

En l'état du droit applicable le
2 mai 2016

NOTE JURIDIQUE POUR GECO QUESTIONS/REponses MARCHES PUBLICS



Jérôme MICHON

*Professeur en droit des marchés publics
et privés à l'Ecole Spéciale des Travaux
Publics, du Bâtiment et de l'Industrie*

NOTE JURIDIQUE

POUR « GECO FOOD SERVICE »

187 rue du Temple – 75 003 PARIS

Concernant diverses questions posées suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation des marchés publics le 1^{er} avril 2016

par

Jérôme MICHON

Professeur en droit des marchés publics et privés à l'ESTP-Paris (Ecole Spéciale des Travaux Publics, du Bâtiment et de l'Industrie) ; auteur de plus de 3 000 pages consacrées aux différentes facettes de la réglementation des marchés publics et privés, avec plus de 250 articles juridiques et de nombreux ouvrages spécialisés en droit des marchés publics (publiés aux Editions du Moniteur), dont l'un est préfacé par l'ancienne Présidente de Section du Conseil d'Etat et Présidente du Conseil de la concurrence.



Question n° 1

L'acheteur peut-il toujours choisir le même attributaire lors du renouvellement d'un MAPA ou AO ? Quelles sont les limites ?

Un acheteur soumis aux règles des marchés publics, que ce soit avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation le 1^{er} avril 2016 ou après, doit respecter les principes fondamentaux qui sont : la concurrence, l'égalité de traitement entre les candidats et la transparence. Trois principes fondamentaux de la commande publique, rappelés actuellement par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et qui figuraient déjà dans l'ancien Code des marchés publics et dans l'ordonnance du 6 juin 2005 (applicable aux structures non soumises formellement au CMP mais relevant de la qualification de « pouvoir adjudicateur »). La mise en œuvre de ces principes supposent (notamment) de procéder à la publication d'un avis (ou en dessous de 25 000 euros HT, à une mise en concurrence sommaire, à travers par exemple trois demandes de devis), de rendre publics les critères d'attribution dès le lancement de la consultation, et d'établir un rapport d'analyse des offres, qui ... au nom du principe de transparence, peut être demandé par un candidat ayant soumissionné et n'ayant pas été retenu (sous réserve de ce qui est couvert par le secret commercial et/ou technique).

Si toutes les règles inhérentes aux marchés publics sont bien respectées, et que tous les candidats potentiels ont bien eu une égale chance de remporter un marché public dans le cadre d'une saine concurrence (absence de pratique anticoncurrentielle, etc.), il est possible qu'une même entreprise remporte un marché public après avoir exécuté le précédent, que ce soit en procédure adaptée ou en appel d'offres.

Il n'y a pas de limite particulière, sauf concernant les marchés réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire (art. 37 du décret n° 2016-360) qui ne doivent pas avoir une durée d'exécution supérieure à trois ans, avec un même titulaire ; ce qui tend à plaider en faveur d'un renouvellement de l'identité de leur titulaire tous les trois ans. Mais le caractère « réservé » de ces marchés doit figurer en toutes lettres dans l'avis d'appel public à la concurrence et/ou le règlement de consultation.

Une entreprise qui constate qu'elle n'arrive pas à remporter un marché avec un acheteur déterminé, peut, premièrement réclamer des éléments d'explication qui lui seront utiles pour les prochaines consultations, deuxièmement attaquer sur le terrain du droit de la concurrence, troisièmement rappeler les termes de la position juridique exprimée par la Direction des Affaires Juridiques des Ministères de l'économie et financiers.

❖ **Premier point : demander des éléments d'explication.**

En effet, le candidat non retenu doit systématiquement recevoir un courrier lui notifiant le rejet de son pli, qui sera accompagné – pour les procédures autres que celle dite « adaptée » (MAPA) – des motifs de rejet de son offre. La nouvelle réglementation exonère les acheteurs à communiquer les motifs de rejets d'une candidature ou offre en MAPA, mais l'impose pour les autres procédures. Ces motifs ne peuvent se limiter à la communication d'une note ou d'un classement. L'acheteur doit justifier par du rédactionnel précis, la notation moins élevée que le candidat rejeté à obtenu. De plus, le nom du titulaire, le montant de son offre et les caractéristiques de celle-ci, sont communicables. Le candidat non retenu peut quoiqu'il en soit, en MAPA, demander tous ces éléments d'informations, après avoir reçu son courrier de rejet, et il devra les recevoir au plus tard quinze jours après la réception de sa demande.

