement

La valeur estimée du besoin est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur engage la procédure de passation du marché public. Elle est calculée sur la base du montant total hors taxe du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les reconductions. Lorsque l'acheteur prévoit des primes au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour ce calcul. L'acheteur ne peut se soustraire aux règles de la commande publique en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles prévues par le décret (articles 21 à 23).

En cas de marché public alloti, l'acheteur prend en compte la valeur totale estimée de l'ensemble des lots. Toutefois, alors même que la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut mettre en œuvre une procédure adaptée pour les lots qui remplissent les deux conditions suivantes :

- 1° La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros HT pour des travaux ;
- 2° Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Rappelons par ailleurs que l'ordonnance du 23 juillet 2015 impose au pouvoir adjudicateur une évaluation préalable de mode de réalisation du projet pour les marchés publics dont le montant est important. Le décret fixe le seuil à 100 millions € HT. Pour le calcul de ce seuil, le montant d'investissement à prendre en compte est constitué de l'ensemble des dépenses effectuées par l'acheteur pour la réalisation du projet.

L'évaluation comporte (i) une présentation générale du projet (objet, historique, contexte, enjeux et caractéristiques de son équilibre économique) et de l'acheteur (compétences, statut et capacités financières), (ii) une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet et (iii) une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques.

Articles 20 à 24

8°) Le choix de la procédure

Procédures formalisées

Le décret précise que les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés publics, dont le montant est supérieur aux seuils communautaires, selon l'une des procédures formalisées suivantes :

- 1° L'appel d'offres ;
- 2° La procédure concurrentielle avec négociation ;
- 3° Le dialogue compétitif.

Pour les entités adjudicatrices, la « procédure concurrentielle avec négociation » est remplacée par la « procédure négociée avec mise en concurrence préalable ».

Le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est possible dans les cas suivants :

- 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante ;
- 3° Lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;
- 4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- 5° Lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;
- 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

➤

Articles 25 et 26

Procédure adaptée

Ne sont pas soumis à cette exigence de procédure formalisée :

- les marchés publics ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste est publiée au Journal officiel (un avis relatif à cette liste a été publié au JO le 27 mars 2016),
- les marchés publics de services juridiques de consultation et de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits.

Ces marchés, comme ceux qui sont inférieurs aux seuils communautaires, peuvent être passés selon une procédure adaptée dont l'acheteur détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. Lorsque l'acheteur a prévu de négocier, il peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire. Et lorsque l'acheteur se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, il est tenu de l'appliquer dans son intégralité.

➤

Articles 27 à 29

Procédure négociée sans publicité et mise en concurrence

Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants :

1° Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Le décret cite quelques exemples en matière de santé publique ou dangers sanitaires. Le marché public est alors limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ;

2° Lorsque, dans le cadre d'une consultation, aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, ou seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées ;

3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (i) le marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ; (ii) des raisons techniques ; (iii) la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle ;

4° Pour les marchés publics de fournitures qui ont pour objet (i) des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées ; (ii) l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse ;

5° Pour les marchés publics de fournitures ou de services passés dans des conditions particulièrement avantageuses auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité ou en procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire ;

6° Pour les marchés publics de services attribués au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours ;

7° Pour les marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché public précédent passé après mise en concurrence ;

8° Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000€HT. L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ;

9° Pour les marchés publics de fournitures de livres non scolaires passés par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs ou les comités d'entreprise ou par les personnes morales gérant les bibliothèques accueillant du public, pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000€HT ;

10° Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens, lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré ;

11° Pour les marchés publics de fournitures lancés par les pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement ;

12° Pour les marchés publics lancés par les entités adjudicatrices (i) conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement ; (ii) ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché.

3. Lancement de la procédure

3.1.- Publicité préalable

1°) Avis d'appel à la concurrence

L'avis facultatif de préinformation pour les pouvoirs adjudicateurs

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public en publiant un avis de préinformation à l'Office des publications officielles de l'Union européenne ou sur son profil d'acheteur (en informant alors l'Office des publications de l'Union européenne).

Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure concurrentielle avec négociation, l'avis de préinformation doit (i) faire référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer, (ii) mentionner que ce marché public sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure concurrentielle avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt et (iii) être envoyé pour publication entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

➤

Article 31

L'avis facultatif périodique indicatif pour les entités adjudicatrices

Pour les entités adjudicatrices, l'avis de préinformation est remplacé par l'avis périodique indicatif qui répond aux mêmes règles.

Le décret précise qu'en cas de publication d'un tel avis, l'entité adjudicatrice communique aux candidats qui le demandent les spécifications techniques qu'elle fait habituellement figurer ou qu'elle entend faire figurer dans les marchés publics ayant le même objet que celui mentionné dans l'avis. Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.

➤

Article 33

L'avis de marché

Les règles diffèrent selon les catégories d'acheteurs, la procédure engagée et la nature du marché.

