

CHAT

Chat consacré au CMP 2011 : la compilation !

mardi, 18 octobre 2011 06:30



Un mois après la publication du décret réformant le code des marchés (lire notre article : "**CMP 2011 les nouveautés**"), il était temps d'ouvrir la boîte à questions.

Le vendredi 30 septembre 2011, deux avocats spécialistes de la commande publique, Aymeric Hourcabie (cabinet H&G) et Franck Lepron (cabinet UGCC) ont répondu à vos (nombreuses)

interrogations au sujet des modifications et des nouveautés apportées par la cuvée 2011

- **Peut-on répondre avec une variante tout en ne répondant pas à l'offre de base ?**
Oui, c'est précisément l'objet de la modification de l'article 50 du CMP.

- **Je lance une procédure restreinte. Puis-je seulement faire un AAPC détaillé avec toutes les informations relatives à la partie de la candidature et renvoyer à un RC remis aux candidats sélectionnés les informations relatives à l'offre (variantes, critères de choix des offres, pièces à remettre au niveau de l'offre).**
Oui, sous réserve de respecter, le cas échéant, les rubriques obligatoires du formulaire d'AAPC.

- **Concernant les prestations supplémentaires éventuelles, conseillez-vous d'indiquer dans le RC les modalités selon lesquelles ces PSE seront analysées et comparées avec les offres "de base" et les éventuelles variantes ?**

Le RC doit simplement indiquer si les PSE sont obligatoires et si, par conséquent, les candidats doivent nécessairement en tenir compte dans leur offre. Pour le reste, les PSE ne font pas l'objet d'une évaluation spécifique et autonome : soit elles sont obligatoires, et alors les PSE sont nécessairement analysées dans le cadre de l'analyse comparative des offres (et des éventuelles variantes) ; soit elles sont facultatives, et alors les PSE ne peuvent pas être prises en compte dans le cadre de cette analyse comparative.



Aymeric Hourcabie

- **Question liée au projet de guide de bonnes pratiques du code : Article 8.2 dernier paragraphe :**

1/ **Doit on comprendre que les marchés passés en application de l' [article 30](#) ne font pas l'objet de la computation globale au titre de la collectivité en caractéristiques propres ou au titre de l'unité fonctionnelle à laquelle ils sont rattachés ?**

Ne remet-on pas en question l'article 27-II-2° du CMP qui n'exclut pas les achats passés au titre de l'article 30 ?

Dans la mesure où les marchés de l'article 30 du CMP sont passés en procédure adaptée quel que soit leur montant, la question de la computation des seuils ne se pose pas vraiment.

- Concernant la nouvelle rédaction de l'article 50 du CMP, comment articuler l'autorisation de déposer des variantes sans offre de base et l'égalité de traitement ? Par ailleurs, les entreprises ne proposant que des variantes ne risquent-elles pas de voir leurs offres rejetées comme inappropriées si les variantes ne répondent pas à leurs besoins (définis dans le cahier des charges de l'offre de base) ? Merci

Ce sont les critères de sélection des offres qui garantissent l'égalité de traitement. Le risque de n'avoir que des offres inappropriées peut être maîtrisé grâce à une stricte définition des exigences minimales que doivent respecter les variantes. Concrètement, il peut être utile de limiter les sujets techniques et financiers susceptibles de faire l'objet de variantes. Sur ce point, il peut également être judicieux de s'assurer du caractère adapté des critères de choix - afin que les propositions alternatives formulées au titre des variantes puissent être prises en compte dans la notation des offres

- Les marchés de définition sont-ils autorisés, tolérés, déconseillés, supprimés ?

Les marchés de définition n'existent plus. C'est la raison pour laquelle le dialogue compétitif a été étendu aux marchés de maîtrise d'oeuvre.



Franck Lepron

- Question liée au projet de guide de bonnes pratiques du code. Article 11.5.1, 2ème paragraphe :

Il est précisé que le pouvoir adjudicateur doit évaluer les trois capacités (financières, techniques et professionnelles), mais quels sont les justificatifs à réclamer au titre de la capacité professionnelle et ceux au titre de la capacité technique au regard de l'arrêté du 28/08/2006 ?

Ce sont par exemple : les listes de références, les titres d'études des personnels d'encadrement, les certificats de qualification professionnelle...

- J'ai lancé un MAPA pour une machine à laver 70kg (+ou-5kg) AAPC le 11/07/2011, date limite des offres le 07/09/2011. Un candidat me fait une proposition d'une machine à 60 kg.

1/ puis-je refuser son offre car je la considère comme inappropriée

2/ avec le décret août 2011 j'aurais dû l'accepter ?

