



PRÉFET DE LA LOIRE-ATLANTIQUE

PRÉFECTURE DE LA LOIRE-ATLANTIQUE

**DIRECTION JURIDIQUE ET DES RELATIONS
AVEC LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**
Bureau du contrôle de légalité et du conseil aux collectivités
Affaire suivie par Catherine BARBIER
☎ : 02.40.41.47.36
☎ : 02.40.41.47.60
pref-collectivites-conseil-marches@loire-atlantique.gouv.fr

Nantes, le 29/09/2016

Circulaire DJRCT n°9-2016

**Le préfet de la région Pays de la Loire
préfet de la Loire-Atlantique**
à
**Monsieur le président du conseil départemental de
la Loire-Atlantique,**
**Mesdames et messieurs les maires des communes du
département de la Loire-Atlantique,**
**Mesdames et messieurs les présidents
d'établissements publics locaux de la Loire-
Atlantique**
**Mesdames et messieurs les présidents des
établissements publics de coopération
intercommunale**
*en communication à Madame la sous-préfète des
arrondissements de Chateaubriant et d'Ancenis et à
Madame la sous-préfète de Saint-Nazaire*

OBJET : Marchés publics – réforme des dispositions applicables

Refer : - Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

P.J. : 2 (annexe et infos flash)

Une charte départementale relative aux bonnes pratiques en matière de commande publique a été signée le 26 juin 2015 avec les représentants des acteurs publics et des opérateurs professionnels concernés. Ce document est destiné à rappeler les règles à respecter en matière de délais de paiement des entreprises, les règles essentielles en matière d'allotissement, les mesures de simplification favorisant l'accès des entreprises aux marchés publics, les modalités de détection des offres anormalement basses, l'introduction de critères qualitatifs et innovants dans les cahiers des charges...

Parallèlement, la réforme des marchés publics commencée en 2015 est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016 avec la parution de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016. Ainsi depuis le 1^{er} avril 2016, un certain nombre de textes ne s'appliquent plus, dont le code des marchés publics dans sa version de 2006.

Aussi, dans un souci de clarté, plusieurs articles de la lettre hebdomadaire « info flash » de la préfecture consacrés à cette réforme, ont été diffusés à l'attention de vos services (sur la date d'entrée en vigueur de la réforme, les règles de fonctionnement de la commission d'appel d'offres). Par ailleurs, la mise en application de ces nouveaux textes a généré de la part des collectivités de nombreuses questions posées au titre du conseil juridique (sur le rôle et la composition de la commission d'appel d'offres, les modifications (ex avenants) en matière de marchés publics, les marchés de conception réalisation, le conflit d'intérêt, la définition des besoins, la procédure relative aux marchés de maîtrise d'œuvre).

Il m'a semblé utile de vous proposer, en annexe, une présentation des principaux points de la réforme ayant un impact sur la passation des marchés publics. Ils portent sur : la forme de l'offre ou de la proposition des soumissionnaires, les études et échanges préalables avec les entreprises, le principe d'allotissement d'un marché, l'attribution des lots, les critères d'attribution, les procédures de passation des marchés publics, la publicité, les modifications au contrat, la commission d'appel d'offres.

Sans prétendre à l'exhaustivité, ces éléments reprennent les informations disponibles sur les deux sites interministériels à la disposition de vos services :

- [www.collectivites-locales.gouv.fr/rubrique commande publique](http://www.collectivites-locales.gouv.fr/rubrique-commande-publique)
- www.economie.gouv.fr/daj

Les fiches de la direction des affaires juridiques (DAJ), régulièrement mises à jour, vous accompagnent dans la mise en œuvre des ordonnances n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et concession n°2016-65 du 29 janvier 2016.

Bien entendu, mes services restent à votre disposition (www.pref-collectivites-conseil-marches@loire-atlantique.gouv.fr) pour toute question complémentaire se rapportant à l'application de cette réforme.

Le préfet,
Pour le Préfet et par délégation,
le secrétaire général,



Emmanuel AUBRY

ANNEXE

Les textes suivants ne s'appliquent plus depuis le 1^{er} avril 2016

- décret-loi du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'Etat aux marchés des collectivités locales et des établissements publics
- Code des marchés publics (2006)
- ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics
- décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics
- décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics

I – La forme de l'offre ou de la proposition des soumissionnaires

S'il n'est plus imposé de forme écrite particulière pour présenter une offre (article 11 du code des marchés abrogé) et s'il n'existe plus d'obligation, explicite, d'imposer aux offres des entreprises d'être signées, le principe de transparence au titre de la commande publique perdure et incite à la traçabilité.