Procédures formalisées :

- Pour les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements : publication d'un avis de marché dans le BOAMP et au JOUE ;
- Pour les autres acheteurs : JOUE.

Procédure adaptée :

- Pour les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements :
 - Sous 90 000 €HT :
 - A partir de 90 000 €HT : publication d'un avis de marché dans le BOAMP ou un JAL ;
 - En fonction de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause : publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au JOUE pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public ;
- Pour les autres acheteurs : choix libre des modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public (montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause) ;
- Pour les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés à l'article 28 :
 - Sous les seuils européens : choix libre des modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public (montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause) ;
 - Au-dessus des seuils européens : publication au JOUE d'un avis de marché, d'un avis de préinformation, d'un avis périodique indicatif ou d'un avis sur l'existence d'un marché. Lorsqu'il utilise un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif, cet avis fait référence spécifiquement aux types de services qui feront l'objet des marchés publics à passer, indique que les marchés publics seront passés sans publication ultérieure et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit. L'avis de préinformation ou un avis périodique indicatif peut couvrir une période d'une durée supérieure à douze mois.

L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis.

➤

Articles 33 à 35

2°) Modalités de publication des avis

Les avis destinés à être publiés au JOUE sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne, qui se charge de leur publication au JOUE. L'acheteur conserve la preuve de la date d'envoi de ces avis.

Au niveau national, les publications ne peuvent être effectuées avant la publication au JOUE et ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi.

➤

Article 36

3°) Invitation à confirmer l'intérêt

En cas d'avis de préinformation ou d'avis périodique indicatif, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question.

L'invitation comprend au minimum les renseignements listés par le décret.

➤

Article 37

3.2.- Règles générales de passation

1°) Dématérialisation des procédures

Généralisation du profil d'acheteur

Les documents de la consultation doivent être suffisamment précis pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Ces documents doivent être mis gratuitement à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence ou de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt ou à soumissionner. L'adresse du profil d'acheteur est indiquée dans l'avis ou, le cas échéant, l'invitation.

En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours (quatre jours en cas d'urgence) au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile.

Le décret généralise ainsi le recours au profil d'acheteur mais permet aux acheteurs de s'organiser en prévoyant deux échéances

- 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat ;
- 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs.

Jusqu'à ces dates, seuls les marchés publics égaux ou supérieurs aux seuils de procédure formalisée, ou 90 000 € HT pour les marchés passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

➤

Articles 38 et 39

Faculté puis obligation de communications et d'échanges électroniques

Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations peuvent être effectués par voie électronique et l'acheteur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

Cette transmission des candidatures et des offres par voie électronique est obligatoire pour les marchés publics de fournitures de matériels informatiques et les marchés publics de services informatiques répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 €HT lorsqu'ils sont passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. Ces mêmes acheteurs ne peuvent refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique.

A compter du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs, toutes les communications et tous les échanges d'informations devront être effectués par des moyens de communication électronique, sauf dans certains cas énumérés par le décret.

Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents.

➤

Articles 40 à 42

2°) Délai de réception des candidatures et des offres

Les délais de réception des candidatures et des offres sont fixés par l'acheteur en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre.

En procédure formalisée, ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure (entre 10 et 35 jours en fonction de la publication ou non d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique, de transmission par voie électronique ou de l'urgence, cf. articles 66 à 76).

Ces délais sont augmentés de 5 jours (sauf urgence) lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur.

Le délai de réception des offres peut être prolongé en cas de nécessité d'un complément d'informations ou en cas de modifications importantes apportées aux documents de la consultation.

Les candidatures et les offres reçues hors délai sont éliminées.

➤

Article 43

3°) Sélection des candidats

Conditions de participation

Les conditions de participation et les moyens de preuve sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation. Toute exigence de niveau minimal de capacité liée et proportionnée à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Pour l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, l'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques soient inscrits sur un registre professionnel.

Pour la capacité économique et financière, l'acheteur peut notamment exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché public. Ce chiffre exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché public ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution.

L'acheteur peut en outre exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif. Dans ce cas, il précise, dans les documents de la consultation, les méthodes et les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il appliquera pour prendre en compte ces informations.

Il peut également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

Pour les capacités techniques et professionnelles, l'acheteur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié.

L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés publics exécutés

antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.

Concernant un groupement d'opérateurs économiques, il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché public car l'appréciation des capacités est globale. Le décret reprend les règles relatives aux groupements sans grandes modifications.

>

Articles 44 et 45

Système de qualification propre aux entités adjudicatrices

Les entités adjudicatrices peuvent établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques afin de présélectionner des candidats jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations. Un tel système est indiqué dans un avis qui mentionne l'objet du système de qualification, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

Le système de qualification peut comprendre plusieurs stades de qualification.

Les opérateurs économiques doivent pouvoir à tout moment demander à être qualifiés. A leur demande, ils reçoivent les règles et les critères de qualification et la mise à jour de ces règles et critères.

Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé. Il peut être divisé en catégories par type de marchés publics pour la réalisation desquels la qualification est valable.

Les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure négociée avec mise en concurrence préalable dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

La possibilité de limiter le nombre de candidats

L'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à soumissionner ou à participer au dialogue. Ce nombre, minimum ou maximum, doit être indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, mais il doit être suffisant pour assurer une concurrence effective.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, en appel d'offres restreint, le nombre minimal est de cinq ; en procédure concurrentielle avec négociation et en dialogue compétitif, il est de trois. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises.

Mise en place du document unique de marché européen (le DUME)

A ce titre, le décret prévoit la possibilité :

- pour les candidats un marché public de remplacer les documents à joindre à leur candidature par le DUME, lequel est réutilisable pour les procédures de passation ultérieures sous réserve de confirmer la validité des informations qu'il contient ;
- de dispenser les candidats de fournir des informations sur leur aptitude et leur capacité à exécuter le marché.

Le décret précise également que le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats des garanties, à condition qu'elles soient proportionnées à l'objet du marché, à savoir :

- la preuve qu'ils disposent des ressources humaines et techniques pour réaliser les prestations ;

- la fourniture des noms et qualifications des personnes qui seront chargées de l'exécution du marché ;
- la communication des comptes annuels des candidats.

➤

Articles 44 et 49

8°) Généralisation du recours aux variantes

Les variantes sont désormais autorisées dans les procédures formalisées.

Le recours aux variantes doit être précisé dans les documents de la consultation.

Lorsqu'il y recourt, le pouvoir adjudicateur doit mentionner les exigences minimales que les variantes doivent respecter.

Pour les marchés publics de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché public de services au lieu d'un marché public de fournitures ou à un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services.

➤

Article 58

9°) Instauration d'une méthode pour détecter les offres anormalement basse

Le décret indique les éléments qui peuvent être pris en compte par le pouvoir adjudicateur pour détecter les offres anormalement basses, à savoir :

- le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- l'originalité de l'offre ;
- la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- l'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

➤

Article 60

10°) Prohibition d'ériger le prix en critère unique dans le cadre des marchés de travaux

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois définir un critère unique du coût du marché, déterminé selon une approche globale, fondé sur la notion de coût du cycle de vie, qui regroupe tout ou partie des coûts liés à l'acquisition, l'utilisation, la maintenance et les coûts environnementaux.

Il peut également se fonder sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

➤

Article 62 II 1°

11°) une réduction des délais de réception des offres

En appel d'offre ouvert, le délai est désormais de 35 jours et peut être réduit à 15 jours.

En appel d'offre restreint, les délais sont désormais de 30 jours pour les candidatures et pour les offres.

En procédure concurrentielle avec négociation, les délais de remise des candidatures et de remise de l'offre initiale sont de 30 jours.

➤

Article 67, 69 et 72

12°) Inapplication des conditions de passation des marchés de conception-réalisation aux marchés globaux

Les marchés globaux qui associent des prestations de conception-réalisation, d'exploitation et de maintenance peuvent ainsi associer le constructeur à la conception des travaux ;

L'acheteur public peut décider de recourir, non plus seulement à l'appel d'offre restreint, mais également à l'appel d'offre ouvert, à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et au dialogue compétitif lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée.

➤

Article 91 et 92

Par ailleurs, cinq avis ont été publiés le 27 mars au Journal officiel :

- un avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques ;
- un avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics ;
- un avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics, mentionnées à l'article 6 du décret n° 2016-360 ;
- un avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique) ;
- un avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique au sens du 1° du I de l'article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

Enfin, l'arrêté fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics a été publié le 29 mars 2016.

Prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics passés par l'Etat et ses EPA

Le décret n° 2016-412 du 7 avril impose désormais aux services de l'Etat et ses établissements publics n'ayant pas un caractère industriel et commercial et dont les compétences ou la vocation ont un caractère national de n'acheter ou louer que des produits, services et bâtiments ayant une haute performance énergétique.

Ce décret transpose l'article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique qui concerne l'achat public durable.

Il rend obligatoire pour l'Etat et les EPA concernés :

- l'acquisition des seuls produits et services attestant d'une haute performance énergétique dès lors qu'ils sont inscrits dans le périmètre d'application du texte ;
- l'acquisition ou la prise à bail de bâtiments. ;
- d'imposer à leurs prestataires de ne recourir qu'à des produits à haute performance énergétique pour l'exécution, partielle ou complète, des services résultant des marchés publics dont ils sont titulaires. Ce décret, entré en vigueur le 15 avril 2016, n'est pas applicable aux bâtiments existants dès lors que la date de dépôt de leur permis de construire atteste de ce qu'ils relèvent *a minima* de la réglementation thermique 2012, ces bâtiments étant

considérés comme remplissant, de ce fait, l'exigence de haute performance énergétique.