La réforme ne change rien à cette problématique. Dans le cadre d'un MAPA et dans l'hypothèse où la négociation a été prévue, cette offre devrait être analysée et le candidat pourrait être invité à mettre son offre technique en conformité avec les exigences du DCE.

- Dans le cas d'un marché sans offre de base, quels conseils donneriez-vous pour que l'on puisse comparer les offres entre elles ? Comment faire pour ne pas se retrouver avec des offres incomparables ?

A travers une définition précise des exigences minimales, afin de limiter le périmètre des variantes susceptibles d'être proposées et limiter ce faisant le risque le dépôt d'offres inappropriées. Par ailleurs, il faut choisir des critères opérationnels et adaptés tant à l'offre de base qu'aux offres "variantes".

- Comment est-il possible que soit passé un marché sans offre de base ? La passation d'une consultation ne vient-elle pas de la définition d'un besoin ?

Si l'article 50 du CMP, en ce qu'il prévoit la définition des exigences minimales, est respecté, l'offre "variante" ne risquera pas de dénaturer le besoin tel qu'exprimé par le pouvoir adjudicateur.

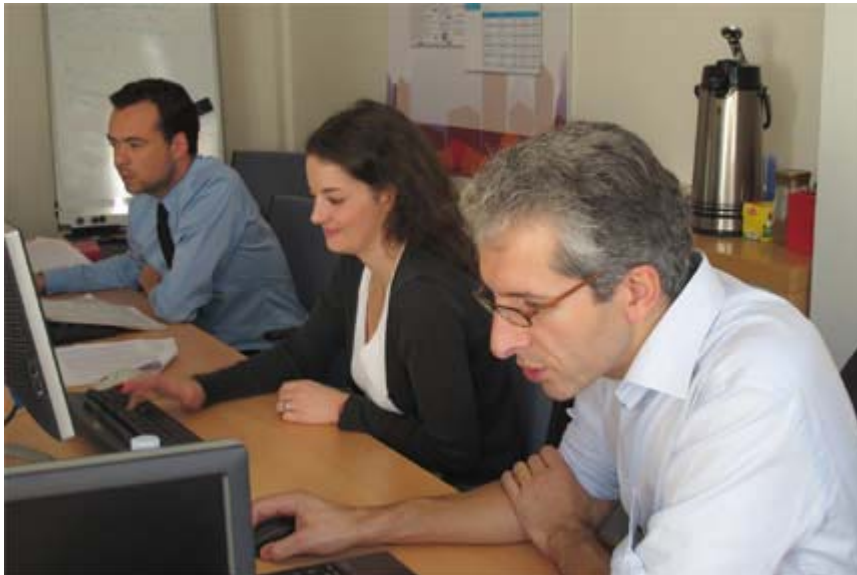
- Concernant l'article 28 dernier alinéa du CMP : comment l'absence de publicité et de mise en concurrence peut-elle être justifiée en raison de l'objet du marché ou de son montant ?

Pour le montant : le seuil est fixé à 4.000€ : est-ce donc une dérogation au principe de publicité au-delà de ce seuil ?

Pour l'objet : va-t-on au delà du droit exclusif de l'article 3 ou des cas prévus à l'article 35-II-8 ? Merci

La référence au montant du marché comme motif de dérogation aux obligations de mise en concurrence peut paraître contradictoire avec l'existence même d'un seuil de 4.000 euros.

S'agissant du motif lié à l'objet, il nous semble effectivement que la nouvelle rédaction de l'article 28 permet d'échapper à toute mise en concurrence au-delà des cas prévus à l'article 3 et à l'article 35-II-8.



De g. à d. Frank Lepron, Emmanuelle Maupin et Aymeric Hourcabié

- Quel est le seuil des MAPA sans publicité ni mise en concurrence préalable concernés par des "formalités impossibles ou manifestement inutiles en raison de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence du secteur" ?

Il n'y a aucun seuil: tous les MAPA sont susceptibles de relever de cette dérogation aux obligations de mise en concurrence.

- Autre question liée au projet de guide de bonnes pratiques du code : Article 11.5.6 dernier alinéa du dernier paragraphe - équivalence à la capacité financière d'une entreprise de création récente. Comment peut-on considérer la présentation de titre ou l'expérience professionnelle des responsables de l'entreprise comme une équivalence à la capacité financière ?

A priori, nous ne voyons pas le lien entre la capacité financière et l'expérience professionnelle des responsables de l'entreprise, même si l'expérience d'un responsable peut dans certains cas révéler l'aptitude de son entreprise à exécuter un marché d'une certaine ampleur.

