FICHE 12

Marchés publics

(Version 2022/2023)

Sommaire

1. La notion de marché public

2. Usage économique des marchés publics

2.1. La satisfaction des besoins de la personne publique et l’externalisation d’activités économiques

2.2. L’utilisation des marchés publics comme instruments de politique économique

3. Les leviers d’action en amont des procédures de passation

3.1. Les bonnes pratiques avant la définition des besoins

3.2. La définition précise des besoins

3.3. L’utilisation des variantes

4. Les leviers d’action au stade des procédures de consultation et de passation

4.1. Identifier les freins à l’accès aux marchés publics

4.2. Choisir la forme du marché à adopter en fonction des besoins de l’acheteur

4.3. Le choix des critères d’attribution

4.4. Les différentes procédures et techniques d’achat

1. La notion de marché public

Le code de la commande publique est entré en vigueur le 1er avril 2019. Il codifie notamment l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et **le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.** Ces deux textes, transposant les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014, étaient eux-mêmes entrés en vigueur le 1er avril 2016 et s'étaient substitués, d'une part, au code des marchés publics et, d'autre part, à 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.

Sont soumises au code de la commande publique les personnes publiques ainsi que certaines personnes privées. Ces acheteurs ont soit la qualité de « **pouvoir adjudicateur** », soit celle d'« **entité adjudicatrice** » lorsqu'ils exercent des activités d'opérateurs de réseaux.

Selon l'article L. 1111-1 du code de la commande publique, un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis à ce code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

Un marché public présente les principales caractéristiques suivantes :

- il est conclu avec un opérateur économique public ou privé c'est-à-dire une entité qui exerce une activité économique, quels que soient son statut et son mode de financement ;
- il a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures, ou de services ;
- il est conclu à titre onéreux, le caractère onéreux résidant dans le versement d'un prix- ou de tout équivalent- par l'acheteur à l'opérateur économique.

Lorsqu'ils relèvent du code de la commande publique, les marchés publics passés par les personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

Les marchés publics au sens du code de la commande publique se distinguent d'autres contrats comme :

- **les contrats de concession**, qui sont des contrats par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ;
- **les conventions, qui accompagnent certaines décisions d'octroi de subventions** et qui ne mettent pas directement à la charge du cocontractant la réalisation d'une prestation en contrepartie du versement d'une somme d'argent ; la subvention est en effet destinée à soutenir financièrement une action engagée, définie et mise en œuvre par un tiers éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une autorité administrative ;

Les **marchés de partenariat** sont reconnus comme des **marchés publics à part entière** et font l'objet de **dispositions spécifiques** au sein du code de la commande publique. Ils permettent de confier à un opérateur économique une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général, ainsi que tout ou partie de leur financement. La mission globale peut en outre inclure la conception des ouvrages, leur entretien ou

la gestion d'une mission de service public. L'article L. 2213-3 du code de la commande publique prévoit que lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation. La conclusion d'un marché de partenariat doit être précédée d'une **évaluation** préalable ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet et d'une **étude de soutenabilité budgétaire**. Cette étude préalable est versée au dossier d'évaluation socio-économique accompagnant tout projet d'investissement, tel que défini à l'article 1er du décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics, texte modifié par le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique.

La passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un **bilan plus favorable**, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure aux seuils fixés par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru. Ces seuils, fixés par l'article R. 2211-1 du code de la commande publique, varient entre 2 et 10 millions d'euros.

Il existe **plusieurs formes de procédures de passation,** qui dépendent du montant total du marché public.

Les **procédures formalisées** s'imposent aux marchés publics d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée. Les personnes publiques passent leurs marchés selon les procédures formalisées suivantes (v. *infra* point **4.4.**) :

a) La **procédure d'appel d'offres**, **ouvert ou restreint**, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;

b) La **procédure avec négociation**, par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

c) La **procédure de dialogue compétitif** dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

Une « **procédure adaptée** », dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des règles prévues par le code de la commande publique, peut être choisie par celui-ci, à condition de respecter les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures), lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens ou pour certains marchés publics particuliers (marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques (3° de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique), marchés publics de services juridiques définis aux a) et b) du 4° de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique).