Le candidat non retenu peut aller plus loin, en demandant la copie de l'intégralité du rapport d'analyse des offres (expurgé de ce qui est couvert par le secret commercial et/ou technique), la copie des procès-verbaux de commission d'appel d'offres (CAO) et autres commissions ad hoc, la copie des conclusions d'éventuelles phases de négociation, la copie de l'acte d'engagement du titulaire, etc. Par contre, le Conseil d'Etat vient de préciser qu'un acheteur n'était pas tenu de communiquer le « bordereau de prix unitaires » (BPU) à la demande d'un candidat, au motif que celui-ci comporte des éléments couverts par le secret commercial (CE, 30 mars 2016, « Centre Hospitalier de Perpignan », n° 375529).

❖ **Deuxième point : attaquer sur le terrain du droit de la concurrence.**

Une entreprise étant titulaire systématiquement d'un même marché auprès d'un acheteur, peut constituer un « abus de position dominante » pouvant être sanctionné au titre du droit de la concurrence. Ce dernier est en effet caractérisé par une régulation de la concurrence, en sanctionnant les entreprises qui – localement – sont en position tellement dominante, qu'il n'y a plus de saine concurrence possible. Ainsi, l'Autorité de la Concurrence peut sanctionner une entreprise qui remporte tous les marchés dans un même département ou une région, au point que ses concurrents n'ont plus accès au moindre marché, par exemple avec le secteur public. Outre une amende, l'entreprise prise en position d'abus, pourra être contrainte de renoncer à un marché, ou à vendre une partie de son activité, pour qu'une nouvelle relative concurrence ait lieu.

Ces faits sont difficiles à démontrer. Mais de la jurisprudence existe : elle est consultable sur le site internet de l'Autorité de la Concurrence. Il s'agit d'une appréciation cas par cas.

L'entreprise rejetée systématiquement, s'estimant être lésée, au titre du droit de la concurrence, peut bien évidemment saisir directement l'Autorité de la Concurrence, mais le plus courant, est plutôt l'envoi d'un courrier auprès de la DIRECCTE, qui a le pouvoir d'enquêter et de vérifier non seulement le bon respect des règles des marchés publics mais également l'existence des conditions d'une saine concurrence. La DIRECCTE est la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Elle a succédé aux DDCCRF. Elle dépend au niveau national, de la DGCCRF (Direction Générale au sein du Ministère de l'Economie).

Les agents de la DIRECCTE enquêteront sur la base d'un courrier rédigé sur un style « interrogatif » et non « accusateur » : il ne convient pas d'accuser un acheteur d'avoir commis une illégalité ou une entreprise concurrente d'avoir commis un abus de position dominante, car en ce cas, l'auteur du courrier doit dénoncer de tels faits au Procureur de la République (à défaut, cela risque d'être considéré comme étant une simple diffamation) ; mais il convient simplement de faire part de sa perplexité, du fait que l'on se demande s'il n'y aurait pas eu abus, etc. La DIRECCTE appréciera l'opportunité d'ouvrir une enquête. Elle peut décider de classer le dossier. En ce cas, l'entreprise mécontente peut saisir directement l'Autorité de la concurrence.

❖ Troisième point : rappeler la position de la DAJ du Ministère de l'économie

S'agissant des marchés inférieurs à 25 000 euros HT, pour lesquels aucune mesure de publicité n'est définie par le décret n° 2016-360, la Direction des Affaires Juridiques des Ministères de l'économie et financiers, rappelle que « pour ces achats, les acheteurs ne sont soumis qu'à l'obligation, de bon sens, de veiller à assurer une utilisation optimale des deniers publics, c'est-à-dire d'acheter de manière pertinente en sollicitant, s'il y a lieu, différents prestataires » (fiche technique « les MAPA et autres marchés de faible montant, 29 avril 2016).

La DAJ rappelle par ailleurs 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 » (fiche technique « les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables », p. 10, 30 mars 2016).

Si ce principe s'applique, comme le rappelle la DAJ, pour les marchés inférieurs à 25 000 euros HT, il s'applique d'autant plus pour ceux supérieurs à ce seuil.

Quoi qu'il en soit, dans tous les cas de figure, la commission d'une illégalité ou infraction, ne se préjuge pas et ne découle pas du simple constat qu'une même entreprise remporte systématiquement le même marché attribué par un même pouvoir adjudicateur.