Code des marchés publics abrogé	Décret 2016
	Section 1 : Caractère écrit
Article 11 – Les marchés et accords-cadres d'un montant égal ou supérieur à 25 000 euros HT sont passés sous forme écrite.	Article 15 - Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 euros HT sont conclus par écrit.
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.	supprimé
L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition dans le respect des clauses du cahier des charges qui déterminent les conditions dans lesquelles le marché est exécuté. Cet acte d'engagement est ensuite signé par le pouvoir adjudicateur.	supprimé

Le principe de transparence permet à l'acheteur public de:

1. préciser la forme sous laquelle il demande aux entreprises de formuler leur offre et, le cas échéant, de leur fournir un cadre type d'offre à renseigner ;
2. faire part, dans les documents de la consultation, de sa volonté de voir les entreprises s'engager sur les offres qu'elles présentent et donc de leur demander de les signer.

II – Les études et échanges préalables avec les entreprises

L'article 4 du décret 2016 **autorise** l'acheteur public à **consulter, réaliser des études** de marché, **solliciter des avis** ou informer les entreprises de son projet et de ses exigences **dans le but de préparer la passation de son marché** et, en particulier, de **définir son cahier des charges techniques**.

Cet article précise que ces études et échanges préalables **ne doivent pas avoir pour conséquences** :

- de fausser la concurrence
- d'entraîner une **violation des principes de liberté d'accès** à la commande publique, **d'égalité de traitement** des candidats et de **transparence** des procédures.

III – Le principe d'allotissement d'un marché

L'article 32 de l'ordonnance 2015 confirme :

- l'**obligation d'allotir** les marchés publics ;
- la possibilité de ne pas allotir un marché public dans les seuls cas suivants, sous réserve de pouvoir en justifier :
 - si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes ;
 - si l'acheteur public n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination du marché ;
 - si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence,
 - si la dévolution en lots séparés risque de rendre techniquement difficile l'exécution des prestations ;
 - si la dévolution en lots séparés risque de rendre financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Lorsque la **valeur estimée** du marché est **égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée**, l'article 12-I du décret 2016 impose à l'acheteur public de **motiver sa décision de ne pas allotir** :

- soit dans les **documents de la consultation ou le rapport de présentation** mentionné à l'article 105, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur (article 12-I 1° du décret 2016) ;
- soit parmi les **informations** qu'il **conserve** en application de l'article 106, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice (article 12-I 2° du décret 2016).

IV – L'attribution des lots

L'article 32 de l'ordonnance 2015 **autorise** clairement l'acheteur public à « **limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique [une entreprise] peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique** ».

L'article 12-III du décret 2016 précise que « ***l'acheteur doit indiquer dans les documents de la consultation le nombre de lots pour lesquels une même entreprise peut soumissionner*** ».

VI – Le choix des critères d'attribution du marché

L'article 62-II du décret 2016 précise les conditions dans lesquelles un marché peut être attribué sur la base d'un seul critère qui est :

- **soit le prix** : pour les fournitures et les services standardisés uniquement dont la qualité est **insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre** (article 62-II a) du décret 2016) ;
- **soit le coût** : pour les fournitures, les services et les travaux, **déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63** (article 62-II b) du décret 2016).

⇒ **Définition du coût cycle de vie – Article 63 du décret 2016 – I.** - Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :

- a) Les coûts liés à l'acquisition ;
- b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
- c) Les frais de maintenance ;
- d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;

2° Les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

II. - Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

- a) Elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non-discriminatoires. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques ;
- b) Elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
- c) Elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.**

L'article 62-II 2° du décret 2016 **continue** de permettre **l'attribution d'un marché public sur la base d'une pluralité de critères** « *non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution* ».

Parmi cette pluralité de critères peuvent figurer :

- le **critère du prix ou du coût** ;
- un ou plusieurs **autres critères** comprenant des **aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux**.

L'article 62-II 2° cite les critères suivants :

Qualitatifs	Environnementaux	Sociaux
la qualité, y compris <ul style="list-style-type: none"> • la valeur technique • les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles • l'accessibilité • l'apprentissage • la diversité • les conditions de production et de commercialisation • la garantie de la rémunération équitable des producteurs • le caractère innovant • les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture • l'insertion professionnelle des publics en difficulté • la biodiversité • le bien-être animal 	<ul style="list-style-type: none"> • les délais d'exécution • les conditions de livraison • le service après-vente et l'assistance technique • la sécurité des approvisionnements • l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles 	<ul style="list-style-type: none"> • l'organisation • les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public
<ul style="list-style-type: none"> • D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution. 		