Enfin, les acheteurs peuvent passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables. L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque en raison

notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée (besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes), le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ou à un motif d'intérêt général (article L. 2122-1 du code de la commande publique).

La loi d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 décembre 2020, dite loi « ASAP a admis que, de manière temporaire (jusqu'au 31 décembre 2022), les marchés dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros HT puissent faire l'objet d'un marché sans publicité ni mise en concurrence

S'agissant du seuil de dispense, le Conseil d'Etat avait estimé que l'absence de publicité et de mise en concurrence préalable ne méconnaissait pas le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, compte tenu des garanties prévues par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (CE, 17 mars 2017, M. Perez et Ordre des avocats de Paris, n° 403768, 403817). L'article R. 2122-8 du code de la commande publique précise désormais que l'acheteur doit veiller 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.

Le montant des seuils de procédures formalisées est révisé régulièrement par la Commission européenne. Les **seuils pour les procédures formalisées** applicables à compter du **1er janvier 2022** sont les suivants :

- 140 000 euros hors taxes (HT) pour les marchés de fournitures et de services de l'État et de ses établissements publics ;
- 215 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- 431 000 euros 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 ;
- 5 382 000 euros HT pour les marchés de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Les acheteurs ne sauraient fractionner le montant de leurs marchés afin d'alléger leurs obligations de publicité et de mise en concurrence. Est reconnue comme irrégulière la pratique du « saucissonnage » du marché qui consiste à passer plusieurs procédures de faible montant pour rester en-deçà des seuils de procédures formalisées.

2. Usage économique des marchés publics

L'administration peut ne pas avoir à recourir à un prestataire pour la satisfaction de ses propres besoins, comme le rappelle l'article L. 1 du code de la commande publique, qui confirme une jurisprudence ancienne (CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, confirmant la jurisprudence *Unipain* (CE, 29 avril 1970, n° 77935) : *« (…) ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de [leurs] besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature »*).

Cependant, l'administration n'étant généralement pas en mesure de satisfaire elle-même l'ensemble de ses besoins, la conclusion de marchés publics s'avère fréquemment nécessaire. Le fait même de solliciter

des opérateurs économiques pour des fournitures ou prestations engendre une activité économique. Les marchés publics peuvent également être utilisés, comme les contrats de concession, pour externaliser une activité que la personne publique ne souhaite pas assurer elle-même. Par ailleurs, la commande publique peut être mobilisée pour orienter les acteurs ou favoriser certains types d'opérateurs économiques.

2.1. La satisfaction des besoins de la personne publique et l'externalisation d'activités économiques

Le marché public a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures ou de services. De la définition des besoins dépend l'objet du marché (travaux, fournitures ou services) et le choix de la procédure.

Les articles L. 1111-1 et suivants du code de la commande publique permettent de recourir à **différents types de marchés** :

Les marchés publics de travaux ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au code, ou bien soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits. Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Il convient de rappeler que lorsqu'un marché public porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Les marchés de service peuvent aussi consister à confier au cocontractant la gestion d'un service public (ils se distinguent alors des concessions par l'absence de transfert du risque d'exploitation au cocontractant).

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a abrogé la disposition qui imposait de réaliser une évaluation préalable du mode de réalisation d'un projet d'investissement, destinée à comparer les différents modes envisageables de réalisation d'un projet lorsque, pour un marché public autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, le montant des investissements envisagés atteignait un seuil de 100 millions d'euros. L'évaluation préalable demeure toutefois obligatoire pour les marchés de partenariat.

2.2. L'utilisation des marchés publics comme instruments de politique économique

Cette utilisation stratégique de la commande publique est assumée tant en droit interne qu'au niveau européen.

Les nouvelles directives européennes (la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics, dite « secteurs classiques » et la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil 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, dite «secteurs spéciaux») font des marchés publics des instruments pour parvenir à une « croissance intelligente, durable et inclusive » (v. communication de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, pour une croissance intelligente, durable et inclusive ») tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. Les objectifs recherchés peuvent être notamment les suivants :

- rendre efficace la dépense publique (directive 2014/24/UE, 26 février 2014, cons. 2),
- faciliter l'accès des PME aux marchés publics (idem),
- réaliser des objectifs sociétaux communs (idem),
- contribuer à la protection de l'environnement et au développement durable (directive 2014/24/UE, 26 février 2014, art. 18.2 et cons. 37),
- promouvoir l'emploi et le travail en vue de l'insertion des individus dans la société (directive 2014/24/UE, 26 févr. 2014, cons. 36),
- promouvoir la recherche et l'innovation, principaux moteurs de la croissance (directive 2014/24/UE, 26 févr. 2014, cons. 47 et 49).

Il convient néanmoins de ne pas poursuivre plusieurs objectifs simultanément, afin d'éviter qu'ils n'entrent en contradiction les uns avec les autres ou nuisent à l'évaluation de l'efficacité de la procédure engagée pour les atteindre (règle du « un outil-un objectif »).

La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, contient des mesures concernant la commande publique. Son objectif est de mieux prendre en compte le développement durable lors de la passation et l'exécution des contrats de la commande publique

3. Les leviers d'action en amont des procédures de passation

Le choix de la procédure de passation du marché public dépend du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. En conséquence, l'acheteur doit évaluer et exprimer précisément ses besoins. tout en procédant à une analyse du marché économique. L'article L. 2111-1 du code de la commande publique prévoit ainsi que « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ». L'acheteur peut procéder à des études et à des échanges préalables avec les opérateurs économiques (« *sourcing* »). Il peut alors recenser la capacité de réponses des entreprises, le niveau de concurrence et envisager le mode de dévolution du marché (marché unique, allotissement, marché global…).

3.1. Les bonnes pratiques avant la définition des besoins

Avant de définir leur besoin, les acheteurs peuvent (v. pour plus de précisions sur ces points, http://www.economie.gouv.fr/daj/acheteurs-publics-10-conseils-pour-reussir) :

- organiser des échanges avec les opérateurs économiques dans l'objectif d'apprécier leur capacité à répondre aux objectifs économiques (sans toutefois rédiger le cahier des charges en fonction des propositions émises par les opérateurs contactés) ;
- connaître le marché économique afin de cerner l'offre et la capacité professionnelle, technique ou financière des opérateurs économiques ;
- valoriser les attraits de la commande publique auprès des entreprises et leur faire connaître les démarches de simplification en la matière.

Exemples : communiquer sur les besoins et sur les domaines d'achat au moyen du site internet des personnes publiques ; informer de la planification des achats à venir ; valoriser les stratégies et les solutions innovantes dans la démarche d'achat en structurant l'information.

3.2. La définition précise des besoins

L'évaluation et la définition précises des besoins de l'acheteur dans les documents de la consultation constituent une exigence juridique et une condition impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. Elles permettent également pour l'acheteur de procéder à une estimation fiable du montant du marché.

Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques, qui décrivent les caractéristiques des travaux, des fournitures ou des services (articles R. 2111-4 et suivants du code de la commande publique). Pour éviter toute discrimination, elles doivent être formulées de manière à assurer l'égalité des candidats.

L'acheteur peut ainsi se référer à des normes ou d'autres documents préétablis en veillant à accepter tout document équivalent, ou exprimer les spécifications techniques en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles (article R. 2111-8 du code de la commande publique).

Il peut exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures remplissent certaines exigences et correspondent ainsi aux caractéristiques requises à condition que certaines conditions soient respectées (articles R. 2111-12 et suivants du code de la commande publique).

3.3. L'utilisation des variantes

Les acheteurs peuvent, sous certaines conditions, accepter, voire exiger des candidats des **variantes**, qui sont des « *modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de consultations* » (CE, 5 janvier 2011, *Société technologiques alpine sécurité*, n°s 343206 et 343214). Les variantes permettent de favoriser l'accès des nouvelles entreprises, des petites entreprises ou d'entreprises innovantes. Ces dernières peuvent proposer des solutions alternatives pour répondre au besoin de la personne publique.

Les articles R. 2151-8 et suivants du code de la commande publique précisent les **règles applicables** aux variantes. Pour un marché public passé selon une procédure formalisée par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché. Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché. Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation. Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la

présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Exemple : Les variantes peuvent permettre à certains opérateurs de présenter des solutions innovantes ou intégrant des considérations environnementales. Il s'agit d'une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur et elle peut permettre au candidat de remettre une offre moins chère, une offre innovante ou techniquement supérieure.

Pour leur « bon usage », v. les guides et le plan cités *infra* point **4.4.,** à la fin de la présente fiche.

4. Les leviers d'action au stade des procédures de consultation et de passation

4.1. Identifier les freins à l'accès aux marchés publics

Les acheteurs doivent identifier les freins à la participation aux procédures de consultation (critères de sélection trop complexes ; formalisme contraignant ; manque de temps pour répondre aux appels d'offres, complexité des dossiers...). Il s'agit de trouver les pistes pour faire jouer au mieux la concurrence.

Si l'acheteur ne peut pas aider les candidats à rédiger leurs offres, il peut cependant apporter des précisions aux demandes de renseignements des candidats dans le cadre de la procédure de passation (article R. 2132-6 du code de la commande publique).

A noter : pour des conseils en la matière, il convient de se référer aux notices d'informations à disposition des acheteurs et des entreprises en appui des formulaires d'aide à la passation et à l'exécution des marchés publics, publiés par la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), ainsi que les informations publiées par la direction de l'information légale et administrative (DILA).

L'ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique permet aux entreprises en redressement judiciaire qui bénéficient d'un plan de redressement de se porter candidates aux contrats de la commande publique.

4.2. Choisir la forme du marché à adopter en fonction des besoins de l'acheteur

Les acheteurs disposent de plusieurs leviers afin de favoriser l'accès des entreprises à la commande publique. La forme du marché doit être déterminée en fonction des besoins de l'acheteur, mais elle peut s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

- **L'allotissement** : selon les articles L. 2113-10 et L. 2113-11 du code de la commande publique, les marchés publics autres que les « *marchés publics globaux* » et les marchés publics de défense ou de sécurité doivent être passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. Les acheteurs doivent ainsi déterminer le nombre, la taille et l'objet des lots. Ils peuvent toutefois décider de ne pas allotir un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes 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. Les acheteurs peuvent aussi 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.

L'allotissement est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises (PME).

- Le marché à tranches : les articles R. 2113-4 à R. 2113-6 du code de la commande publique permettent à l'acheteur d'organiser les prestations objets de son marché avec, d'un côté, une tranche ferme et, de l'autre, une ou plusieurs tranches optionnelles. Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent. Une obligation similaire existe pour les tranches optionnelles, dont la cohérence dépend des prestations de toutes les tranches antérieures. Les documents contractuels doivent quant eux préciser les caractéristiques de chaque tranche (consistance, prix ou ses modalités de détermination et modalités d'exécution). L'exécution d'une tranche optionnelle dépend d'une décision d'affermissement de l'acheteur notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché. Le marché peut prévoir le principe et les conditions du versement d'une indemnité d'attente ou de dédit au profit du titulaire respectivement en cas de retard dans l'affermissement d'une tranche optionnelle ou de refus de l'affermir.

- **Le marché public global** : l'article L. 2171-1 du code de la commande publique autorise l'acheteur à recourir à un marché global lorsque l'allotissement est rendu difficile au regard de considérations techniques, économiques ou financières. Ces marchés globaux peuvent prendre la forme de marchés publics de conception-réalisation (article L. 2171-2), de marchés globaux de performance (article L. 2171-3) ou de marchés globaux sectoriels (articles L. 2171-4 à L. 2171-6). L'article L. 2171-7 rend obligatoire, parmi les conditions d'exécution d'un marché global comportant des prestations de conception d'ouvrage, l'identification d'une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation. Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie dans la partie réglementaire du code.

- [v. pour des détails sur ces types de marchés, fiche *« Contrats dédiés aux opérations de construction »*].

- **Les techniques particulières d'achat** : l'acheteur peut également avoir recours à des techniques particulières d'achat telles que les accords-cadres (1° de l'article L. 2125-1 et articles R. 2162-1 et suivants). Les accords-cadres permettent à l'acheteur public de s'engager à passer des marchés auprès du ou des titulaires de l'accord, pendant une période donnée, au fur et à mesure de ses besoins et pour des prestations déterminées. Les accords-cadres permettent ainsi d'effectuer des achats à caractère répétitif et sont à privilégier en cas d'incertitude sur le rythme ou l'étendue du besoin à satisfaire.

- **Les marchés réservés** : conformément à l'article L. 2113-12 du code de la commande publique, certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 5213-13, du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. Des marchés ou des lots d'un marché peuvent également être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale de travailleurs

défavorisés (article L. 2113-13 du code de la commande publique). Cette proportion minimale de travailleurs handicapés ou défavorisés est égale à 50 %.

- **L'insertion de clauses sociales et environnementales** : les préoccupations sociales et environnementales sont prises en compte par le code de la commande publique. Ainsi, l'article R. 2152-7 inclut notamment parmi les critères d'attribution du marché public le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, ou encore les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal. Ces critères s'imposent alors à tous les candidats.

- **Les partenariats d'innovation** : prévus à l'article L. 2172-3 du code de la commande publique, ils ont pour objet la recherche et le développement ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat. L'objectif est de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante ainsi que d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. Sont innovants au sens de l'article R. 2124-3 du code « *les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés* », le caractère innovant pouvant « *consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* » L'acheteur peut passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

4.3. Le choix des critères d'attribution

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet de valoriser d'autres éléments de l'offre que le seul prix. L'acheteur peut choisir parmi la liste de **critères d'attribution** ceux qu'il entend privilégier pour favoriser la concurrence.

Les critères sont définis à l'article R. 2152-7 du code de la commande publique. Pour attribuer le marché, la personne publique se fonde alternativement sur les éléments suivants :

- soit sur **une pluralité de critères** non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, notamment la qualité, le prix, le coût, la valeur technique, les délais d'exécution, etc…

- soit, sur **un seul critère**, qui est celui du **prix**, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre, ou le coût déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, et lorsque plusieurs critères sont prévus, leur pondération est le principe (article R. 2152-12 du code de la commande publique.

L'acheteur peut retenir d'autres critères de sélection des offres que ceux énumérés à l'article R. 2152-7, mais ils doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Il est préférable de retenir plusieurs critères pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires.

Exemple : Les acheteurs peuvent choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social tout en permettant d'évaluer le niveau de performance de chaque offre. Lorsqu'il est prévu que le marché soit exécuté par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, l'acheteur peut apprécier les offres au regard du critère de l'insertion professionnelle des publics en difficulté, à condition que ce critère soit libellé de manière objective et non discriminatoire.

Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé que peuvent être retenus des critères relatifs à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, susceptibles de concerner toutes les activités de l'entreprise, pour autant que ces activités concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché. Mais il a précisé que l'acheteur ne peut utiliser un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause (CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580).