Question n° 2

Est-il possible de prolonger un marché à la fin d'un accord-cadre ?

Cela dépend du type d'accord-cadre.

Sous l'empire de la nouvelle réglementation, entrée en vigueur le 1^{er} avril dernier, il existe deux grandes catégories d'accords-cadres.

- ❖ Ceux pour lesquels l'acheteur a défini l'ensemble des clauses et la nature de ses besoins. Cela correspond aux anciens « marchés à bons de commande ». Ces accords-cadres débouchent sur l'envoi directement de bons de commande au(x) titulaire(s) de l'accord-cadre.
- ❖ Ceux pour lesquels l'acheteur n'a pas défini l'ensemble des clauses et la nature précise de ses besoins. Dans un second temps, l'acheteur devra procéder à une nouvelle consultation, pour la conclusion de marchés subséquents. En d'autres termes, l'accord-cadre est un référencement d'opérateurs économiques, qui ont gagné seulement l'assurance d'être consulté chaque fois qu'un besoin surviendra en cours de vie de l'accord-cadre. Et l'acheteur envoie une lettre de consultation (pouvant être adressée par simple e-mail) aux titulaires de l'accord-cadre (interdiction de procéder à la publication d'un avis, la consultation est en cercle clos au sein de l'accord-cadre), pour conclure un marché subséquent, qui débouchera sur une véritable commande.

Ainsi, dans le premier cas, on est face à un accord-cadre dit « à bons de commande » et donc, il n'est pas possible de prolonger un tel accord-cadre au-delà de sa durée maximale légale de quatre ans. La réglementation, autant celle d'avant le 1^{er} avril 2016, que celle actuellement en vigueur, limite en effet les accords-cadres à quatre années, s'agissant de « pouvoirs adjudicateurs », sauf cas d'investissements exceptionnels nécessitant – dès le départ – une durée plus longue. A noter que pour les « entités adjudicatrices » qui sont des acheteurs passant des marchés dans des activités de réseau d'eau, d'énergie, de transports et de services postaux, la durée maximale d'un accord-cadre est de huit ans.

Mais clairement, s'agissant d'un tel accord-cadre « à bons de commande » (correspondant aux anciens marchés à bons de commande), il n'est pas possible de les prolonger au-delà de leur durée maximale fixée par la réglementation, qui est en principe de quatre années.

S'agissant du second type d'accord-cadre, c'est-à-dire débouchant sur des marchés subséquents, il y a une durée maximale également de quatre ans de l'accord-cadre (sauf les deux exceptions évoquées ci-dessus), donc il n'est pas possible de prolonger la durée d'un tel « accord-cadre » au-delà de celle-ci. Mais concernant les marchés subséquents, ils doivent être lancés et attribués pendant la durée de vie de l'accord-cadre dont ils dépendent. Par contre, il est exact qu'ils devraient – normalement – ne pas bénéficier d'une durée d'exécution dépassant la durée prévue pour l'accord-cadre lui-même. Cependant, en pratique, il arrive très souvent qu'un marché subséquent dépasse la durée de vie d'un accord-cadre et cela n'a pas donné lieu, pour l'instant, à une jurisprudence sanctionnant cela. Quoiqu'il en soit, la durée du marché subséquent ne doit pas dépasser la durée maximale légale, qui est également de quatre ans.

La véritable problématique est en réalité celle de la légalité de la décision de prolongation d'un marché subséquent à un accord-cadre.

Il n'existe plus véritablement de fondement légal au sein de la réglementation actuelle pour justifier une telle prolongation. D'autant que l'acheteur devrait procéder à une nouvelle consultation des titulaires de l'accord-cadre pour passer un nouveau marché subséquent. Mais s'il est arrivé à l'échéance de son accord-cadre, il ne peut plus le faire, et donc ... la prolongation d'un marché subséquent existant revient à contourner l'obligation juridique de procéder à une nouvelle consultation (avec publication d'avis cette fois), soit pour conclure un nouveau marché public, soit un nouvel accord-cadre. Dans tous les cas de figure, une telle prolongation est d'une fragilité juridique indéniable, susceptible d'être contestée. L'argument pouvant être invoqué, qui reposerait sur la naissance de « nouveaux besoins » non prévus dans le marché subséquent initial, est irrecevable, car ces derniers nécessiteraient une remise en concurrence. Un autre argument qui reposerait sur une « urgence » de commandes nouvelles, ne se traduirait pas par une prolongation d'un marché subséquent, mais plutôt par l'établissement d'un nouveau marché défini dans la nouvelle réglementation. Le cas de l'urgence, si ses conditions d'application sont réunies, faisant sortir l'acheteur du champ de l'accord-cadre lui-même et de ses marchés subséquents.