VII – Les procédures de passation des marchés publics

Les procédures de passation listées aux articles 42 de l'ordonnance 2015 et aux articles 25, 26 et 27 du décret 2016 sont les suivantes :

Procédures	Pouvoir adjudicateur décret 2016	Entité adjudicatrice décret 2016
La procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint	Article 25 1°	Article 26 1°
La procédure concurrentielle avec négociation ❶	Article 25 2°	
La procédure négociée avec mise en concurrence préalable		Article 26 2°
La procédure de dialogue compétitif	Article 25 3°	Article 26 3°
La procédure adaptée	Article 27	Article 27
Marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ❷	Article 30	

❶ La liste des cas dans lesquels un pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure concurrentielle avec négociation est déterminée à l'article 25-II du décret 2016.

❷ La liste des cas dans lesquels un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables est déterminée à l'article 30-I, II (pouvoirs adjudicateurs) et III (entités adjudicatrices) du décret 2016.

Le concours (article 88 du décret 2016) et le système d'acquisition dynamique (article 81 du décret 2016) ne sont plus considérés comme des procédures à part entière et se définissent désormais comme des techniques particulières d'achats.

VII – La publicité

L'évolution concerne les délais minimaux de publicité des marchés publics passés selon **une procédure formalisée**, conformément aux dispositions des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Constitue une nouveauté, l'encadrement du délai de remise des offres dans le cadre des procédures à caractère négocié.

Tableau des niveaux de publication des avis d'appel public à la concurrence

Décret 2016	Procédures	Niveaux de publication de l'avis d'appel public à la concurrence
Article 33-I 1°	Procédures formalisées (appel d'offres ouverts ou restreint - procédure concurrentielle avec négociation - dialogue compétitif)	<i>Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP)</i> et <i>Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)</i>
Article 34-I 1° b)	Procédure adaptée valeur du marché égale ou supérieure à 90 000 € HT et inférieure aux seuils européens des marchés (209 000 € HT pour les fournitures-services et 5 225 000 € HT pour les travaux)	<i>Bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP)</i> ou Journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL)
Article 34-I 1° a)	Procédure adaptée valeur du marché égale ou supérieure à 25 000 € HT et inférieure à 90 000 € HT	Liberté du choix du support de publication

Tableau des délais minimaux de publicité

Procédures décret 2016	Délai minimal de réception des demandes de candidatures	Délai minimal de réception des offres
Procédure d'appel d'offres ouvert		
Pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice	35 jours article 67-I	
Procédure d'appel d'offres restreint		
Pouvoir adjudicateur	30 jours article 69 1°	30 jours article 70-I
Entité adjudicatrice	15 jours article 69 2°	10 jours article 70-II
Procédure concurrentielle avec négociation		
Pouvoir adjudicateur	30 jours article 72-I	30 jours article 72-II
Procédure négociée avec mise en concurrence préalable		
Entité adjudicatrice	15 jours article 74	10 jours article 74
Dialogue compétitif		
Pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice	30 jours article 76-I	?

Concernant les procédures adaptées, l'article 43-I du décret 2016 précise que « l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte :

- de la complexité du marché public
- et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre candidature et leur offre »

IX – La modification d'un marché public

l'article 65 de l'ordonnance 2015 dispose que :

1. les modifications apportées à un marché public ne peuvent changer la nature globale du marché public ;
2. « lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur ».

Sur le premier point, les articles 139 et 140 du décret 2016 précisent les six cas et les conditions à remplir dans lesquelles il est autorisé de modifier les clauses d'un marché public

Les changements de l'article 139 :

Les points 2° et 3° de l'article 139 : dès lors qu'un marché public est passé selon une procédure formalisée, l'acheteur public se doit de publier un avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées à l'article 36 du décret de 2016.

En ce qui concerne les cas définis par le 6°

- les seuils de 10 % pour les fournitures et les services et de 15 % pour les travaux correspondent au seuil de 15 % au-delà duquel, précédemment, il pouvait être considéré que des modifications apportées à un marché public étaient de nature à en bouleverser l'économie, dans la mesure où ces modifications ne résultaient pas « de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties » (article 20 du Code des marchés publics, abrogé – CE,) ;
 - ces seuils ont pas une valeur impérative.

Présentation de deux exemples

- **Exemple 1** : commune – marché de fournitures – valeur du marché initial : 280 000 € HT – valeur de la modification (montant de l'avenant) : **10 000 € HT**.

👉 Ici la valeur de la modification est à la fois inférieure à 209 000 € HT (seuil européen applicable aux marchés de fournitures publié au Journal officiel de la République française) et à 10 % de la valeur du marché initial puisqu'elle représente 3,57 % de cette valeur en plus-value.

👉 Dans ce cas, s'agissant de fournitures, la valeur de la modification étant inférieure à 207 000 € HT et inférieure à 10 % de la valeur du marché initial, le pouvoir adjudicateur peut conclure un acte modificatif (avenant) avec l'opérateur économique titulaire du marché sans avoir à remplir d'autres conditions.

- **Exemple 2** : commune – marché de fournitures – valeur du marché initial : 280 000 € HT – valeur de la modification (montant de l'avenant) : **32 000 € HT**.

👉 Ici la valeur de la modification est inférieure à 209 000 € HT (seuil européen applicable aux marchés de fournitures publié au Journal officiel de la République française) mais supérieure à 10 % de la valeur du marché initial puisqu'elle représente 11,43 % de cette valeur en plus-value.

👉 Dans ce cas, s'agissant de fournitures, la valeur de la modification étant inférieure à 207 000 € HT mais supérieure à 10 % de la valeur du marché initial, le pouvoir adjudicateur ne peut pas conclure d'acte modificatif (avenant) avec l'opérateur économique titulaire du marché.

Dans le second exemple, l'impossibilité de conclure un acte modificatif entraîne

1. la résiliation du contrat initial :
2. la nécessité, de fait, de passer un nouveau marché pour les nouvelles prestations ainsi que celles du marché initial qui resteraient à réaliser.

Les dispositions de l'article 65 de l'ordonnance 2015 permettent cette résiliation qu'imposent celles de l'article 73 de la directive 2014/24/UE.

X– la commission d'appel d'offres

a) Rôle de la commission d'appel d'offres (CAO)

L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a introduit, dans le code général des collectivités territoriales, un nouvel article L.1414-2 qui dispose que "*pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance susmentionnée, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5.*"

Ce qui signifie que désormais :

1. la commission d'appel d'offres n'intervient que dans le cadre des marchés publics dont la valeur est égale ou supérieure à certains seuils fixés par règlement européen:
 - à 209 000 € HT en ce qui concernent les fournitures et les services achetés par un pouvoir adjudicateur ;
 - à 418 000 € HT en ce qui concerne les fournitures et les services achetés par une entité adjudicatrice ;
 - à 5 225 000 € HT en ce qui concerne les travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices ;

Ainsi, la commission d'appel d'offres doit obligatoirement attribuer les marchés publics d'un montant supérieur aux seuils susmentionnés.

La nouveauté : désormais ce n'est plus la commission d'appel d'offres mais l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public qui :

1. prononce l'élimination des candidatures des entreprises qui ne sont pas recevables ;
2. prononce l'élimination des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables ;
3. continue à déclarer une procédure infructueuse ou sans suite.

Le rôle décisionnel de la commission d'appel d'offres se limite désormais au choix du titulaire du marché public.

b) Règles de composition de la CAO

L'ordonnance du 23 juillet 2015 a introduit dans le CGCT un nouvel article L1414-2 qui précise que les CAO seront composées conformément aux dispositions de l'article L 1411-5 du CGCT applicables aux CDSP ;

L'article L.1411-5 du code général des collectivités territoriales, qui régit les commissions de délégation de service public, a vu sa rédaction modifiée par l'article 58 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Les règles de composition de la commission d'appel d'offres sont calquées sur celles de la commission de délégation de service public telles que modifiées par l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

c) Règles de remplacement des membres de la CAO

Compte tenu de l'abrogation de l'article 22 du CMP, et du silence des textes concernant le remplacement des membres titulaires et suppléants de la CAO, il est préconisé que chaque collectivité fixe elle-même ses règles de remplacement pour sa propre CAO; En effet même si le remplacement partiel des membres de la CAO n'est pas interdit, cela risque de s'avérer difficilement conciliable avec l'élection à la représentation proportionnelle au plus fort reste.