- Je pose clairement la question : est-il possible (et permis) d'imposer dans un règlement de la consultation la fourniture d'une offre de base, en cas d'offre variante, quand bien même le code n'évoque pas cette faculté ?

A notre sens, oui, dès lors que l'article 50 ne l'interdit pas et précise que le pouvoir adjudicateur doit encadrer les modalités de présentation des variantes.

- Pourquoi oblige-t-on (le MINEFE) la signature d'un formulaire FACULTATIF : le DC1 ?

Le DC1 comporte une déclaration sur l'honneur pour justifier que le candidat n'est pas interdit d'accès aux marchés publics au titre de l'article 43., que l'on utilise ou non le formulaire facultatif, une telle déclaration doit être signée.

- Quelle différence d'interprétation entre l'ancien et le nouvel article 80 (dispense du délai de stand still) ?

Désormais, la dispense du délai de standstill ne s'applique, hors le cas des marchés fondés sur un accord-cadre ou un SAD, que lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation (et non plus, lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre régulière).

- Article 48 du code : à quel moment peut-on régulariser cette absence de signatures ? Peut-on l'envisager en toute fin de procédure de passation au candidat classé 1er ? Quid de l'égalité de traitement avec les candidats ayant choisi la remise d'une offre papier ? Dans le silence du code, peut-on imposer cette signature électronique de la candidature et de l'offre en MAPA ?

En l'état du droit, la régularisation de l'offre, notamment pour absence de signature de l'acte d'engagement, n'est pas possible. Le Conseil d'Etat a néanmoins admis, dans un arrêt Département des Hauts-de-Seine du 21/09/2011, qu'un soumissionnaire pouvait rectifier une erreur purement matérielle dont personne n'aurait pu se prévaloir de bonne foi, ce qui marque une certaine évolution.

- Toujours sur le DC1 : Est-ce que l'on peut alors demander à l'opérateur économique de la signer a posteriori sans pour autant rejeter son pli ? Quid alors d'une telle mention existante dans l'acte d'engagement. où se trouve l'équilibre entre liberté d'accès à la commande publique, sécurisation des procédures et formalisme ?

S'agissant du DC1 et dans le cadre de l'article 52 du CMP, il est possible de demander au candidat de régulariser sa candidature. En revanche, s'agissant de l'AE, aucune régularisation n'est possible en l'état.

- L'art 53 du CMP se voit enrichi d'un nouveau critère de jugement des offres : « les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ». Il pourra s'appliquer aux marchés d'achats de denrées alimentaires. Toutefois, la formulation de ce critère ne paraît pas satisfaisante voire floue. Avez-vous des pistes de mises en oeuvre de ce nouveau critère ? Par avance merci.

Ce critère offre effectivement une certaine liberté d'appréciation. D'autres critères comme le critère esthétique présentent les mêmes caractéristiques. C'est la raison pour laquelle il est conseillé de fixer une pondération relativement faible, voire en préciser les modalités de mise en oeuvre par l'indication de sous-critères.



Zut, je l'ai sur le bout de la langue...

- Question liée au projet de guide de bonnes pratiques du code. Article 7.2.1 dernier paragraphe: quelle différence y a-t-il avec les marchés à prix mixtes (combinant des prestations à prix unitaires et des prestations à prix forfaitaires) ?

L'hypothèse visée à l'article 7.2.1 est effectivement une illustration d'un marché à prix mixte.

- Toujours guide de bonnes pratiques - Article 7.1 : Selon vous peut-on comprendre que l'on peut dans un RC et AAPC, limiter à deux lots par exemple, le nombre de lots sur lesquels les entreprises peuvent candidater ?

Il est possible de limiter le nombre de lots auxquels les entreprises peuvent soumissionner : cela ressort d'ailleurs implicitement du modèle d'AAPC, rubrique II.1.8

- Dans le cas d'un projet de marché prévoyant une clause de tacite reconduction, comment doit-on définir le montant du marché au regard des seuils de procédures ?

L'autorisation de la tacite reconduction ne dispense pas l'acheteur de l'obligation de remise en concurrence périodique. A ce titre, le nombre maximum de reconductions susceptibles d'intervenir doit être prévu au marché. C'est alors la période totale toutes reconductions comprises, qui doit être prise en compte pour la computation des seuils.

- Je reformule ma question : Un logiciel de gestion du personnel militaire en opération sur le terrain relève-t-il de la première partie du code ou de la troisième partie (Défense) ? Merci.

Il est difficile de répondre, sans autre précision, à une telle question. On peut simplement préciser que dès lors qu'un tel logiciel, directement en lien avec une opération de nature militaire, peut être regardé comme un équipement destiné à la sécurité et qu'il comporte des informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, il est alors susceptible de relever de la troisième partie du Code des marchés publics (en application de l'article 179).

- Article 77 du code : Marché à bons de commandes passé sans maxi sur 4 ans ferme. Lorsque le montant estimatif indiqué à titre prévisionnel, dans l'AAPC, est atteint, doit-on relancer une nouvelle procédure ? Quid du marché en cours: comment y mettre fin ? Recours éventuel du titulaire ?

Non, il n'est pas nécessaire de résilier le marché dès lors que le montant estimatif indiqué dans l'AAPC n'a aucun caractère contractuel et ne lie pas les parties. On peut peut-être réserver le cas d'un dépassement très substantiel et très rapproché de la mise en concurrence du montant estimatif (ce qui pourrait alors être regardé comme une remise en cause des conditions initiales de la mise en concurrence).

- Toujours pour l'article 28 dernier alinéa, pouvez vous me donner des exemples d'objet de marché qui permettraient d'échapper à toute mise en concurrence ?

On peut par exemple imaginer une situation d'urgence, qui sans être impérieuse, serait difficilement compatible avec une mise en concurrence.

- L'invitation du jury aux candidats à apporter des précisions sur leurs offres finales est-elle nécessairement écrite ?

En l'état de la rédaction du CMP, rien ne l'impose mais le respect du principe de transparence justifierait l'utilisation d'un écrit.

- Article 74-IV-3ème alinéa : Quelle interprétation à donner à cette disposition "Un jury peut être composé conformément au I de l'article 24" : La composition d'un jury ne s'imposerait pas au stade de l'examen des candidatures ? Si c'est cela, alors quelle configuration peut être envisagée pour cet examen ? Ou alors, un jury s'impose, mais sa composition n'est pas forcément celle prescrite par l'article 24-I du code ? Si c'est cela, comment pourrait être composé ce jury ?

En cas de marché de maîtrise d'oeuvre passé en dialogue compétitif, la mise en place d'un jury n'est pas obligatoire.

- Compte tenu de la nouvelle rédaction de l'alinéa 5 de l'article 28, le pouvoir adjudicateur est-il dispensé d'office de toute procédure pour les marchés inférieurs à 4000 euros; est-il exonéré de respecter les grands principes de la commande publique ou doit-il continuer de s'interroger au cas par cas en fonction de l'objet, du faible montant, du degré de concurrence...?

A s'en tenir à la lettre du CMP, en dessous de 4.000 euros, l'acheteur peut dans tous les cas se dispenser de mise en concurrence.

- Article 74-III-4 °: inversion de l'ordre des procédures envisageables en dérogation au concours, à savoir marché négocié ou appel d'offres si les conditions de l'article 34 ne sont pas remplies: quelle incidence concrète a cette nouvelle rédaction sur la pratique ?

A elle seule, cette inversion rédactionnelle n'a aucune conséquence pratique.

- La possibilité de répondre par une variante sans répondre à la demande de base implique-t-elle nécessairement que les variantes aient été explicitement autorisées ?

Sur ce point la modification de l'article 50 ne change rien au fait qu'en procédure formalisée, les variantes doivent être expressément autorisées et qu'en procédure adaptée, si elles ne sont pas expressément interdites, elles sont autorisées.

- La dérogation à la mise en concurrence prévue à l'article 28 est-il réservé à des marchés d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées où dans ce cas il n'y a plus de seuils ?

La dérogation prévue à l'article 28 est réservée aux MAPA et donc aux marchés dont le montant est inférieur aux seuils de procédure formalisée (ainsi qu'aux marchés de service relevant de l'article 30).

- Quel est l'impact de la modification de l'article 18 du CMP (prix/tranches conditionnelles) ?

Il est désormais expressément prévu que s'agissant de l'actualisation des prix des marchés à tranches conditionnelles, cette actualisation est calculée en prenant la date de début d'exécution des prestations de chaque tranche (et non le début du marché).

- La réunion de la commission d'appel d'offres est-elle obligatoire pour les établissements publics de santé ? L'article 22 du CMP ne fait pas référence aux hôpitaux ?

Il n'y a plus de CAO obligatoire pour les établissements publics de santé et pour les établissements sociaux et médico-sociaux (décret du 19 décembre 2008).

- Dernière question sur le guide de bonnes pratiques du code - article 12.1.1, 2ème paragraphe - négociation prévue doit être expressément indiqué dans l'AAPC et docs de la consultation :

- quid des offres initiales qui obtiennent la note plafond, doit-on obligatoirement engager une négociation ? Sur quoi (le prix) ?

Le fait qu'un candidat ait, par exemple, obtenu la note maximale au titre du critère prix, ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'engager une négociation avec celui-ci : dès lors que le règlement de consultation prévoit la négociation, elle doit être mise en œuvre, sur tous les sujets ouverts à la négociation. D'autant qu'une offre initialement moins-disante peut être améliorée en cours de négociation ; à l'inverse, une offre initiale qui n'était pas la moins disante peut le devenir grâce à la phase de négociation. A l'issue de chaque phase de négociation, il y a un réexamen des offres finales au regard des critères.

- En collectivité territoriale, doit-on prendre une décision d'attribution si le Maire a reçu délégation du conseil municipal pour tous les marchés ou la signature du contrat vaut attribution ? Sachant que toute décision doit être transmise en préfecture y compris si on est en MAPA et parfois on peut avoir des MAPA inférieurs à 4 000€ HT.

Si le maire a obtenu une délégation de compétence, il peut signer le marché sans autorisation préalable du conseil municipal.

- Art.73: comment fixer et mesurer des engagements de performance qui porteraient sur l'incidence écologique ?

Cela peut être, par exemple, des objectifs de consommation de combustibles, d'énergie...

- La signature d'un rapport d'analyse peut-elle être déléguée à un directeur ou faut-il que ce soit un élu ?

S'il s'agit d'un simple rapport d'analyse, et non du rapport de la CAO, il n'y a aucune contrainte en termes de signature (sous réserve des règles internes propres à la collectivité).

- **Article 293 - II : Comment analyser les raisons "objectives" qui peuvent conduire à conclure un marché unique ?**

Nous ne voyons pas à quel article vous faites référence.

- **Peut-on accepter des offres électroniques par mail en MAPA ou doit obligatoirement avoir une offre accompagnée d'une offre signée électroniquement. De même pour les petits achats sans enjeu, comment peut-on faire quand la plupart des entreprises n'ont pas le temps ou l'envie de remettre une offre signée manuscrite ou électronique et ce même si on leur laisse un délai raisonnable ?**

En MAPA, il est possible d'accepter les réponses électroniques par mail, mais cela ne garantit pas totalement la traçabilité de la procédure.

- **Comment peut-on justifier les critères sociaux et est ce qu'ils peuvent s'appliquer à des marchés de fournitures ?**

Cela pose le problème du rapport avec l'objet du marché. Or il est souvent difficile de rattacher un critère social à l'objet du marché.

- **Ais-je le droit de négocier avec une offre irrégulière ou inacceptable au vu de la jurisprudence du conseil d'état ?**

Seules offres inappropriées doivent être d'emblée rejetées. A contrario, il est possible de négocier avec une offre irrégulière ou inacceptable. En revanche, au terme des négociations, toutes les offres doivent être conformes sans quoi elles doivent être écartées.

- **Je précise ma question: comment fixer et mesurer des engagements de performance sur l'incidence écologique sur le long terme: ce n'est pas une garantie, donc est-ce un contrat différent du marché lui-même ?**

Des engagements de performance doivent être prévus au contrat avec des indicateurs permettant d'en vérifier le respect : expertise extérieure.

- **Si je précise dans mon marché que je pars avec les 3 meilleures offres, suis-je obligé de prévenir de suite ceux que je n'ai pas classés dans mes 3 premiers ?**

En MAPA, il n'y a aucune obligation de notifier le rejet tout de suite.

- **On doit donc éliminer les offres irrégulières en marche négocié art 35 ?**

Correction : seules offres inappropriées doivent être d'emblée rejetées. A contrario, il est possible de négocier avec une offre irrégulière ou inacceptable. En revanche, au terme, des négociations toutes les offres doivent être conformes sans quoi elles doivent être écartées.

- **Un marché subséquent peut-il se matérialiser par 3 demandes de devis si l'accord cadre est passé en MAPA ?**

Oui, pour autant que cette modalité de mise en concurrence des marchés subséquents ait été prévue par l'accord-cadre.

- **En cas de négociation doit-on refaire un nouvel acte d'engagement après négociation ou faire une annexe reprenant le compte rendu de la négociation ?**

Il est préférable, sans que cela ne soit obligatoire, de procéder, en fin de négociation, à une version consolidée des documents de l'offre. En revanche, en termes de traçabilité de la procédure, il est important de conserver les offres intermédiaires.

- **En marché négocié je suis donc tenu d'informer ceux dont les offres ne sont pas retenues au cours des phases de la négociation ?**

En procédure négociée (article 35), la notification des rejets en application de l'article 80 ne doit intervenir qu'une fois le choix de l'attributaire effectué.