En réalité, très souvent, l'acheteur décide de prendre une « décision de poursuivre » de son marché subséquent, qui est probablement à « bons de commande », au-delà de sa durée initiale, car il n'a pas atteint le montant maximum de commandes prévues dans le marché, ou encore ... parce qu'il a oublié de relancer un nouveau marché et éventuel accord-cadre, et surtout de les notifier – avant – l'échéance de ceux précédemment conclus. Or les « décisions de poursuivre » n'ont plus la moindre existence juridique dans le cadre de la nouvelle réglementation des marchés publics. A aucun moment, l'ordonnance n° 2015-899, le décret n° 2016-360 et les autres textes réglementaires applicables, ne traitent du cas d'une éventuelle « décision de poursuivre ». De plus, sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, les décisions de poursuivre étaient soumises à la même réglementation applicable aux « avenants ». Le formalisme de conclusion de ces derniers devait être respecté, ainsi que toutes les limitations aux possibles ex-avenants, désormais appelés « modifications en cours d'exécution » (art. 139 du décret n° 2016-360).



Question n° 3**Est-il légal de réaliser du « hors marché » sur un montant de 7 % de la valeur totale d'un marché (pratique très courante, texte réglementaire ?...) ?**

Les commandes « hors marché » sont par définition illégales et n'ont plus le moindre fondement juridique depuis au moins la grande refonte de la réglementation des marchés publics intervenue en mars 2001. Mais le Code des marchés publics contenait parfois, au grès de ses versions successives, des opportunités de souplesses de commandes.

❖ Avec le Code des marchés publics applicable de 2006 au 1^{er} avril 2016

L'article 76-VII du Code des marchés publics prévoyait que, « pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur puisse s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires de l'accord-cadre, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas la somme de 10 000 euros HT. Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum de l'accord-cadre lorsque celui-ci est prévu ». Cela signifiait donc que si l'acheteur avait déjà conclu un « accord-cadre » (qui n'était pas un marché à bons de commande), portant par exemple sur des denrées alimentaires, il pouvait commander directement à un autre fournisseur que celui titulaire dudit accord-cadre, des prestations qui relevaient normalement du champ des achats couverts par cet accord-cadre, pour moins de 10 000 euros HT.

De plus, l'article 77-III du Code des marchés publics, prévoyait que, s'agissant spécifiquement cette fois d'un « marché à bons de commande » (et non plus d'un accord-cadre), « pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur puisse s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1 % du montant total du marché, ni la somme de 10 000 Euros HT. Le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum du marché lorsque celui-ci est prévu ». Cela signifiait que l'acheteur ayant conclu un marché à bons de commande (concernant, par exemple, des denrées alimentaires), pouvait commander directement à un autre que celui titulaire de ce marché (certaines denrées alimentaires), pour moins de 10 000 euros HT et moins de 1 % du montant estimé du marché à bons de commande. Ces deux conditions étaient cumulatives.

❖ Depuis le 1^{er} avril 2016

Toutes ces possibilités ont disparues. A aucun moment la nouvelle réglementation ne contient de telles dispositions, au niveau des accords-cadres (sachant que les anciens « marchés à bons de commande » sont désormais qualifiés d' « accords-cadres »).

De plus, pour l'appréciation des seuils de publicité et mise en concurrence (notamment celui de 25 000 euros HT), il convient de prendre en compte la notion de « famille homogène » de prestations de services et/ou de fournitures ; et la notion d' « opération » en travaux. Cela veut dire que ce n'est pas permis de commander directement à un prestataire, pour un montant de moins de 25 000 euros HT, (par exemple) de viennoiseries, alors que sur une année, l'acheteur dépense pour plus de 25 000 euros HT dans la famille « denrées alimentaires ». Au sein de cette famille, il est parfois possible de fractionner en plusieurs catégories, une dizaine au grand maximum, mais cela ne doit en aucun cas aboutir à un fractionnement artificiel de prestation totalement illégal, tendant à échapper à l'application des obligations concurrentielles de marchés publics.