L'article 131 de la loi « ASAP » du 7 décembre 2021 a créé l'article L. 2152-9 du code de la commande publique, selon lequel l'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution des marchés globaux, de la part d'exécution du marché que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. L'article L. 2171-8 du code de la commande publique, résultant également de la loi ASAP, précise que le marché global prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale a été fixée à 10 % par le décret n° 2021-357 du 30 mars 2021. (article R. 2171-23 du code de la commande publique).

4.4. Les différentes procédures et techniques d'achat.

L'acheteur choisit, en fonction des besoins qui lui sont propres et de l'objet du marché, la procédure ou la technique d'achat adéquate. Certaines procédures ou techniques d'achat peuvent s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

L'acheteur peut s'appuyer sur les procédures suivantes s'agissant d'un marché dont la valeur estimée du besoin est au-dessus des seuils formalisés :

- **L'appel d'offres ouvert** (articles L. 2124-2 et R. 2124-2) : il est ainsi dénommé parce que toute entreprise intéressée peut remettre une offre. L'acheteur se prononce en faveur de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ceci se fait sans aucune négociation et sur des critères précis, objectifs, actés et connus du candidat.
- **L'appel d'offres restreint** (même article) : il en est ainsi lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection. Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre (même article).
- **Le dialogue compétitif** (articles L. 2124-4 et R. 2124-5 du code de la commande publique) offre des possibilités importantes pour faciliter les candidatures des entreprises innovantes. Dans cette procédure, l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.
- **La procédure avec négociation** (article L. 2124-3) peut être utilisée par les pouvoirs adjudicateurs, dans les hypothèses prévues à l'article R. 2124-3 (par exemple lorsque le besoin consiste en une solution innovante) pour négocier les aspects techniques et financiers des offres.

L'acheteur peut aussi se fonder sur les techniques d'achat suivantes (article L. 2125-1 du code de la commande publique) :

- **Les accords-cadres** (1° de l'article L. 2125-1 et articles R. 2162-1 et suivants). Voir infra. Il est à noter que « *la durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure* ».
- **Le concours** (2° de l'article L. 2125-1 et articles R. 2162-15 et suivants) est un mode de sélection par lequel une personne publique choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché. Cette procédure est un levier d'action pour stimuler les solutions innovantes ou favoriser les PME et les très petites entreprises (TPE).
- **Le système de qualification** (3° de l'article L. 2125-1 et articles R. 2162-27 et suivants) est réservé aux entités adjudicatrices. Il permet de présélectionner tout au long de sa durée de validité des candidats aptes à réaliser des prestations déterminées.
- **Le système d'acquisition dynamique** (dit « SAD » - 4° de l'article L. 2125-1 et articles R. 2162-37 et suivants du code précité) est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures courantes, par lequel l'acheteur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. La spécificité du système d'acquisition dynamique réside dans la faculté offerte à tout opérateur économique qui, d'une part, satisfait aux critères de sélection et, d'autre part, présente une offre indicative conforme aux documents de la consultation, d'être admis dans le système durant toute la durée de son existence.
- **Le catalogue électronique** (5° de l'article L. 2125-1 et R. 2162-52 et suivants) permet d'exiger la présentation d'offres ou d'un de leurs éléments de manière électronique et sous forme structurée. Il est particulièrement indiqué pour des achats de fournitures courantes.
- **Les enchères électroniques** (6° de l'article L. 2125-1 et R. 2162-57 et suivants) ont pour but de sélectionner par voie électronique, pour un marché de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de la procédure formalisée, des offres en permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leurs offres.

→ Pour approfondir

- le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, en ligne, édité par la DAJ, préc. ;
- le Vade-mecum des marchés publics (2015), en ligne, édité par la DAJ ;
- le Plan national d'action pour les achats publics durables 2015-2020 (PNAAPD) qui a pour vocation d'organiser les actions nationales en faveur de l'achat public durable et de fédérer les différents acteurs en charge de l'achat public au sein de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics hospitaliers ;
- le Guide pratique de l'achat public innovant – version 2019.