



MEMENTO DE L'ACHAT PUBLIC

Les grands principes du droit applicables à la commande publique :

- **Liberté d'accès** à la commande publique,
- **Egalité de traitement** des candidats,
- **Transparence des procédures**,
- **Bon emploi des deniers publics**,

inspirent toutes les règles du code des marchés publics (CMP). Ils assurent à la fois l'efficacité des achats publics et la sécurité, tant économique que juridique, des fournisseurs et prestataires de services.

La Direction des affaires juridiques (DAJ) du Ministère de l'économie et des finances a publié **un important guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics** (circulaire du 14 février 2012)
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025364925>

et a mis en ligne des **fiches thématiques synthétiques**
<http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs>

Les acheteurs publics consulteront aussi avec profit :

- le site internet de la DAJ : <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>,
- les pages appropriées du site de la DGCCRF :
<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence/Veiller-a-la-concurrence-dans-la-commande-publique>
- le portail de l'État au service des collectivités :
<http://www.collectivites-locales.gouv.fr/commande-publique>

ou contacteront la CIJAP (cellule d'information juridique des acheteurs publics) à Lyon, par téléphone : 04 72 56 10 10 (du lundi au vendredi de 8h30 à 12h30) ou par télécopie : 04 72 40 83 04.

Le présent mémento aura pour ambition plus modeste de préciser, à l'adresse des acheteurs et fournisseurs varois, certains points essentiels, souvent sensibles, pour l'application du code des marchés publics (CMP) :

- 1 ► détermination du besoin,**
- 2 ► allotissement** (division du marché en plusieurs lots)
- 3 ► critères de choix du mieux-disant**, et critère du mieux-disant social,
- 4 ► offres anormalement basses,**
- 5 ► variantes et achat public innovant,**
- 6 ► délais de paiement et actions facilitant la trésorerie des entreprises,**

mais aussi pour la prise en compte des dispositions du code du travail notamment en cas de **sous-traitance** d'un marché.

- 7 ► prévention du travail illégal**

1 – LA DETERMINATION PREALABLE ET PRECISE DES BESOINS

L'article 5 du CMP prescrit que :

«la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable.»

La définition précise du besoin est en effet un préalable indispensable, quels que soient le montant du marché, sa nature, la récurrence de l'achat ou la procédure suivie.

Pour répondre à cette obligation, il convient :

- ▶ d'adopter une logique de coût global (le montant de l'investissement ou de l'achat mais aussi le coût du fonctionnement) ;
- ▶ de décrire les spécifications techniques attendues, soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles ; et en ayant toujours le souci de ne pas restreindre à l'excès, par les références ainsi posées, la concurrence ;
- ▶ d'intégrer des objectifs de développement durable visant à protéger l'environnement, à prendre en compte des considérations sociales ou à stimuler l'innovation, dès lors que ces objectifs sont en lien avec le produit, le service ou les travaux à fournir.

2 – LA DIVISION DU MARCHE EN LOTS (ALLOTISSEMENT)

L'article 10 du CMP **érige désormais l'allotissement en règle** (c'est le **principe**, qui souffre des exceptions) pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique. L'allotissement permet notamment l'accès direct des PME et TPE à la commande publique.

Avant de déterminer le nombre de lots, leur consistance et leur étendue, une analyse économique du secteur d'activité doit être conduite pour identifier les capacités et la structure de l'offre des entreprises, afin de susciter la concurrence.

Le CMP prévoit également des règles favorisant l'accès des très petites entreprises (TPE : les artisans notamment) et des PME à la commande publique.

Ces dispositions figurent dans un guide spécifique publié en décembre 2012 :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publique/guide_de_bonnes_pratiques.pdf

Il encourage les acheteurs à mieux informer les entreprises en offrant de la visibilité sur leurs besoins et leurs méthodes de contractualisation pour stimuler la concurrence, à faciliter l'examen de la candidature de nouvelles entreprises à la commande publique en ne fixant pas des niveaux tels que les petites et moyennes entreprises se trouvent systématiquement exclues de ce type de consultation.

3 – CRITERES DE CHOIX DE L'OFFRE LA PLUS INTERESSANTE

Pour garantir la transparence et l'égalité de traitement des candidats, le CMP impose :

- d'établir la règle du jeu suffisamment en amont de la procédure
- d'indiquer dans le règlement de consultation **les critères de choix** et leur **pondération**.

Parmi les critères qu'il est possible de retenir pour déterminer l'offre la plus avantageuse, l'article 53 du CMP cite entre autres :

- **la qualité,**
- **le prix,**
- **la valeur technique,**
- **les performances en matière de protection de l'environnement,**
- **les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté,**
- **le caractère innovant,**
- **le coût global d'utilisation...**

Il importe ainsi de prendre en compte, pour l'attribution des marchés, non seulement le prix mais aussi le meilleur rapport qualité/prix, tout en intégrant les préoccupations :

- sociales, notamment le respect des règles de sécurité (code du travail) pour la protection des salariés sur les chantiers de BTP ;
 - et environnementales quand cela est possible,
- afin que la commande publique soit un outil de cohésion sociale et territoriale et que les achats s'effectuent dans les conditions les plus satisfaisantes pour la collectivité et pour le tissu productif.

Le mieux-disant social, un levier pour l'insertion professionnelle

La commande publique représente un levier d'action privilégié pour favoriser l'accès à l'emploi des personnes qui en sont le plus éloignées par le biais notamment des clauses sociales ou clauses d'insertion susceptibles d'être introduites, à différentes étapes de la procédure.

Quand un marché peut être exécuté par des personnes engagées dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté. Non discriminatoire, il doit permettre d'apprécier objectivement les offres.

L'observatoire des achats responsables a récemment publié un guide intitulé «les achats responsables : levier pour l'insertion»

<http://www.obsar.asso.fr/public/812/telechargement/achats-responsables-levier-pour-l-039-insertion.pdf>

L'enjeu est de diversifier les marchés concernés, par exemple en développant la clause sur les marchés de services afin de favoriser leur accès pour des publics différents, notamment les femmes. C'est aussi celui de favoriser une approche qualitative de l'exécution des clauses, afin d'en tirer toute la valeur ajoutée vis-à-vis des personnes en parcours d'insertion.

4 - OFFRES ANORMALEMENT BASSES

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse **si son prix ne correspond pas à une réalité économique** (article 55 du CMP).

Toutefois, l'acheteur ne peut rejeter des offres dont le prix semble anormalement bas **sans avoir demandé, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre et sans avoir vérifié cette composition en tenant compte des justifications fournies.**

Le rejet de l'offre au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être motivé.

Seule une vraie connaissance du marché permet de se prémunir contre ce risque.

Attention : le mécanisme d'exclusion automatique de ces offres sur la base d'un critère mathématique est, selon la Cour de Justice de l'Union Européenne, illégale 'affaire 103/88 – Fratelli Constanzo- 22 juin 1989.)

La DAJ du Ministère de l'économie et des finances a publié une brochure très complète sur le sujet :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/FT-offre-anormalement-basse>

5 –VARIANTES ET ACHAT PUBLIC INNOVANT

Afin de faciliter l'émergence de solutions innovantes dans les marchés publics, l'article 50 du CMP autorise les candidats à présenter l'offre sous forme de variante, sans forcément devoir l'accompagner d'une offre « de base » (conforme aux spécifications techniques du marché.)

Les variantes permettent aux entreprises de valoriser leur savoir-faire en améliorant leur compétitivité au niveau national et international, de référencer éventuellement une innovation et de la valider en méthode standard. Elles peuvent aussi dans certains cas diminuer le coût des réponses et faciliter ainsi l'accès des TPE/PME aux marchés publics.

Pour faciliter la présentation et l'examen des variantes, il convient de mentionner dans le dossier de consultation les **exigences minimales** que les variantes devront respecter, ainsi que les modalités de leur présentation, de manière à éviter que des variantes soient rejetées parce qu'elles s'éloigneraient trop du projet de base.

Le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi a entendu faire de la commande publique un levier au soutien de la capacité d'innovation des entreprises.

La DAJ a rédigé un guide pratique de l'achat public innovant qui se veut un réservoir d'idées, de procédés, d'amorces de réflexion pour enrichir les pratiques des services acheteurs.

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/projet-guide-achat-public-innovant.pdf

6- LES DELAIS DE PAIEMENT ET ACTIONS FACILITANT LA TRESORERIE DES ENTREPRISES

Les délais de paiement

Le décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, pris pour l'application de la loi n°2013-100 du 29 janvier 2013, achève la transposition de la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Ce dispositif est une étape importante de la modernisation des relations entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs fournisseurs :

► il soumet l'ensemble des contrats de la commande publique à un régime juridique unique pour le paiement des sommes dues, plus contraignant que les dispositions du code de commerce applicables aux entreprises.

Les contrats de la commande publique seront soumis à un délai maximal de paiement de **30 jours**. Seuls les établissements publics de santé et les entreprises publiques bénéficieront d'un régime dérogatoire.

► il renforce les sanctions en cas de retard de paiement, en instaurant une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement d'un montant de 40 euros en sus des intérêts moratoires.

Voir sur ce sujet la fiche établie par la DAJ :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/dispositif-reglementaire-lutte-retards-paiement.pdf:

Le non-respect des délais de paiement fait partie des obstacles auxquels se heurtent parfois les entreprises dans le domaine de la commande publique.

À cet effet, l'exécution des clauses doit s'appuyer sur un partenariat étroit entre les collectivités publiques, les entreprises titulaires et les réseaux de l'insertion.

Le médiateur des marchés publics porte une attention soutenue au respect des délais de paiement pratiqués dans le cadre des commandes publiques. Sa mission est en effet de faciliter les relations entre les entreprises et les acheteurs publics, par le biais d'actions de médiations individuelles ou collectives; les entreprises disposent, pour le saisir, d'un accès direct sur le site du Ministère du Redressement productif

<http://www.redressement-productif.gouv.fr/mediation-des-marches-publics>

De plus, pour maîtriser le délai maximal de paiement de leurs dépenses, les ordonnateurs et les comptables publics ont la faculté de conclure une convention selon le modèle fixé par l'arrêté du 20 septembre 2013 pris en application du décret précité fixant le principe de cette convention régissant les délais d'intervention respectifs de l'ordonnateur et du comptable.

Le recours aux avances

L'article 87 du code des marchés publics prévoit qu'une avance doit être obligatoirement accordée lorsqu'un marché excède 50 000 € HT et que sa durée d'exécution est supérieure à 2 mois.

Par ailleurs, il prévoit que le montant minimum de l'avance est de 5 %, mais que l'ordonnateur peut décider de porter jusqu'à 30% du marché, ou 60% si l'entreprise constitue une garantie.

Le recours aux avances comprises entre 5 et 30% doit si possible être privilégié dans la mesure où il n'entraîne pas pour l'entreprise l'obligation de produire une caution bancaire.

Le recours au paiement direct des sous-traitants

Le recours à la sous-traitance est possible pour les marchés de travaux, marchés de services et marchés industriels. Dans ce cas, le paiement se fait soit à l'entreprise titulaire, soit directement au sous-traitant en cas de paiement direct (pour les créances supérieures à 600 € TTC et si les conditions d'acceptation et d'agrément définies aux articles 112 à 117 du code des marchés publics sont satisfaites).

Le paiement direct aux sous-traitants est conseillé, sachant qu'il favorise l'accès des PME à la commande publique et qu'il permet d'accélérer le paiement. Par ailleurs, les sous-traitants n'ont à verser ni caution bancaire ni retenue de garantie.

En outre, le délai de paiement applicable au sous-traitant bénéficiant du paiement direct est identique à celui applicable au titulaire, ce qui est intéressant pour le sous-traitant si le délai a été fixé contractuellement en deçà du délai global fixé par décret.

La restitution des retenues de garantie et le recours aux cautions bancaires

Les marchés publics peuvent prévoir une retenue de garantie d'un montant s'élevant à 5% maximum du marché, que le titulaire du marché peut remplacer par une garantie à première demande ou, si l'ordonnateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire.

Ces garanties doivent être remboursées au plus tard un mois après l'expiration du délai de garantie (article 103 du code des marchés publics), c'est à dire un an et un mois après l'établissement du procès-verbal de réception des travaux.

En outre, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai.

Par ailleurs, le recours aux cautions bancaires, qui mobilisent moins de trésorerie que les retenues de garantie, est à encourager.

7- PREVENTION DU TRAVAIL ILLEGAL

Les personnes publiques, en tant qu'acheteurs de travaux, fournitures et services, ont un rôle de surveillance à assurer, pour prévenir la concurrence déloyale et protéger des atteintes à leurs droits sociaux les travailleurs détachés à l'international susceptibles de participer à l'exécution de marchés publics par le biais de contrats de sous-traitance en cascade.

Le donneur d'ordre, a une obligation de vigilance à respecter, qui consiste à se faire remettre par son sous-traitant un certain nombre de documents préalablement à la conclusion du contrat de prestation de services et tous les six mois dès lors qu'il porte sur un montant au moins égal à 3 000 euros (*contrat unique ou contrats successifs*).

Il est également tenu à une obligation d'agrément de son sous-traitant par le maître d'ouvrage prévue par l'article 3 de [loi 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance](#).

Chaque sous-traitant est par ailleurs tenu au respect de l'obligation d'affichage de son panneau de chantier (Art. R 8221-1 du Code du travail) qui participe de sa volonté de transparence dans le cadre de son intervention.

L'obligation de vigilance visée ci-dessus s'applique également à l'égard des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français (Art. D 8222-7 du code du travail).

En application du droit du travail, les entreprises étrangères intervenant en France au titre du détachement sont tenues de respecter les dispositions de la réglementation nationale relatives à la santé et la sécurité au travail, la rémunération, la durée du travail, les congés payés, les jours fériés, la médecine du travail, ainsi que les dispositions des conventions collectives étendues de la même branche d'activité.

Les entreprises prestataires établies hors de France doivent transmettre une déclaration préalable de détachement à l'inspection du travail du lieu d'exécution de la mission du salarié détaché.

Suivant l'article L.8222-2 du code du travail, la responsabilité solidaire du donneur d'ordre pourra être engagée s'il est prouvé qu'elle n'a pas accompli ces formalités et qu'un procès-verbal pour travail dissimulé est relevé à l'encontre de son sous-traitant français ou étranger.-

Si le CMP ne vise que les sous-traitants de premier rang, il importe que les donneurs d'ordre et les maîtres d'ouvrage soient vigilants quant à l'exécution du contrat, notamment :

- lorsqu'il y a recours à la sous-traitance,
- vis à vis des sous-traitants de rang n+1 au regard du travail dissimulé,
- lorsqu'aucune demande de paiement direct n'est transmise au maître d'ouvrage.

Services de l'Etat dans le Var à contacter :

Pour les règles du code de commerce (concurrence) et du code des marchés publics :

Direction Départementale de la Protection des Populations du VAR

Boulevard du 112ème Régiment d'Infanterie CS 31209 83070 TOULON CEDEX

Tél. : 04.94.18.83.83 Fax : 04.83.24.61.49

Courriel : ddpp@var.gouv.fr

Pour les règles du code du travail :

Unité territoriale du Var de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) PACA

177 bd Charles Barnier BP 131 83071 TOULON

Téléphone 04 94 09 64 00 Télécopie 04 94 22 18 14

Pour les règles des finances publiques :

Direction Départementale des Finances Publiques du VAR

Place de Besagne BP 1409 83056 TOULON Cedex

Tél. : 04.94.03.82.00 Fax : 04.94.03.82.01

Courriel : ddfip83@dgfip.finances.gouv.fr