Par contre, il convient de souligner que la nouvelle réglementation clarifie un point essentiel : l'article 21-II du décret n° 2016-360 prévoit que l'acheteur peut raisonner sur seulement un an, même si son besoin est récurrent (ce qui est le cas pour les denrées alimentaires). Ce n'est pas parce qu'il va en avoir besoin – forcément – pendant plusieurs années, qu'il doit nécessairement cumuler ses volumes estimés d'achats sur plusieurs années. Il peut raisonner seulement sur une année... sauf s'il décide de conclure un marché pluriannuel (dans ce cas, il doit prendre le montant en euros HT sur la durée totale et maximale d'exécution dudit marché qu'il envisage d'établir).

L'article 21-II du décret n° 2016-360 prévoit en effet que : « pour les marchés publics de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, la valeur estimée mentionnée au I est calculée sur la base :

- 1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché public ;
- 2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché public. »

D'une manière générale, quelle que soit la version du Code des marchés publics et autres textes applicables en marchés publics, y compris avant la refonte importante intervenue en 2001, la tolérance de 7 % de commandes hors marchés n'a jamais été consacrée expressément par un texte juridique, ni par la jurisprudence.



Question n° 4

Qu'en est-il de l'usage des acheteurs qui ne peuvent pas inscrire de marques dans leurs cahiers des charges mais qui sont nombreux à inscrire « du type ... » (exemple : crème chocolat type Danette) ?

La réglementation, compte tenu de l'évolution des termes des directives européennes, a changé depuis quelques années, concernant la mention de « marques », « labels », « brevets », ... et de l'expression « du type » ou « similaire », ou « équivalent ».

Avant le Code des marchés publics adopté en 2006, la jurisprudence sanctionnait principalement l'oubli par un acheteur de mentionner l'expression « ou similaire », ou encore, « ou équivalent », après l'indication d'une marque dans une pièce de consultation d'un marché public.

Suite à l'adoption des directives européennes de 2004, la réécriture du Code des marchés publics intervenue en 2006 a entrepris une nouvelle étape dans l'ouverture libre à la concurrence et l'étendue des offres possibles par les candidats.

L'article 6-IV du Code des marchés publics applicable de 2006 au 1^{er} avril 2016, prévoyait ainsi, que « les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits ».

Mais ce même article prévoyait une tolérance, uniquement dans des circonstances particulières. Il précisait que « toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : " ou équivalent " ».

Cela voulait dire que la mention d'une marque n'était possible que si l'acheteur était dans l'impossibilité, en toute objectivité, de définir son besoin avec suffisamment de précision pour qu'il soit compréhensible par des candidats potentiels. Et dans ce cas, il devait ajouter la mention « ou équivalent ».

En cantonnant également cette latitude à de rares cas, via l'expression « à titre exceptionnel » mentionné dans cet article 6-IV du Code, celui-ci excluait d'office l'éventualité de retrouver de telles marques mentionnées dans un marché à bons de commande. En effet, un tel marché fait appel – par définition – à une récurrence de commandes, donc, à une absence de « caractère exceptionnel ». Dans un tel marché, si une marque était exigée par l'acheteur de manière récurrente, cela ne répondrait pas à un besoin exceptionnel imposé par l'article 6-IV du Code des marchés publics.

Par contre, depuis 2006, le Code a autorisé les acheteurs à exiger le respect d'un « label » ... « ou équivalent », dans un marché public. Ce n'était pas le cas antérieurement. Cela découle de la réglementation européenne et de la jurisprudence plus ou moins tolérante de la Cour de justice de l'Union européenne (cf. l'arrêt de la CJUE, du 10 mai 2012, « Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas », aff. C-368/10, s'agissant du label « Max Havelaar » et « Eko » et de produits issus de l'agriculture biologique et du commerce équitable).

Mais l'article 6-VII du Code des marchés publics restreignait la notion de « label » au cumul des conditions suivantes :

- 1° L'écolabel doit être approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché ;
- 2° Les mentions figurant dans l'écolabel doivent avoir été établies sur la base d'une information scientifique ;
- 3° L'écolabel doit avoir fait l'objet d'une procédure d'adoption à laquelle ont participé des représentants des organismes gouvernementaux, des consommateurs, des fabricants, des distributeurs et des organisations de protection de l'environnement ;
- 4° L'écolabel doit être accessible à toutes les parties intéressées.

Et il précisait que « le pouvoir adjudicateur peut indiquer, dans les documents de la consultation, que les produits ou services ayant obtenu un écolabel sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques mais est tenu d'accepter tout moyen de preuve approprié ».

Avec la nouvelle réglementation des marchés publics applicable depuis le 1^{er} avril 2016, on peut constater que ce sont les mêmes règles qui s'appliquent.

L'article 10 du décret n° 2016-360 autorise une même exigence de « labels » dans le cadre de marchés publics de travaux, fournitures ou services « présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre ». Il précise que les conditions suivantes doivent être respectées :

- 1° Les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché public ;
- 2° Les exigences en matière de label sont fondées sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires ;
- 3° Le label est établi par une procédure ouverte et transparente ;
- 4° Le label et ses spécifications détaillées sont accessibles à toute personne intéressée ;
- 5° Les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

Et la réglementation exige que toute équivalence d'un tel « label » soit acceptée.

S'agissant des « marques », « brevets » et autres mentions « du type ... », les nouvelles règles sont identiques à celles antérieures, consacrées dès 2006.

L'article 6 du décret n° 2016-360 précise ainsi, que « les spécifications techniques sont formulées :

1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, choisis dans l'ordre de préférence suivant et accompagnés de la mention « ou équivalent » :

a) Les normes nationales transposant des normes européennes ;

b) Les évaluations techniques européennes ;

c) Les spécifications techniques communes ;

d) Les normes internationales ;

e) Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché public et à l'acheteur d'attribuer le marché public. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales ;

3° Soit en combinant le 1° et le 2°.

En conséquence, on retrouve la même logique que celle consacrée par le Code applicable entre 2006 et le 1^{er} avril 2016.

L'avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics, publié au JORF le 27 mars 2016 (JORF n° 0074, texte 65), qui complète l'article 6 ci-dessus évoqué du décret n° 2016-360, confirme la même logique de raisonnement, désormais applicable à tous les marchés publics.



Question n° 5

Les nouvelles règles du Code permettent aux attributaires de proposer des prix différents en fonction du nombre de lots qu'ils pourraient recevoir. Quelles en sont les limites (exemple : concurrence entre un distributeur ayant la capacité à répondre sur plusieurs lots et un distributeur qui ne pourrait répondre qu'à un seul lot) ?

Il y a deux nouvelles règles concernant l'allotissement, qui ne doivent pas être confondues.

L'article 12-III du décret n° 2016-360 autorise un « acheteur à indiquer dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire.

Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal ».

Et l'article 32-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 prévoit que « les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus ».

Que l'on se comprenne bien : il faut d'une part que l'acheteur l'ait « autorisé », et d'autre part, que cela prenne la forme d' « offres variables ».

Concrètement, il faut que l'acheteur mentionne dans son règlement de consultation et/ou avis d'appel public à la concurrence : premièrement, que les variantes sont autorisées (et non pas interdites) ; deuxièmement, que les candidats peuvent proposer une variante économique s'ils remportent X lots ou pour les lots n° 1, 3, 7 et 11 (par exemple) ; et dès lors, uniquement dans ce cas, un opérateur économique candidat pourra proposer une telle variante, mais à condition ... de présenter quand même une offre à la demande de base de l'acheteur. Bien des acheteurs en effet, exigent qu'une « offre de base » soit systématiquement présentée, même si une variante est possible. Mais cette exigence devra figurer noir sur blanc dans le règlement de consultation. Sinon, le candidat pourra proposer uniquement une variante (offre unique pour plusieurs lots cumulés, sous la forme d'une variante), sans proposer d'offre de base (offre pour chacun des lots).

En outre, l'article 58-II du décret n° 2016-360 prévoit que « l'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ». Cela signifie qu'un acheteur peut parfaitement imposer à tous les candidats qu'ils proposent une « offre variable » selon le nombre de lots attribués. Avant le 1^{er} avril 2016, il n'était pas légal d'exiger la présentation d'une variante. Désormais, un acheteur peut exiger la présentation d'une variante. Mais dans cette hypothèse, l'acheteur doit mentionner dans les documents de consultation « les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation » (article 58-III du décret n° 2016-360).

Si toutes ces conditions sont respectées, il n'y a pas véritablement de limites, sauf ... à ce que l'exigence d'une variante économique débouchant sur un cumul de différents lots, aboutisse à une atteinte à l'obligation d'allotissement et à l'accès d'opérateurs économiques à la commande publique.

Il est clair que le principe, est celui de l'obligation de faire des lots, eu égard à leurs objets « techniques » ou conditions d'exécution, ou situation géographique de livraison, etc. et que l'exigence d'une variante économique imposant le cumul de plusieurs lots, revient en fait à contourner cette obligation. Il est donc fort probable (et quasiment certain) que la future jurisprudence des Tribunaux, admettra l'utilisation de cette possibilité « d'exiger » une variante, uniquement en dehors du cas d'un cumul de plusieurs lots. Par contre, qu'un acheteur exige une offre de base pour chacun de ses lots, qu'il aura définis dans le respect de l'obligation d'allotissement, et qu'il autorise (mais n'exige pas) l'établissement d'une variante (« offre variable » dit l'ordonnance n° 2015-899) eu égard à l'éventualité où plusieurs lots seraient attribués à un même opérateur économique, est une pratique désormais parfaitement légale. Dans ce dernier cas, il n'y aura pas en effet, d'atteinte aux règles de concurrence, ni à l'obligation d'allotissement, puisque le candidat pourra répondre à chaque lot qui l'intéresse ... et ... s'il le souhaite ... proposer une offre variable (plus économique) s'il remporte plusieurs lots.

Quoiqu'il en soit, il est exact que le découpage en lots distincts (avec ou non des variantes autorisées ou exigées), ne doit pas aboutir à écarter d'office la candidature potentielle d'une catégorie d'opérateur économique. En clair, un distributeur ou un fournisseur, doit pouvoir directement soumissionner à un marché public (lot par lot), qu'il s'agisse d'un fabricant ou d'un intermédiaire. En pratique, cela n'est pas toujours respecté, mais il existe une fragilité juridique dans les marchés qui excluent, soit les intermédiaires, soit les fabricants eux-mêmes. On ne peut privilégier une catégorie au détriment d'une autre, dans un marché public.

Enfin, s'agissant de l'hypothèse évoquée dans la question, d'un distributeur qui pourrait répondre à tous les lots, et d'un autre qui pourrait répondre uniquement à certains d'entre eux, on peut rappeler – outre bien évidemment ce que nous avons déjà évoqué ci-dessus – qu'un groupement d'opérateurs économiques est possible. Les groupements « conjoints » ou « solidaires » sont consacrées à nouveau par la réglementation des marchés publics, notamment à l'article 45 du décret n° 2016-360. Mais, encore une fois, un marché (étant précisé que chaque « lot » est juridiquement un « marché ») ne doit pas nécessiter la mise en place d'un groupement d'entreprises pour pouvoir être satisfait. Il doit y avoir une saine ouverture à la concurrence.

De plus, l'analyse des offres peut s'avérer complexe pour l'acheteur qui aura autorisé des offres variables : certains candidats auront proposé uniquement des offres de base, d'autres auront proposé une variante plus économique s'ils remportent plusieurs lots, voire même uniquement une telle variante (sans offre de base) si cela était autorisé par le règlement de consultation. Donc, les acheteurs devront être vigilants durant l'analyse des offres. Le principe est toujours le même : on compare d'abord les offres de base entre elles, puis les variantes entre elles, et enfin, la synthèse est établie (avant toute phase éventuelle de négociation). Un candidat pourra ne pas avoir été classé premier sur plusieurs lots et gagner malgré tout, tous les lots, grâce à une offre variable plus économiquement performante.

A noter, qu'à l'occasion d'une phase de négociation, une telle proposition commerciale, liée au cumul de plusieurs lots, pourra être également proposée (si bien évidemment, le règlement de consultation le permettait : à savoir, non seulement, s'il prévoyait une éventuelle phase de négociation, mais également, que celle-ci puisse porter sur un cumul éventuel de lots). Ceci est d'autant plus exact, que l'article 59-III du décret n° 2016-360 va désormais jusqu'à autoriser la régularisation d'offres « irrégulières », même dans le cadre d'une phase de négociation. Rappelons que la « négociation » doit avoir été prévue pour être possible dans le cadre d'une « procédure adaptée » (MAPA), comme le rappelle l'article 27 du décret n° 2016-360 et l'arrêt du Conseil d'Etat, 18 septembre 2015, n° 380821, « Société Axxess ». La négociation étant par ailleurs interdite dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres.