

Secrétariat général du gouvernement

Direction des achats, du patrimoine et des moyens

Service des achats et des marchés

Bureau de l'assistance et de la réglementation

GUIDE DES MARCHES PUBLICS NOUVELLE-CALEDONIE

Délibération n°424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics de toute nature passés au nom de la Nouvelle-Calédonie, du congrès de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, des communes, de leurs établissements publics et de leurs groupements d'intérêt public.

Remerciements particuliers aux personnes suivantes, pour leurs contributions diverses :

- Camille Kupisz, directeur des achats, du patrimoine et des moyens (DAPM), gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (GNC)
- Djamil Abdelaziz, directeur adjoint de la DAPM, GNC
- Sébastien Jégoux, chef du service achats et marchés (SAM), DAPM, GNC – *initiateur du concept*
- Valérie Pujalte-Deuve, chef adjointe SAM, DAPM, GNC
- Joann Winchester, chef du bureau des achats publics (BAP), SAM, DAPM, GNC
- Vy-Vaunny Hallette, chargée d'études juridiques, assistance marchés, BAR, SAM, DAPM, GNC
- Christopher Hnamekune, stagiaire au SAM, master 2 droit public
- Dania Schavits, chargée d'études juridique, assistance marchés, BAR, SAM, DAPM, GNC
- Véronique Capseta-Palleja, chargée d'études juridique, gestionnaire CAO, BAR, SAM, DAPM, GNC
- Paul Ivami, chef du service de l'exécution budgétaire (SEB), direction du budget et des affaires financières (DBAF), GNC
- Jean-Gaël Granero, chef du bureau des collectivités locales, DLAJ, HC
- Marie Jeanne Pesenti, responsable de la division expertise et animation du réseau, direction des finances publiques de Nouvelle-Calédonie (DFIPNC)
- Florence Brossart, contrôleur principal, Paierie de la Nouvelle-Calédonie, DFIPNC
- Aurélie Zoude Le Berre, présidente de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie (ACNC)
- Suzanne Forest, responsable du bureau des marchés, service des affaires juridiques, province Nord (PN)
- Sylvie Chailleux, chargée de mission PN
- Yves Masure, responsable des marchés et de la qualité (MQ), direction de l'aménagement, de l'équipement et des moyens (DAEM), province Sud (PS)
- Romain Azais, MQ, DAEM, PS
- Joël Sastourné-Haletou, directeur de l'association française des maires de Nouvelle-Calédonie (AFM)
- Diane Rodriguez, chef du service juridique, office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT NC)
- Jennifer Martin-Rodriguez, responsable des affaires juridiques, chambre de commerce et d'industrie (CCI)
- Anne-Cécile Moinardeau, chargée d'études juridiques, Port Autonome de la Nouvelle-Calédonie (PANC)
- Maître Eric Bineteau, avocat, formateur contentieux marchés publics à l'institut de formation à l'administration publique (IFAP)

Historique des versions du document :

Version	Date	Rédaction	Observations
0.9	8/11/2019	JM. Perry	
1.0	2/06/2020	JM. Perry	Modifications, mises à jour, et compléments principaux : - synoptique sur chaque phase - objet unique, contrats hors D424, dépenses hors marché - allotissement obligatoire - sûretés : utilisation en délai de garantie - modifications marché de maîtrise d'œuvre - mesures coercitives, mise en régie, résiliation pour faute - résiliations sans faute, procédures collectives (liquidation, etc...) - gestion des pénalités (annulation, recours gracieux, ...)
1.1	21/09/2020	JM. Perry	- erreur de référence dans le § 3.2.7.3 : aller au 7.5.2 et non au 7.3.2 - § 7.5.2 : nouvelle rédaction type remboursement avances - reformulation marchés cadres au § 3.2.1 - mise à jour du tableau des formes de soumission § 3.2.4.1 - soumission d'une personne publique à un marché public § 2.4.1 - mise à jour plan type rapport d'analyse § 5.6 - correction du 2 ^e alinéa de l'article 72 de la D424 au § 7.4.4

Contacts :

Valérie Pujalte-Deuve – chef adjointe du service des achats et des marchés (SAM) – valerie.pujalte-deuve@gouv.nc
Jean-Marc Perry – responsable du bureau assistance et réglementation au SAM – jean-marc.perry@gouv.nc

Pour tirer le meilleur parti de ce guide sous format Word, dans l'onglet Affichage, cocher « Volet de navigation » afin d'afficher le sommaire et de naviguer facilement dans le document, en fonction de la phase du marché et du sujet recherché.

SOMMAIRE

SOMMAIRE

SOMMAIRE	4
GLOSSAIRE THÉMATIQUE - ABRÉVIATIONS	7
(CONVERSATION VIRTUELLE ...)	8
INTRODUCTION : LES MARCHÉS PUBLICS EN NOUVELLE-CALÉDONIE	9
LE GUIDE DES MARCHÉS PUBLICS	10
L'ÉVOLUTION DE LA RÉGLEMENTATION AU 1^{ER} JANVIER 2020	10
SYNOPTIQUE GENERAL DES 7 PHASES D'UN MARCHÉ PUBLIC	11
PHASE 1 : LA DÉFINITION DU BESOIN ET DE L'OBJET DU MARCHÉ	12
1.1 - LA DÉFINITION DU BESOIN	13
1.2 - LE GROUPEMENT DES BESOINS AVEC D'AUTRES ACHETEURS PUBLICS (ART. 6-1 RMP)	14
1.3 - LE SOURCING	15
1.4 - L'OBJET UNIQUE	16
PHASE 2 : LE CHOIX DE LA PROCEDURE	18
2.1 – S'AGIT-IL D'UN MARCHÉ PUBLIC ?	19
2.2 – MARCHÉ PUBLIC OU DEPENSE « HORS MARCHÉ » ?	20
2.3 – LES PROCEDURES « HORS MARCHÉ »	21
2.3.1 - EXEMPLE DE REGLEMENT INTERIEUR.....	21
2.3.2 - EXEMPLE DE DELIBERATION SPECIFIQUE	21
2.3.3 – EXEMPLE DES COMMANDES DE FAIBLE MONTANT EN METROPOLE	22
2.3.4 - BONNES PRATIQUES POUR LES ACHATS, COMMANDES ET CONTRATS « HORS MARCHE », EXCLUS DE LA RMP NC	22
2.4 – LES PROCEDURES DE PASSATION PREVUES PAR LA REGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS	23
2.4.1 - COMMANDES OU DEPENSES EXCLUES DES REGLES DE LA RMP (ARTICLE 2-1 D136, ART. 2-1 § I D424, ART 2-2 RMP)	24
2.4.2 - COMMANDES OU DEPENSES EXCLUES DES REGLES DE LA RMP, A « PROCEDURES ADAPTEES » (ART. 2-1, § II D424)	27
2.4.3 – MARCHES PASSES SUR APPEL D'OFFRES (ARTICLES 24 A 32 RMP).....	28
2.4.3.1 – Appel d'offres ouvert (art. 24 RMP) C'est la procédure « standard » pour un marché public.	28
2.4.3.2 – Appel d'offres restreint (art. 24 RMP)	28
2.4.3.3 – Appel d'offres avec concours (art. 29 à 32 RMP)	29
2.4.4 – DIALOGUE COMPETITIF (ARTICLES 32-1 A 32-3 DU RMP)	30
2.4.5 – MARCHES DE GRE A GRE (ARTICLES 34 ET 35 D136 – ARTICLES 34, 35, 35-1, 35-2, 35-3 D424)	31
2.4.6 – INDEMNISATION DE CERTAINS ELEMENTS D'APPRECIATION DES OFFRES.....	35
PHASE 3 : LA REDACTION DU DOSSIER DE CONSULTATION (PROCEDURES D'APPEL D'OFFRES)	36
3.1 – COMPOSITION DU DOSSIER DE CONSULTATION	37
3.2 – CONDITIONS DU MARCHÉ	38
3.2.1 – Formes particulières de marché, marchés fractionnés (art 33).....	38
3.2.2 – Allotissement.....	39
3.2.3 - Tranches.....	41
3.2.4 – Formes des soumissions : entreprise seule, groupement, cotraitance, sous-traitance	42
3.2.5 – Les pièces du marché, les mentions du marché, le CCAG applicable.....	45
3.2.6 – Caractère des prix (forfaitaires, unitaires, ferme, révisable, provisoire, définitif).....	48
3.2.7 – Avances	53
3.2.8 – Acomptes.....	54
3.2.9 – Délais et pénalités	56
3.2.10 – Sûretés (garanties financières).....	57
3.3 – CONDITIONS DE LA CONSULTATION	58
3.3.1 – Clauses relatives au respect des règles relatives à la concurrence	58
3.3.2 – Réservation de marché, insertion sociale et professionnelle.....	59
3.3.3 - Variantes, options	60
3.3.4 – Justificatifs relatifs aux capacités.....	61
3.3.5 – Critères et sous-critères de jugement des offres	63
3.3.6 – Notation des offres.....	65

3.3.7 – Estimation, mini, maxi des marchés à commandes, à bons de commandes, et marchés cadres.....	66
3.3.8 – Critère du caractère inacceptable de l'offre	67
3.3.9 – Critère d'équivalence.....	67
3.3.10 – Visite des lieux	68
3.3.11 - Questions, réponses, modifications.....	68
PHASE 4 : LA MISE EN CONCURRENCE (PROCEDURES D'APPEL D'OFFRES)	69
4.1 – AUTORISATION DE LANCER LA PROCÉDURE DE MARCHÉ	70
4.1.1 - Autorisation liée à l'inscription budgétaire	70
4.1.2 – Autorisation de l'exécutif (voir aussi § 6.2 du présent guide)	70
4.2 – SUPPORT DE PUBLICATION	71
4.3 – OBLIGATIONS LIÉES A LA DÉMATÉRIALISATION	72
4.4 – CONTENU DE L'AVIS D'APPEL À LA CONCURRENCE	73
4.5 – CHECK-LIST DE REPONSE A UN APPEL D'OFFRES (NON EXHAUSTIVE)	74
4.6 – GESTION DES QUESTIONS, MODIFICATIONS, PROLONGATIONS	75
4.6.1 - Questions	75
4.6.2 - Modifications	75
4.6.3 - Prolongation du délai de remise des offres (recommandations)	75
4.7 – TRANSMISSION ET CONSERVATION DES SOUMISSIONS.....	76
PHASE 5 : LE TRAITEMENT DES SOUMISSIONS (PROCEDURES D'APPEL D'OFFRES)	77
5.1 – COMPOSITION DES COMMISSIONS ET JURY	78
5.1.1 - La commission d'appel d'offres (appel d'offres ouvert, restreint, dialogue compétitif, gré à gré)	78
5.1.2 – Le jury (appel d'offres avec concours) et ses modalités de procédure particulières	80
5.1.3 – La commission technique de dépouillement CTD (d'une CAO ou d'un jury).....	81
5.2 – ACTEURS ET RÔLES	82
5.3 – OUVERTURE DES SOUMISSIONS (APPEL D'OFFRES OUVERT)	83
5.4 – TRAITEMENT DES CANDIDATURES	85
5.4.1 – Motifs possibles de rejet d'une candidature	85
5.4.2 – Motifs d'exclusion des candidats de la procédure de passation (nouvel art 14-3 D424)	86
5.5 – VÉRIFICATION ET ANALYSE DES OFFRES (APPEL D'OFFRES OUVERT OU RESTREINT).....	87
5.6 – RENDU DE L'ANALYSE DES OFFRES	88
5.7 – DÉCISIONS CAO, CLASSEMENT, ATTRIBUTION	89
PHASE 6 : LA PASSATION DU MARCHÉ.....	90
6.1 – VÉRIFICATION DE RÉGULARITÉ FISCALE ET SOCIALE	91
6.2 – AUTORISATION DE L'ORGANE DELIBERANT.....	92
6.3 – DECISION D'ATTRIBUTION - INFORMATION DES CANDIDATS.....	93
6.4 – MISE AU POINT DU MARCHÉ	94
6.5 – RAPPORT DE PRESENTATION DU MARCHÉ	95
6.6 – PROCÉDURE D'ENGAGEMENT	96
6.6.1 – Principes généraux de la comptabilité publique	96
6.6.2 - Principes budgétaires	96
6.6.3 – Engagement du marché	96
6.6.4 – Signature du marché	97
6.7 – NOTIFICATION DU MARCHÉ	98
6.7.1 – Formalités relatives au contrôle de légalité	98
6.7.2 – Notification du marché.....	99
6.7.3 – Rendu exécutoire.....	99
6.8 – AVIS D'ATTRIBUTION	100
6.9 – DEMANDE D'INFORMATIONS PAR LES CANDIDATS (CADA).....	101
6.9.1 – Principe de liberté d'accès aux documents administratifs	101
6.9.2 - Points de vigilance.....	101
6.9.3 – Procédures et délais suite à une demande de communication	101
6.9.4 – Tableau récapitulatif des documents communicables (CADA 2018).....	102
6.10 – RECOURS POSSIBLES CONTRE LA PROCEDURE DE PASSATION	103
6.10.1 - Les procédures d'urgence (référés)	103
6.10.2 - Les autres recours liés à la passation du marché.....	103

PHASE 7 : L'EXÉCUTION DU MARCHÉ.....	104
7.1 – COMMANDE DES PRESTATIONS	105
7.1.1 - Démarrage des prestations du marché.....	105
7.1.2 - Travaux supplémentaires.....	105
7.2 - NANTISSEMENT	106
7.3 - SURETES (GARANTIES FINANCIERES)	107
7.3.1 – Principes généraux	107
7.3.2 – Utilisation des sûretés	107
7.3.3 – Restitution des sûretés	108
7.4 – PAIEMENTS.....	109
7.4.1 – Principes fondamentaux de la comptabilité publique	109
7.4.2 – Forme des demandes de paiement	109
7.4.3 – Délais de mandatement.	110
7.4.4 – Intérêts moratoires.....	110
7.4.5 – Informations relatives au délai de mandatement.....	112
7.4.6 – Recours des opérateurs économiques pour le paiement effectif des intérêts moratoires	112
7.5 – AVANCES	113
7.5.1 – Modalités de demande et de versement.....	113
7.5.2 – Remboursement des avances sur les acomptes.....	113
7.6 – SOUS-TRAITANCE	114
7.7 – MODIFICATIONS DU MARCHÉ	115
7.7.1 - Cession	115
7.7.2 – Limites de la modification d'un marché	115
7.7.3 – Avenant	116
7.7.4 – Modification des délais contractuels.....	118
7.7.5 – Outil de modification avant avenant : l'ordre de service (cf. § 7.1.2)	118
7.7.6 – Décision de poursuivre	118
7.7.7 – Décompte des % d'augmentation limites (art 40-1 D424)	119
7.7.8 – Cas particulier des marchés de maîtrise d'oeuvre.....	119
7.8 – MESURES COERCITIVES : MISE EN REGIE, RESILIATION.....	120
7.8.1 – Motifs	120
7.8.2 – Mise en demeure préalable.....	120
7.8.3 – Mise en régie aux frais et risques	120
7.8.4 – Résiliation pour faute du titulaire	121
7.9 – RESILIATION SANS FAUTE DU TITULAIRE	122
7.9.1 – Du fait de l'acheteur public	122
7.9.2 – En cas de procédure de sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire	122
7.9.3 – En cas d'impossibilité manifeste.....	122
7.10 – RECEPTION	123
7.10.1 – Cas des travaux (résumé CCAG travaux art 40 et 41).....	123
7.10.2 – Cas des fournitures ou services (extraits du CCAG fournitures courantes et services)	124
7.11 – GESTION DES PENALITES (VOIR AUSSI § 3.2.9.3 DU PRESENT GUIDE).....	125
7.11.1 – Principes relatifs à l'application des pénalités pour retard	125
7.11.2 – Obligation de mise en demeure préalable	125
7.11.3 – Motifs de non application des pénalités.....	125
7.11.4 – Demande de remise gracieuse	125
7.12 – DELAI DE GARANTIE	126
7.12.1 – Cas des travaux (résumé de l'article 43 CCAG travaux)	126
7.12.2 – Cas des fournitures courantes et services (résumé de l'article 23 du CCAG FCS)	126

GLOSSAIRE THÉMATIQUE - ABRÉVIATIONS

Législation / réglementation

D136 : délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée portant réglementation des marchés publics.

D424 : délibération 424 du 20 mars 2019 modifiée portant réglementation des marchés publics, qui remplacera la D136 à compter du 1^{er} janvier 2020.

RMP : réglementation des marchés publics, qu'elle soit portée par la D136 ou la D424 (pas de changement).

CCP : code de la commande publique applicable pour les acheteurs métropolitains, et Etat en Nouvelle-Calédonie.

LO : loi organique 99-209 du 19.03.99 relative à la Nouvelle-Calédonie

Les acteurs qui demandent et commandent

Acheteur public : collectivité, établissement public ou groupement d'intérêt public pour le compte de qui le marché public est passé et exécuté, selon les termes de la réglementation des marchés de Nouvelle-Calédonie.

Maître d'ouvrage : une autre appellation de l'acheteur public, lorsqu'il s'agit de réaliser un ouvrage (construction, bâtiment, pont, route, port, etc...).

Autorité signataire : la personne qui signe le marché pour le compte de l'acheteur public¹. En général, c'est l'« exécutif » de la collectivité ou de l'établissement public : le Maire, le président de l'assemblée de province, le président du gouvernement, le président du conseil d'administration ou le directeur de l'établissement public.

Personne responsable du marché : personne physique qui reçoit délégation de l'autorité signataire pour exécuter le marché (conduite, commande, paiement, décisions).¹

Les acteurs qui offrent et exécutent

Opérateur économique : personne physique ou morale, en général entreprise de droit privé, exerçant une activité économique à titre lucratif, dans le contexte du marché (« marché » au sens de système économique d'échanges entre vendeurs et acheteurs). Les associations ne sont pas des opérateurs économiques.

PME², TPE, TPME : petites et moyennes entreprises, très petites entreprises, très petites à moyennes entreprises.

Les éléments de la procédure de choix

Consultation : demande auprès des opérateurs économiques de faire une proposition.

Dossier de consultation : quelle que soit la procédure, ensemble de documents régissant une consultation auprès des opérateurs économiques pour obtenir des offres en vue de la passation d'un contrat ou d'un marché. Contient au minimum un règlement de la consultation et un projet de contrat comprenant les cahiers des charges.

Appel d'offres : consultation formalisée par un avis d'appel public à concurrence publié sur un support réputé accessible au public, pour recueillir des soumissions de la part des opérateurs économiques, en réponse à un DCE.

RPAO : règlement particulier d'appel d'offres, document contenant les règles et critères de l'appel d'offres.

Appel à candidatures : consultation formalisée par un avis d'appel public à candidatures pour recueillir des candidatures d'opérateurs économiques, en vue de sélectionner ceux à qui sera remis le DCE.

RPAC : règlement particulier de l'appel à candidatures contenant les règles et critères de l'appel à candidatures.

DCE : dossier de consultation des entreprises. Sigle souvent utilisé pour désigner tout dossier de consultation.

Soumission : terme générique employé pour désigner une candidature ou une offre (technique et financière).

Les acteurs de la procédure de choix du futur titulaire du marché

Candidat : opérateur économique qui répond à une consultation, une mise en concurrence, un appel d'offres, etc par la remise d'un pli, d'une soumission, d'un dossier de candidature, d'une offre.

Soumissionnaire : candidat dont la candidature a été agréée après appréciation de ses capacités, et dont on peut considérer l'offre technique et financière.

CAO (commission d'appel d'offres) : commission émanant de l'acheteur public, composée de membres de son organe délibérant, chargée de vérifier les procédures d'appel d'offres, de se prononcer sur le rejet ou l'acceptation des candidatures, de classer les offres, et de proposer un attributaire du marché.

CTD (commission technique de dépouillement) : commission restreinte composée d'agents administratifs, chargée sous la présidence du président de la CAO, des opérations matérielles d'ouverture des soumissions.

Service instructeur : service de l'administration qui conduit la procédure de marché.

Montants

Montant HT : « montant hors taxes », c'est-à-dire avant application de la taxe générale sur la consommation.

Montant TTC : « montant toutes taxes comprises », après application de la taxe générale sur la consommation.

¹ Art. 4 RMP

² Pour une définition à visée statistique et économique des catégories d'entreprises, voir décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008.

(Conversation virtuelle ...)

« Les marchés publics ... mais pourquoi c'est si compliqué ?!

Moï, dans mes affaires, je ne signe que des contrats privés, c'est beaucoup plus simple à gérer ! »

« C'est vrai que c'est différent, et voici pourquoi ...

*« Dans le privé,
le client a le droit d'utiliser son argent comme il le souhaite,
et autour d'un contrat, il peut y avoir seulement deux personnes (le client et le prestataire), libres
de s'arranger pour négocier le prix, les clauses, signer le contrat, puis modifier le contrat, son prix,
son délai, etc.... »*

*« Dans le public,
C'est de l'argent public,
Et en conséquence, n'importe qui a le droit de prétendre à obtenir le marché, sous réserve qu'il ait
les capacités pour le faire, et qu'il formule une meilleure offre que les autres.*

*Rien que pour ça, il faut faire une mise en compétition, en définissant les règles du jeu, notamment
définir ce que veut dire « avoir les capacités », et « la meilleure offre ». Ce qui implique de définir
précisément ce qu'on veut, sans le faire varier ensuite lors de l'exécution.*

*Et il faut des procédures, avec des commissions consultatives, des rapports écrits, pour garantir,
vérifier, et prouver que les chances de chacun sont et ont été préservées.*

*Puis, dans la vie du marché, tout doit être vérifié et revérifié pour être sûr que la dépense de
l'argent public corresponde à ce qui a été exécuté, sans favoriser indûment le titulaire du marché.*

*Et enfin, dès qu'il semble nécessaire de modifier le marché, on doit encore et toujours vérifier que
ces changements n'aient pas pour conséquence logique que la mise en compétition initiale aurait
donné un gagnant différent.*

*En d'autres termes, nous ne sommes jamais seulement deux dans un marché public,
nous sommes bien deux à passer le marché et à l'exécuter (l'administration et le prestataire),
mais en plus, autour de nous, il y a la multitude,
de ceux qui comptent sur nous pour que l'argent public soit bien utilisé,
et de ceux qui ne pourront pas et n'ont pas pu obtenir le marché. »*

« Certes...

Mais je suis certain qu'on pourrait simplifier davantage la réglementation, non ?

***Et puis il y aurait des choses à rappeler pour que tout fonctionne mieux, aussi bien du côté des
acteurs privés que des acteurs publics ... »***

« On peut toujours faire mieux effectivement.

*On pourrait commencer par mettre à jour cette réglementation qui a plus de 50 ans.
Et puis ce serait effectivement utile de produire, dans le même temps, un petit manuel de référence,
un guide des marchés publics ... »*

INTRODUCTION : LES MARCHÉS PUBLICS EN NOUVELLE-CALÉDONIE

En Nouvelle-Calédonie, les marchés publics sont des contrats administratifs conclus à titre onéreux passés **par** :

la Nouvelle-Calédonie, le congrès de la Nouvelle-Calédonie, les provinces, les communes de Nouvelle-Calédonie, leurs établissements publics ou leurs groupements d'intérêt public¹,

avec :

un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés,

pour répondre aux besoins de l'administration en matière de travaux, fournitures ou services,

et qui se rapportent à un **objet unique** nettement déterminé

dès lors que le **montant de la dépense excède 20 millions de francs** (CFP).²

*C'est la définition qu'en donne la réglementation des « marchés publics » (en abrégé **RMP**), portée par la délibération n°136/CP du 1^{er} mars 1967 modifiée (en abrégé, **D136** dans la suite du présent guide).*

*Elle a été remplacée le 1^{er} janvier 2020 par la délibération n°424 du 20 mars 2019 (en abrégé, **D424**).*

Remarques :

- Selon les termes du 17° de l'article 22 de la loi organique 99-209 du 19.03.99 relative à la Nouvelle-Calédonie, la Nouvelle-Calédonie est compétente en termes de réglementation de la *commande publique*, dans le respect des principes fondamentaux suivants :

1. la liberté d'accès à la commande publique,
2. l'égalité de traitement des candidats,
3. la transparence des procédures,
4. l'efficacité de la commande publique,
5. la bonne utilisation des deniers publics.

Ces principes dérivés de la Constitution sont applicables en Nouvelle-Calédonie comme sur tout le territoire de la République française. (Ces principes ou leur équivalent se retrouvent dans toutes les réglementations nationales, et européenne).

Ils conditionnent toute interprétation de la réglementation, et toute initiative visant à pallier les éventuels silences de la réglementation.

Leur déclinaison réglementaire tient compte d'un équilibre visant l'efficacité de la commande publique, d'où l'instauration de procédures simplifiées, par exemple, en fonction de seuils de montant, ou compte tenu de mises en concurrence publiques précédemment effectuées³.

- Pour l'administration calédonienne, il n'existe pas de réglementation pour les commandes inférieures au seuil des 20 MF. Elles sont souvent appelées « commandes hors marché ».

Toutefois, même en l'absence de réglementation, les principes ci-dessus contenus dans la loi organique, qui est une norme supérieure à la RMP, s'appliquent à toute commande publique, quel que soit son montant.

Cela se traduit notamment, et au minimum, par une mise en compétition des prestataires potentiels avec communication claire des règles du jeu.⁴

- En métropole, c'est le code de la commande publique (CCP), entré en vigueur en avril 2019, qui décrit les règles applicables en termes de marchés publics. Ce code est applicable en Nouvelle-Calédonie aux commandes passées par l'Etat (Haut-commissariat, armées, police nationale, services mixtes lorsque l'acheteur est l'Etat), ses établissements publics et groupements d'intérêt public (GIP).

¹ Groupements d'intérêt public (GIP) créés en application des dispositions de l'article 54-2 de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999. Les GIP créés par, ou incluant l'Etat, ou des entités métropolitaines, ne sont pas visés.

Dans la D424, toutes les mentions se rapportant aux établissements publics (EP) se rapportent également aux GIP.

² Article 1 de la RMP.

³ Voir par exemple dernier alinéa D136, art. 35 – D424, art. 35-3 et D136, art. 35 5°) – D424, art. 35-1 1°) et 35-2 5°)

⁴ Voir décision TA n°1800359, 14 mars 2019

LE GUIDE DES MARCHÉS PUBLICS

Le présent guide, à caractère explicatif et non réglementaire, est destiné aux personnes **non spécialistes** impliquées dans les marchés publics :

- acteurs privés (entreprises, prestataires, etc...) ;
- acteurs institutionnels (exécutif, élus des commissions d'appel d'offres, etc...) ;
- acteurs administratifs (gestionnaires de marché, contrôleurs financiers, etc...).

Il présente **plusieurs niveaux d'information** :

- l'essentiel / l'obligation réglementaire, avec quelques visuels et exemples ;
- ❖ les intérêts, les recommandations, les risques, les bonnes pratiques, avec quelques exemples ;

... pour **chaque étape** de la vie d'un marché :

1. la définition du besoin et de l'objet du marché ;
2. le choix de la procédure ;
3. la rédaction du dossier de consultation ;
4. la mise en concurrence ;
5. le traitement des soumissions ;
6. la passation du marché ;
7. l'exécution du marché.

L'ÉVOLUTION DE LA RÉGLEMENTATION AU 1^{er} JANVIER 2020

Le présent guide met en évidence les évolutions réglementaires liées à l'abrogation de la D136 et à l'entrée en vigueur de la D424 au 1^{er} janvier 2020 à travers les couleurs des extraits du texte réglementaire :

- les dispositions de la D136¹ et celles qui ne changent pas (RMP) sont de couleur **marron** ;
- les dispositions de la D424¹ sont de couleur **verte**.
- les dispositions de la D136 supprimées sont placées entre crochets, et accolées aux dispositions de la D424 qui les remplacent, elles-aussi placées entre crochets :

[dispositions D136 supprimées] [dispositions D424 qui les remplacent]

Critère d'applicabilité

La D424 « **s'appliquera aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est publié à compter de sa date d'entrée en vigueur.** » (art 106 D424)

- ⇒ En conséquence, tout marché conclu à la suite d'une procédure de consultation lancée avant le 1^{er} janvier 2020 sera et restera, jusqu'à sa clôture, assujéti aux règles de la D136.
- ⇒ Exception toutefois, même lancées après le 1^{er} janvier 2020, les consultations de gré à gré suite à appel d'offres infructueux relevant de la D136 doivent rester assujetties à la D136 (les deux procédures sont liées).

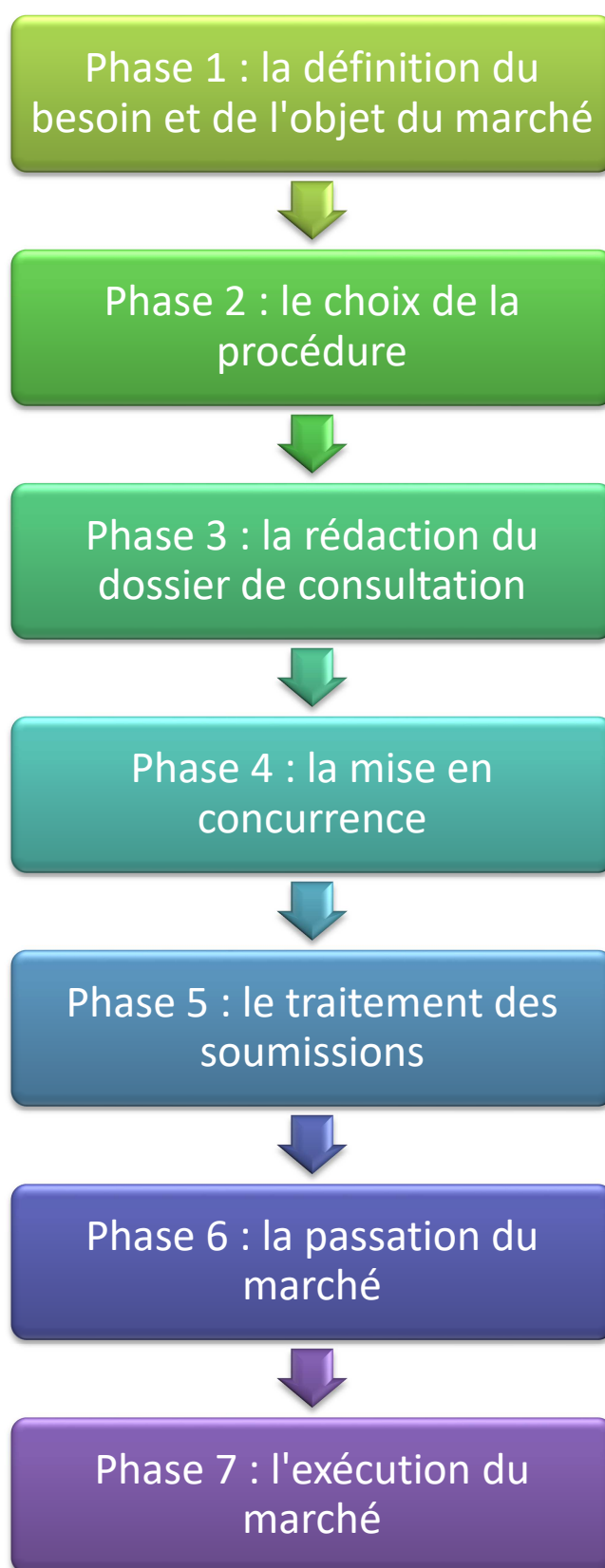
Possibilité d'anticipation

« **Avant cette date, les personnes morales visées à l'article 1er peuvent également décider de l'appliquer pour tout ou partie de leurs procédures de consultation ou d'appel à la concurrence, à condition de le mentionner dans les documents initiaux de la consultation, sans modification possible.** » (art 106 D424)

- ⇒ Cette possibilité d'anticiper l'application des règles de la D424 ne peut se concevoir que dans le contexte d'une procédure de consultation ou d'appel à concurrence. En conséquence, l'exclusion totale des règles pour certains contrats, introduite par la D424 à l'article 2-1 §I, ne pourra donc s'appliquer qu'au 1^{er} janvier 2020.

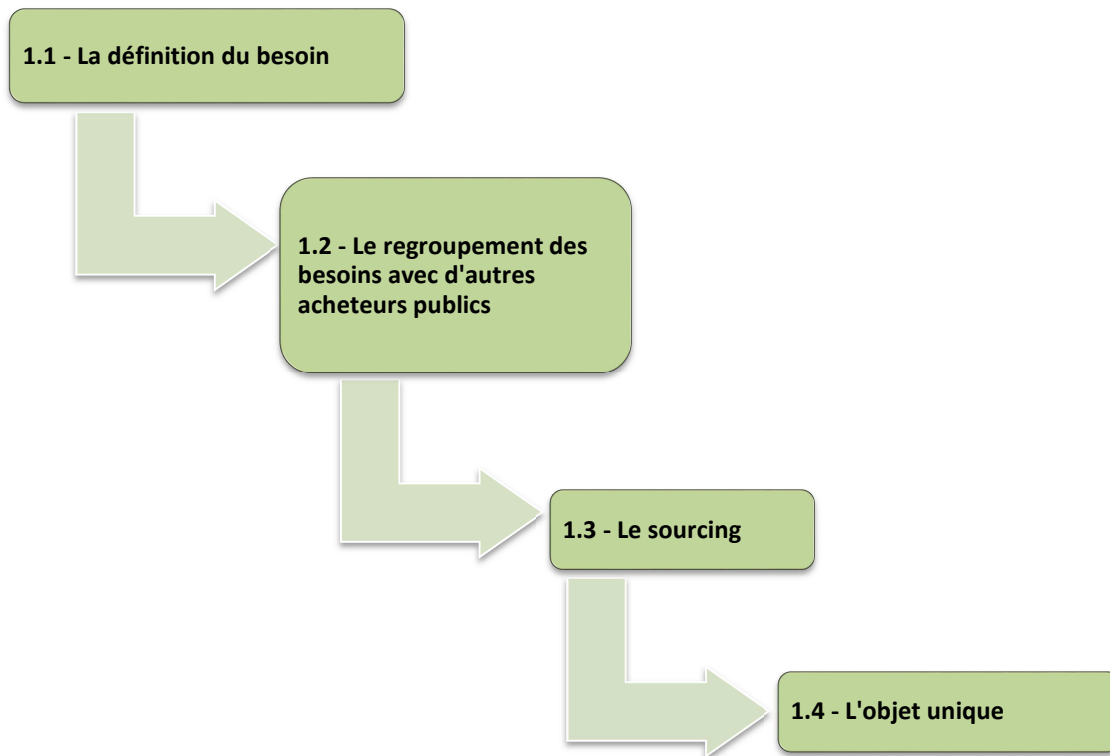
¹ Remarque : seul le texte des délibérations publié au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie fait foi.

SYNOPTIQUE GENERAL DES 7 PHASES D'UN MARCHÉ PUBLIC



PHASE 1 : LA DEFINITION DU BESOIN ET DE L'OBJET DU MARCHÉ

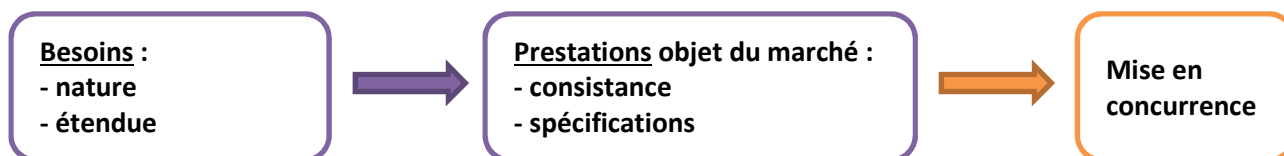
Phase 1 : la définition du besoin et de l'objet du marché



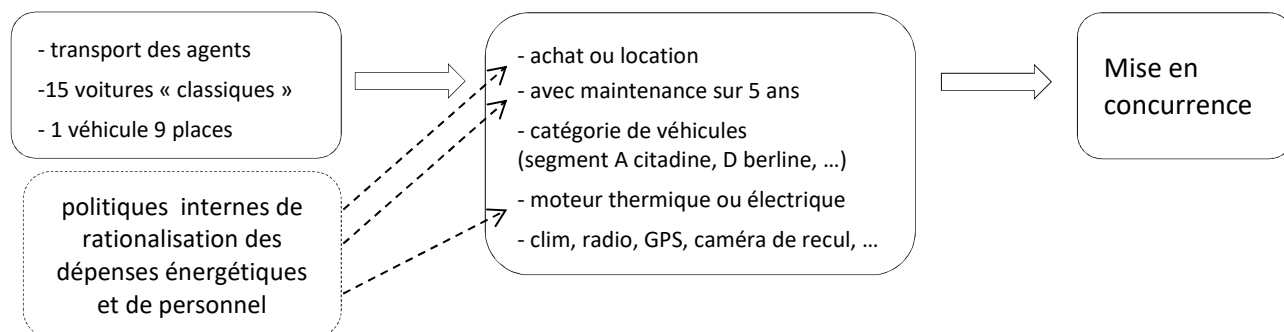
1.1 - LA DEFINITION DU BESOIN

« Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire.

Le service intéressé est tenu de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou toute négociation. » (Art. 7 RMP).



Exemple :



Recommandations :

- ❖ étudier plusieurs scénarios (y compris le choix prestation faite en interne, prestation faite en externe) ;
- ❖ s'appuyer sur des référents compétents qui pourront exprimer le besoin complètement et correctement ;
- ❖ examiner la pertinence économique des spécifications demandées (rationalisation des dépenses) ;
- ❖ faire appel à un prestataire spécialisé (ou service achats interne) pour définir les besoins (par exemple, analyse d'un processus ou domaine très spécialisé), estimer leur étendue et leur coût, y compris en coût global ;
- ❖ faire valider les besoins et leur traduction technique, les scénarios, par les décideurs habilités.

Bonnes pratiques :

- ❖ sonder si les besoins concernent plusieurs services : les recenser, les analyser pour les rationaliser, les regrouper pour augmenter les quantités, et optimiser les coûts ;
- ❖ voir aussi le § 1.2 ci-après pour une éventuelle mutualisation de la procédure avec d'autres acheteurs publics.

Risques :

Toute imprécision ou insuffisance de la détermination des besoins peut entraîner :

- ❖ l'irrégularité de la procédure de passation du marché, obligeant à relancer une nouvelle procédure
Exemple : mauvaise estimation des quantités et du coût induisant un choix de procédure inapproprié, ou une analyse des offres insincère ou viciée compte tenu des conditions réelles d'exécution.
- ❖ une mauvaise qualité des offres qui se traduit par des prix élevés ou incohérents, empêchant d'aboutir
Exemple : spécifications en décalage avec les pratiques des entreprises, ou incompréhensibles par les candidats.
- ❖ des difficultés dans l'exécution du marché
Exemple : une sous-estimation importante nécessite la passation d'un avenant, dont le montant est plafonné réglementairement, et qui peut apparaître comme remettant en cause la mise en concurrence initiale.

A l'inverse, la définition des spécifications ne doit pas être susceptible de favoriser ou éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Par exemple, il convient de ne pas citer une marque ou un modèle particulier, sauf s'il est impossible de décrire les spécifications techniques autrement (dans ce cas, rajouter la mention « ou équivalent »), ou sauf si l'objet du marché l'impose (cas de certains médicaments spécifiques).

A suivre : L'acheteur peut avoir recours au « sourcing » pour solutionner certains points ci-dessus (cf. § 1.3 ci-après).

1.2 - LE REGROUPEMENT DES BESOINS AVEC D'AUTRES ACHETEURS PUBLICS (art. 6-1 RMP)

Plusieurs acheteurs publics peuvent mettre en commun leurs besoins et créer, sur la base d'une convention constitutive qu'ils signent tous, un « **groupement de commandes** » afin de bénéficier :

- d'une part, d'une massification du besoin, qui peut conduire à de meilleurs prix ;
- d'autre part, de l'expertise d'un des membres en matière de passation des marchés publics.

Rôle de chaque membre du groupement

Parmi les membres du groupement de commandes, est désigné un « coordonnateur » dont le rôle est de :

- collecter les besoins de chaque membre, afin de préparer le dossier de consultation des entreprises (DCE) ;
- mettre en œuvre la procédure de choix de l'attributaire du marché, pour le compte des membres du groupement.

Les autres membres du groupement s'engagent à ce que le(s) marché(s) soi(en)t exécuté(s) à hauteur de leurs besoins propres, préalablement déterminés.

Forme du marché

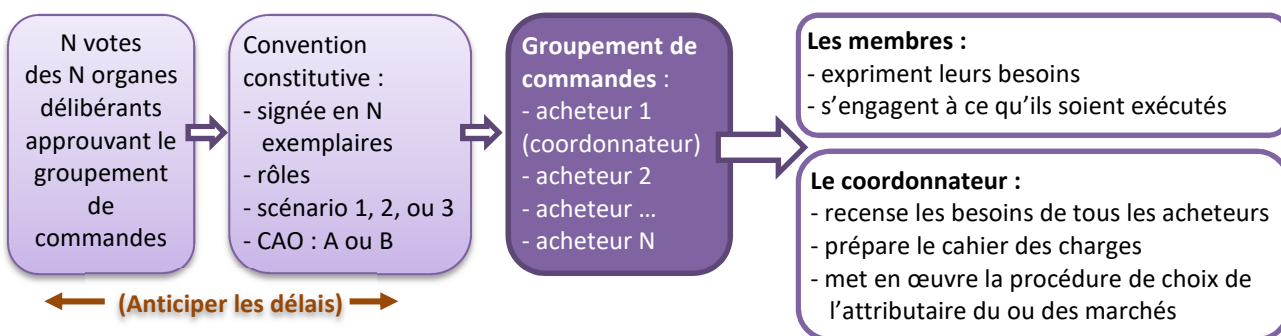
Il existe trois scénarii possibles à l'issue du choix de l'attributaire du ou des marchés :

1. chaque membre du groupement signe, notifie et exécute lui-même un marché à hauteur de ses besoins propres ;
2. le coordonnateur signe et notifie un marché unique, qui précise les besoins de chaque membre du groupement, et chaque membre du groupement l'exécute pour ses besoins propres après l'avoir remis à son comptable ;
3. le coordonnateur signe, notifie et exécute un marché unique, pour l'ensemble des membres du groupement.

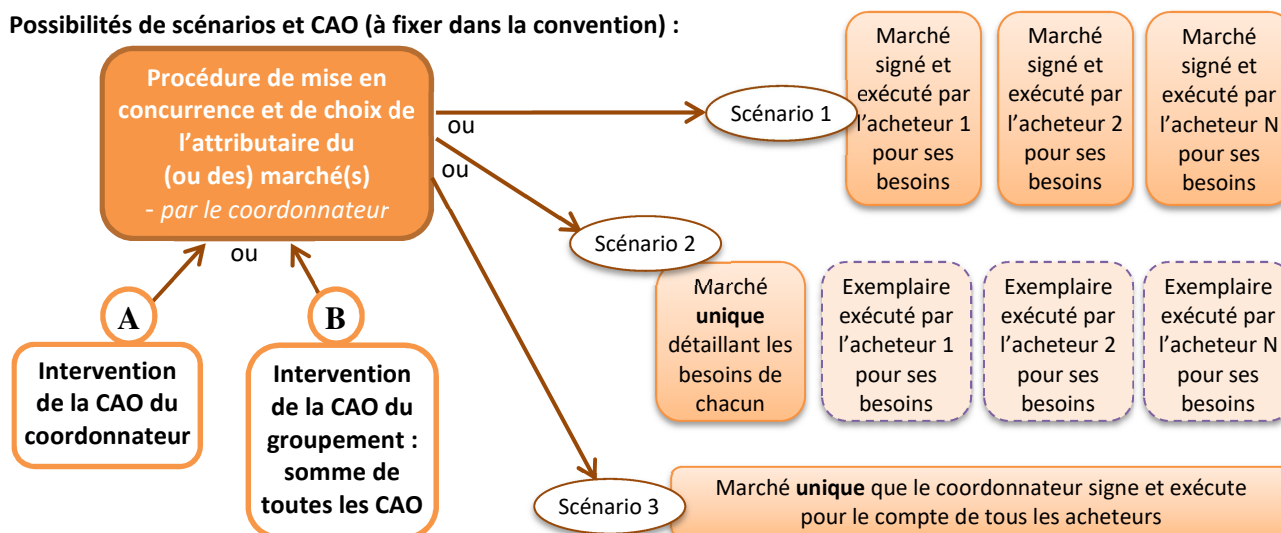
Commission d'appel d'offres compétente pour la procédure de choix de l'attributaire

- A. soit il s'agit de la commission d'appel d'offres (CAO) du coordonnateur agissant selon ses règles habituelles ;
- B. soit il s'agit d'une CAO spécifique, définie au § IV de l'article 6-1 de la RMP, présidée par le coordonnateur, et comprenant les membres de CAO de chaque membre du groupement.

Pour N acheteurs publics, constitution et rôles :



Possibilités de scénarios et CAO (à fixer dans la convention) :



1.3 - LE SOURCING

Le service intéressé « ... peut effectuer des consultations, réaliser des études de marché, solliciter des avis à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. » (complément de l'art. 7, D424).

Provenant du code de la commande publique métropolitaine, ce complément de rédaction introduit par la D424 consacre la pratique du « sourcing » (ou sourçage en français), en tant que possibilité offerte à l'acheteur public, à condition de ne pas fausser la concurrence.

Cet ensemble de techniques héritées du secteur privé a pour but de confronter le besoin préalablement défini aux réalités du marché fournisseurs, afin de vérifier son adéquation, l'actualiser, en parfaire la définition, en fonction des pratiques ou des innovations du marché fournisseur concerné :

- études de marché ;
- participation à des salons professionnels ;
- visites de sites d'opérateurs économiques ;
- consultations et avis pris directement auprès des opérateurs économiques.

Il permet également de pré-informer les opérateurs d'un projet nouveau ou innovant, ce qui peut créer une appétence et déclencher des mesures préparatoires des opérateurs économiques qui vont favoriser une bonne mise en concurrence.

Cette démarche permet *in fine* de définir la meilleure stratégie d'achat.

Nota : outre le sourcing, l'acheteur peut également utiliser la technique du benchmarking, c'est-à-dire la consultation d'autres acheteurs publics ou privés pour leur expérience et leurs méthodes d'achat ou d'exécution dans le domaine.

Risques :

La prise de contact avec les opérateurs économiques peut entraîner des risques de violation des principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité, transparence). Exemples de pratiques à éviter :

- ❖ s'inspirer d'une solution technique plus que d'une autre, et définir ainsi des spécifications discriminatoires qui favoriseront ou élimineront certains candidats ;
- ❖ communiquer certaines informations privilégiées ou décalées dans le temps, à certains opérateurs ;
- ❖ prendre contact directement de manière non cadrée et non tracée, se faire inviter à déjeuner.

Recommandations générales :

- ❖ de manière générale, tracer toutes les actions pour pouvoir démontrer en cas de besoin que toutes les mesures ont été prises pour préserver l'intégrité de la mise en concurrence ultérieure ;
- ❖ dans toutes les rencontres, rester général dans ses intentions, se positionner plutôt en questionnement des pratiques générales, des moyens, méthodes, innovations ou difficultés récurrentes des opérateurs ;
- ❖ dans l'idéal, se doter en interne d'« acheteurs » spécialisés dans cette démarche – le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie s'est doté d'un bureau des achats qui peut apporter des conseils aux autres collectivités.

En pratique :

- ❖ lorsque la rencontre est à l'initiative d'un opérateur économique, pour présenter ses produits ou ses prestations par exemple, se positionner strictement en réception d'information ou en questionnement ;
- ❖ en cas de démarche vers les opérateurs économiques, élargir le champ des opérateurs consultés, au-delà de ceux dont on a l'habitude ; dans l'idéal, publier un avis public invitant les opérateurs économiques à se faire connaître, dans le cadre d'échanges préalables concernant un futur marché, par le biais d'un dossier à remettre sur questionnaire, ou dans le cadre d'une réunion publique d'échanges, ou de rendez-vous, etc... ;
- ❖ au lieu d'une réunion avec tous les acteurs intéressés, où les appréhensions réciproques des opérateurs en termes de stratégie commerciale peuvent limiter les échanges ouverts, on peut préférer un rendez-vous séparé par opérateur, avec le même questionnaire prédéterminé, et la même durée ;
- ❖ éviter autant que faire se peut, les démarches où un agent administratif est seul ;
- ❖ faire systématiquement un compte-rendu précis (durée, lieu, participants, échanges, documents remis) ;

A suivre... Outre le sourcing qui peut aider à l'affiner, la définition du besoin doit être finalisée avec la notion réglementaire d'objet unique, qui caractérise le périmètre des dépenses à additionner pour la comparaison avec le seuil de montant au-delà duquel la RMP s'applique.

1.4 - L'OBJET UNIQUE

« La notion d'objet unique doit s'entendre de prestations identiques à l'exclusion de prestations similaires. Ne peuvent être considérées comme ayant un objet unique des prestations fournies ou exécutées pendant un exercice budgétaire par une même personne physique ou morale mais dont la localisation, la destination ou l'usage n'est pas identique. Ne peuvent être considérées comme ayant un objet unique des prestations ayant des caractéristiques physiques ou techniques différentes. »

(4^e alinéa art. 1 RMP).

La notion d'objet unique a pour but de définir quelles sont les prestations dont le montant doit être cumulé pour vérifier si le seuil des 20 MF est dépassé, auquel cas ces prestations doivent donner lieu à un marché préparé, passé et exécuté selon les règles de la RMP.

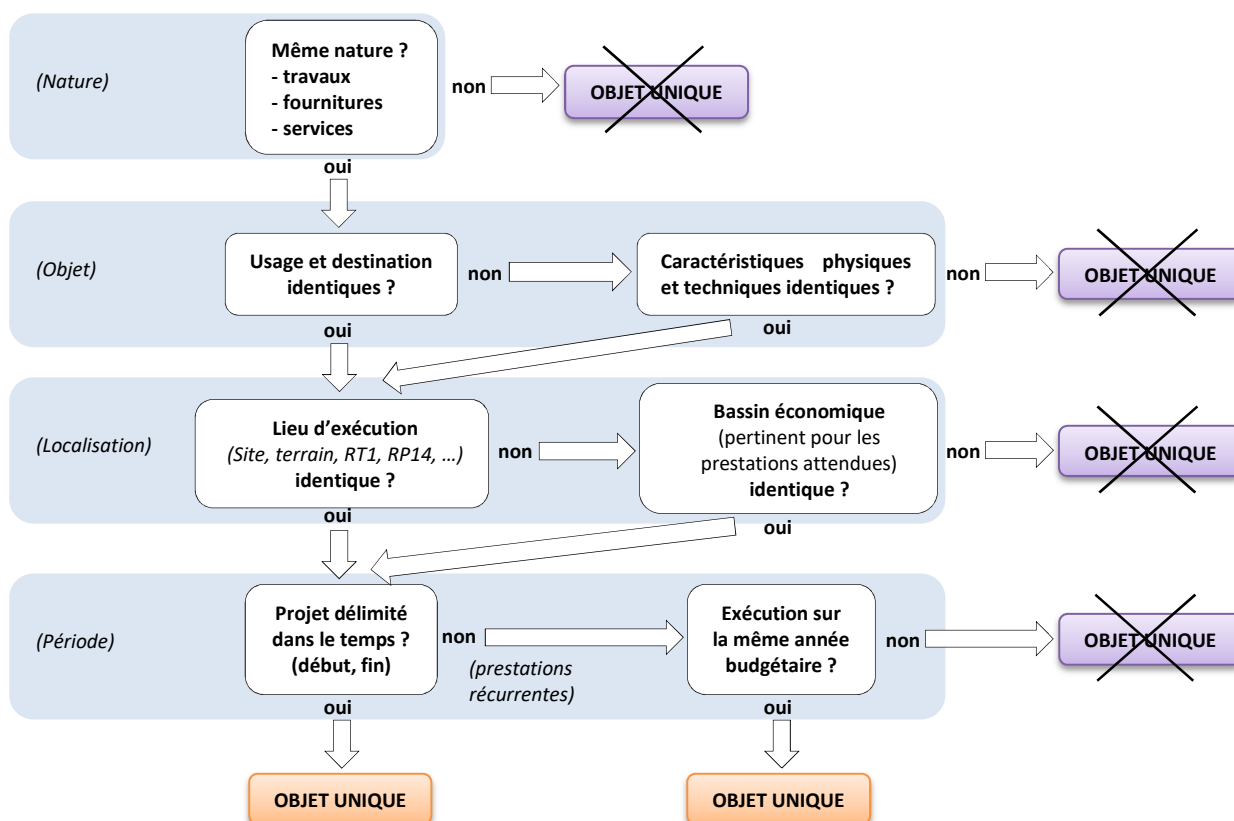
Vis-à-vis du principe de liberté d'accès à la commande publique, l'incidence principale du dépassement du seuil des marchés est une obligation générale de mise en concurrence ouverte (par publication) par la voie de l'appel d'offres.

Les éventuelles restrictions de concurrence sont réglées par les marchés de gré à gré (article 34 et suivants : urgence, monopole, recherche, concurrence ouverte infructueuse, etc...), ou par les exclusions de la RMP (article 2-1).

La formulation du texte étant négative, il convient d'utiliser les critères du texte pour dégager une méthode de fixation de l'enveloppe minimale de l'objet unique, avec en toile de fond, l'ouverture maximale à la concurrence.

Cette méthode est formalisée par le schéma de questionnement ci-dessous, qui associe également :

- la distinction première de **nature**, opérée par l'article 1 de la RMP (travaux, fournitures et services) ;
- une notion de **localisation** qui comprend non seulement le lieu d'exécution (par exemple, les bâtiments du collège, ou la route territoriale) mais également le bassin économique pertinent, englobant les opérateurs potentiels.



Précisions :

- Le critère de prestataire identique ne semble pas avoir de pertinence : le fait de passer une commande publique globalement supérieure à 20 MF à plusieurs opérateurs sélectionnés directement pour un montant par prestataire inférieur à 20 MF, reste contradictoire avec l'obligation de mise en concurrence ouverte.
- Pour des raisons d'insuffisance de moyens financiers ou humains (suivi), ou par la nature même des prestations (récurrence : nettoyage, maintenance, etc...) l'acheteur public peut échelonner la satisfaction de ses besoins sur plusieurs années. Ces besoins sont alors considérés année par année lorsqu'ils font l'objet de mises en compétition distinctes pour chaque année. Il peut aussi choisir de les regrouper et ainsi étendre son objet unique.

Quelques exemples :

- *Etudes, contrôle, maîtrise d'œuvre, travaux*

La distinction première de nature, couplée à la notion d'usage et destination différents conduit à considérer de manière distincte les prestations d'études générales, de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique, et de travaux.

- *Travaux de construction d'un bâtiment, d'un ouvrage d'art, ou d'une route*

Ces travaux ont une destination, un usage et une localisation identiques, concrétisés par un projet de construction qui s'exécute dans un temps défini et limité. C'est donc un objet unique, quelles que soient le nombre d'années budgétaires, de spécialités techniques différentes, et de prestataires différents.

- *Prestations de maintenance automobile d'un parc de véhicules administratifs*

L'usage et la destination des prestations sont identiques sur l'ensemble du territoire, mais aucun garagiste du grand Nouméa ne se déplacera pour maintenir les véhicules basés à Koumac. Même si ces prestations sont identiques, elles concernent des opérateurs potentiels localisés sur des bassins économiques différents.

Par ailleurs, s'agissant de prestations récurrentes, qui ne sont pas délimitées dans le temps comme pour un projet, l'objet unique minimal peut être limité à l'exercice budgétaire.

Remarque : Si, pour les prestations récurrentes, cette sorte de « remise à zéro » à chaque année budgétaire n'existait pas, toutes les prestations hors marché identiques, même d'un petit montant, finiraient par franchir le seuil des marchés, en se cumulant d'année en année, et toute commande ultérieure devrait alors faire l'objet d'une procédure de marché plus lourde qu'une simple mise en concurrence, ce qui contredirait le principe d'efficacité de la commande publique. A noter toutefois que l'acheteur reste libre de regrouper ses besoins de faible montant sur plusieurs années budgétaires, ce regroupement pouvant permettre des économies.

- *Fourniture de matériels de pointage horaire du personnel pour une administration*

Les pointeuses peuvent être installées sur des bâtiments administratifs très différenciés sur le plan géographique (Nouméa, Koumac, ...), mais les fournisseurs potentiels peuvent se déplacer sur tout le territoire, donc le bassin économique pertinent est le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

- *Fourniture d'un onduleur et d'une chambre froide par le même fournisseur*

Il peut exister des fournisseurs qui traitent de plusieurs matériels spécialisés, qui n'ont pas de caractéristiques identiques, et dont l'usage et la destination ne sont pas identiques. Ils ne relèvent donc pas de l'objet unique.

- *Fourniture identique : photocopieurs.*

Même non affectée à un usage, une destination, et une localisation identiques, ils forment en eux-mêmes un objet unique, s'agissant d'une prestation de caractéristiques physiques et techniques identiques.

- *Fourniture de bureau (stylos, papier, cahiers, ...)*

Malgré les caractéristiques très variées et différentes de ces fournitures, elles ont toutes un usage, une destination et une localisation identiques : servir de matériel d'usage courant pour le travail de bureau. C'est donc un objet unique, mais récurrent donc considéré dans le cadre d'une même année budgétaire.

- *Fourniture de matériel informatique (unité centrale, écran, clavier, souris, imprimantes, ...)*

Comme précédemment, ces fournitures de caractéristiques très variées ont un usage, une destination et une localisation identiques : servir de matériel informatique pour le travail de bureau.

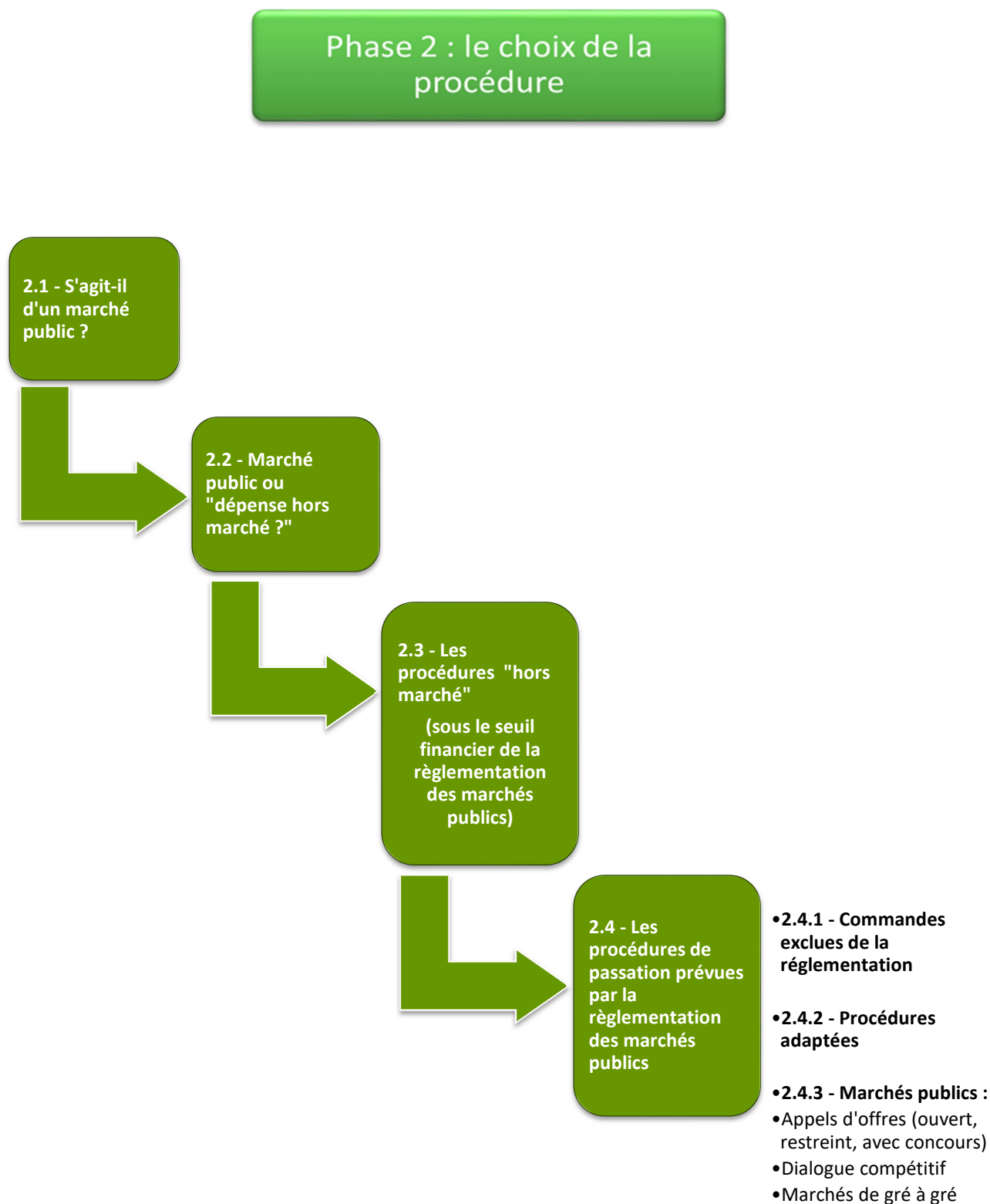
Recommandation

- ❖ Convenir en interne d'une nomenclature des achats qui regroupe clairement les prestations dont on estime qu'elles relèvent d'un objet unique, en se basant sur leur destination et usage (fournitures de bureau, ...), voire leur localisation, leur récurrence et leur identité de caractéristiques physiques et techniques (photocopieurs, ...).

Nota : L'acheteur public reste libre de regrouper des prestations au-delà de ces critères, pour délimiter lui-même un objet unique qui caractérisera son marché, et dont le montant conditionnera le dépassement du seuil des marchés et la définition de la procédure de mise en compétition applicable. *Exemples :*

- *Marché en conception-réalisation associant les études de conception et la réalisation des travaux.*
- *Marché de fourniture de véhicules et de maintenance de ces véhicules sur 5 ans.*
- *Marché regroupant les prestations de nettoyage sur 3 ans.*
- *Marché regroupant les réparations d'ouvrage d'art sur 2 ans, au sein d'un programme pluriannuel de 5 ans.*

PHASE 2 : LE CHOIX DE LA PROCEDURE



2.1 – S'AGIT-IL D'UN MARCHÉ PUBLIC ?

« Il - On entend par marchés publics, les contrats [passés] [conclus à titre onéreux avec un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés], dans les conditions prévues dans la présente délibération par les collectivités publiques visées à l'alinéa premier ci-dessus pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Les marchés publics sont des contrats administratifs. » (art 1 D136, compléments D424).

L'objet du marché public doit ainsi correspondre aux **besoins** de l'administration et il fait intervenir, moyennant un **prix**, un « **opérateur économique** » qui offre sur le « marché » (*au sens de système économique d'échanges entre vendeurs et acheteurs*) la réalisation de **travaux**, la **fourniture** de produits ou la prestation de **services**.

Dans un marché public, l'administration :

- **définit ses besoins et les prestations à exécuter ;**
- **paie le(s) titulaire(s) du marché en contrepartie des prestations ;**
- **assure la direction et le contrôle de l'exécution du marché ;**
- **en cas de construction, est propriétaire de l'ouvrage terminé.**

Types de dépenses ou de contrats publics qui ne sont pas des marchés publics ¹

❖ **Subvention** (l'administration ne définit pas les besoins mais soutient une initiative privée d'intérêt général) :

L'administration peut accorder librement une subvention à une association (à but non lucratif) qui la lui demande, lorsque celle-ci poursuit un but d'intérêt général, c'est-à-dire apporte quelque chose de bénéfique au sens large.

Exemples : associations sportives, d'animation de la jeunesse, de santé, de développement économique, etc...

L'initiative, les objectifs et/ou les moyens à mettre en œuvre sont définis par l'association, et non par l'administration. Dans le cas contraire, cela caractériserait un marché public soumis à la RMP.

Mais l'administration peut exiger un bilan et le respect de règles pour justifier de l'utilisation des fonds publics.

❖ **Appel à projets** (l'administration définit un thème de projets, d'intérêt général, sans en définir les spécifications) :

L'administration peut lancer un appel public à projets (sur un thème général qu'elle définit), projets élaborés par des associations, des acteurs économiques, ou issus du milieu de la recherche, et qu'elle financerait par convention.

Exemple : appel à projets concernant les filières d'énergie renouvelable, ou la connaissance de la biodiversité.

Le thème général, les critères de choix, le taux et l'enveloppe de financement sont définis par l'administration, mais les objectifs, les moyens, le besoin de financement sont définis par ceux qui répondent à l'appel à projets.

❖ **Délégation de service public, concession** (l'administration délègue la gestion, et accorde un droit d'exploitation) :

L'administration peut déléguer une mission de service public après mise en compétition opérée suivant des règles spécifiques, différentes de celles d'un marché public. L'exécution du contrat a les caractéristiques suivantes :

- l'administration met à disposition une partie de son patrimoine pour construire et/ou exploiter les équipements nécessaires à l'accomplissement de la mission du délégataire, et peut les récupérer à terme ;
- le délégataire gère et dirige le service public, sous un contrôle restreint de l'administration (délégation) ;
- le délégataire supporte les risques d'exploitation et se rémunère principalement par les redevances des usagers.

Exemple : délégation de service public de distribution d'eau potable sur 25 ans.

Référence : articles 92 et 158 de la loi organique.

❖ **Montages contractuels spécifiques** (formules dites BEA, AOT, VEFA, BEFA, crédit-bail, PPP, contrat de partenariat, ...) pour des constructions ou équipements impliquant le domaine (foncier) public ou privé de l'administration :

- une partie substantielle de la maîtrise d'ouvrage (financement, gestion et contrôle de l'exécution, et dans certains cas, propriété, entretien, exploitation, gestion du service public) est assurée par un promoteur privé ;
- suivant le cas, l'administration paie l'ouvrage après la construction, le loue sur une longue durée puis en devient propriétaire, ou cède son domaine en contrepartie du financement de ses locaux propres par le promoteur privé ;
- exigence jurisprudentielle : l'initiative et le résultat du montage ne doivent pas être entièrement du fait et au bénéfice de l'administration. Autrement, c'est la maîtrise d'ouvrage publique, entraînant logiquement la mise en œuvre de marchés publics, qui doit être privilégiée.

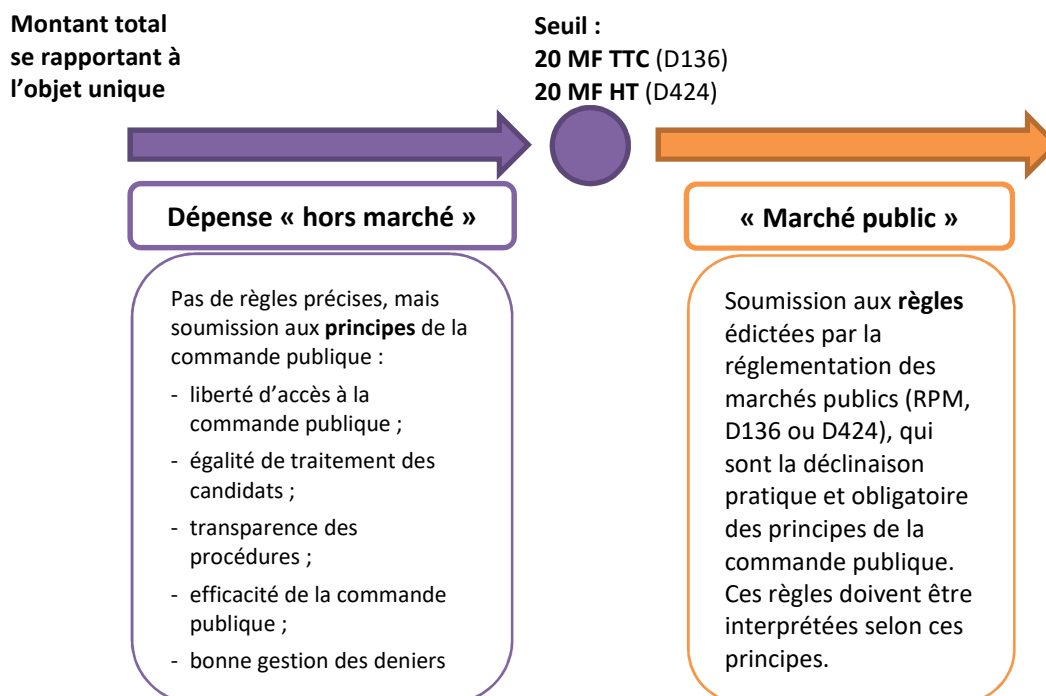
¹ Voir pour plus de détail, dans un contexte législatif et réglementaire métropolitain, la fiche DAI-MINEFI sur les "contrats de la commande publique et autres contrats" qui offre une présentation complète des différents contrats et des critères permettant de les distinguer.

2.2 –MARCHÉ PUBLIC OU DEPENSE « HORS MARCHÉ » ?

« I - Toute dépense publique se rapportant à un objet unique nettement déterminé, dont la fourniture ou l'exécution est assurée à la Nouvelle-Calédonie, aux provinces, aux communes de Nouvelle-Calédonie, à leurs établissements publics et à leurs groupements d'intérêt public créés en application des dispositions de l'article 54-2 de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999, par une personne physique ou morale doit donner lieu à un marché soumis aux règles fixées ci-après, sauf dispositions contraires prévues par délibération du congrès dès lors que son montant excède 20.000.000 francs CFP hors taxes. » (art 1 D136, compléments D424).

Le montant de référence à comparer au seuil des marchés publics est le montant total des prestations se rapportant à un objet unique (Cf. §1.3 du présent guide), ce qui correspond :

- soit à l'enveloppe minimale de l'objet unique telle que définie réglementairement ;
- soit à un objet unique étendu par l'acheteur public au-delà de cette enveloppe minimale en opérant un regroupement de prestations, notamment en nature, en quantité, en durée.



Jurisprudence (tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, n°1800359, 14 mars 2019)

« ... les marchés publics relevant du champ de compétence de la Nouvelle-Calédonie sont soumis, et ce, quel que soit leur montant, aux principes généraux posés au point 17° de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, l'efficacité de la commande publique et le bon emploi des deniers publics.

(...) Ces principes ne font pas obstacle à ce que la Nouvelle-Calédonie puisse, dans l'exercice de sa compétence réglementaire, permettre aux acheteurs publics de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les cas où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré. Toutefois, les dispositions précitées de la délibération du 1er mars 1967 ne peuvent être entendues comme autorisant de manière globale les acheteurs à s'exonérer de toute publicité et mise en concurrence pour les marchés d'un montant inférieur à vingt, voire quarante, millions de francs CFP. »

Remarque : débat sur le terme « marché public »

- ❖ Dans le jugement ci-dessus, le juge administratif utilise le terme « marché public » pour toute la commande publique, quel que soit son montant, conformément à la définition métropolitaine (cf. CCP L.1111-1).
- ❖ La D136 / D424 circonscrivant le terme de « marché public » aux contrats « conclus dans les conditions prévues dans la présente délibération » (art. 1 II D424, cf. §2.1 supra), et la loi organique ne parlant que de « commande publique », les praticiens et les comptables locaux opèrent depuis toujours une distinction entre un « marché public » (soumis aux procédures et aux formes imposées par la RMP) et les dépenses ou contrats « hors marché ».

A suivre ... Compte tenu des principes applicables à toute la commande publique, quel que soit le montant de la dépense, il est fortement recommandé que chaque acheteur public se dote d'un règlement interne de procédures pour ses dépenses « hors marché », afin de démontrer que ces procédures respectent ces principes.

2.3 – LES PROCEDURES « HORS MARCHÉ »

Ce sont des règlements internes / procédures « hors marché » - mis en place à la discrétion des acheteurs publics, en l'absence d'exigence réglementaire édictée au titre de sa compétence par la Nouvelle-Calédonie :

2.3.1 - Exemple de règlement intérieur

- ❖ Règles générales : définition des besoins, régularité fiscale et sociale des attributaires, traçabilité des échanges, ...
- ❖ Exceptions sous réserve de validation préalable de la direction : urgence impérieuse, fournisseur unique, etc...
- ❖ Tableau de synthèse des procédures (règles minimales) :

Procédures	Commande directe	Commande simplifiée	Contrat sans parution	Contrat avec parution
Montant C	$C < 1 \text{ MF}$	$1 \text{ MF} \leq C < 6 \text{ MF}$	$6 \text{ MF} \leq C < 12 \text{ MF}$	$12 \text{ MF} \leq M < 20 \text{ MF}$
Mise en concurrence	Sans, 1 seul devis [⊗]	3 prestataires au moins	3 prestataires au moins	Avis de consultation dans la presse
Obligations de publicité			Mise en ligne sur site « marchespublic.nc »	Presse + site marchespublics.nc
Dossier de consultation			Règlement consultation* et cahier des charges*	Règlement consultation* et cahier des charges*
Délai remise offres				Minimum 7 jours
Proposition d'attribution		Fiche de consultation*	Document d'analyse des offres* (critères et notes)	Document d'analyse des offres* (critères et notes)
Validation	Chef de bureau	Chef de service	Jury interne (PV de jury*)	Jury interne (PV de jury*)
Forme commande	Bon de commande	Bon de commande	Contrat signé des 2 parties	Contrat signé des 2 parties

* le règlement intérieur fournit la liste des éléments composant chacun de ces documents, ou un modèle.

⊗ Cette absence de mise en concurrence peut être tolérée mais reste risquée. Voir bonnes pratiques § 2.3.4.

Nota : s'agissant d'un règlement intérieur, il n'est pas opposable à l'administration par les candidats évincés.

2.3.2 - Exemple de délibération spécifique

Délibération n° 39-2011/APS du 9/11/2011 portant réglementation de la commande publique de la province Sud

- ❖ Conditions générales : définition des besoins avant consultation, régularité fiscale et sociale des attributaires, ...
- ❖ Exclusions : marchés publics, délégations de service public, urgence, fournisseur unique, prix réglementé, etc...
- ❖ Tableau de synthèse des procédures :

Montant du contrat (objet unique)	1 MF < montant < 8 MF	8 MF ≤ montant ≤ 20 MF
Mise en concurrence	Au moins 2 opérateurs économiques	Appel public à la concurrence (ouvert, ou restreint : candidatures et sélection)
Obligations de publication	-	Avis publié au moins dans un journal d'annonces légales : objet, modalités dossier et remise des offres
Modalités	Discussions libres avec les candidats de son choix	Délai minimal de 10 jours après publication pour la remise d'une candidature ou une offre
Négociation	Possible sur tous les éléments de l'offre et notamment sur le prix	-
Critères de choix	Coût et modalités d'exécution notamment	Offre économiquement la plus avantageuse, sur la base d'une pluralité de critères non discriminatoires.
Information des candidats	-	Information des candidats évincés quant au rejet de leur offre et aux motifs de ce rejet
Suites	-	En cas de consultation infructueuse pour absence de candidatures ou d'offres acceptables, possibilité de consulter sans publicité un ou plusieurs candidats.

2.3.3 – Exemple des commandes de faible montant en métropole

Marchés publics métropolitains de faible montant passés sans publicité ni mise en concurrence

- ❖ A titre d'information et de réflexion, le CCP métropolitain impose en son article R2122-8 pour les marchés qui peuvent être passés sans mise en concurrence ni publicité en raison de leur faible montant, des règles minimales concrétisant le respect des principes de la commande publique :

« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes (...).

L'acheteur veille :

- 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. »

(art. R2122-8 du code de la commande publique en métropole).

- ❖ Malgré le faible montant de ces achats, les principes de la commande publique (cf. § 2.2 du présent guide) sont fortement atténués dans leur application mais ne disparaissent jamais.
- ❖ A l'instant t, il est loisible de passer un marché de faible montant sans publicité ni mise en concurrence préalable, mais en respect du principe de liberté d'accès à la commande publique des opérateurs économiques, il convient de vérifier pour la prochaine commande s'il est possible de contracter avec un autre opérateur dont l'offre peut répondre au besoin.
- ❖ On retiendra que dès le 1^{er} franc, il convient de respecter les principes de la commande publique.
- ❖ Par ailleurs, au-delà des règles de passation issues du droit de la commande publique, le juge pénal constate régulièrement que l'absence de mise en concurrence (même pour des montants faibles) démontre le délit de favoritisme (avec d'autres éléments, matériels souvent).

2.3.4 - Bonnes pratiques pour les achats, commandes et contrats « hors marché », exclus de la RMP NC

- ❖ Compte tenu des exemples et observations ci-dessus, quelques bonnes pratiques générales peuvent être recommandées à tous les acheteurs publics soumis à la réglementation des marchés publics de Nouvelle-Calédonie, pour leurs dépenses « hors marché » quel qu'en soit le motif :
 - a. Montant inférieur au seuil des marchés défini à l'article 1 RMP (20 MF) ;
 - b. Commandes, contrats ou dépenses exclues des règles de la RMP (article 2-1 RMP), cf. §2.4.1 du présent guide ;
 - c. Commandes, contrats ou dépenses exclues des règles de la RMP (article 2-1 RMP), à *procédures adaptées* - cf. §2.4.2 du présent guide ;
- ❖ Bonnes pratiques générales découlant des principes de la commande publique :
 1. le choix d'une offre doit toujours être pertinent au regard d'une évaluation précise et stricte des besoins ; il faut éviter de prescrire des prestations superflues qui auront notamment pour effet de peser sur le coût final ;
 2. de la même façon qu'un particulier avisé le fait pour lui-même, le principe de bonne utilisation des deniers publics impose que l'acheteur se renseigne un minimum et fasse des comparaisons entre fournisseurs potentiels (prix, délais, garantie, etc...), même s'il n'est pas obligé de faire établir des devis (ce qui peut être consommateur de temps pour les opérateurs économiques) ni d'engager une mise en compétition ;
 3. si son règlement interne le lui permet, il pourra choisir directement un prestataire sur la base d'un devis, mais il devra maintenir une veille économique périodique (sourcing, référencement, etc...), afin de ne pas contracter systématiquement avec le même fournisseur, notamment s'il a connaissance d'une pluralité de prestataires dont les offres présentent le même niveau général de qualité et de prix ;
 4. sauf si la situation et le temps disponible ne le permettent pas, il est toujours recommandé de réaliser un cahier des charges minimal rédigé en fonction d'une bonne évaluation des besoins, de l'inclure dans un projet de contrat simplifié, et de le publier sur une plateforme dématérialisée agréée, accompagné d'un avis de consultation précisant les critères de sélection des offres.

2.4 – LES PROCEDURES DE PASSATION PREVUES PAR LA REGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS

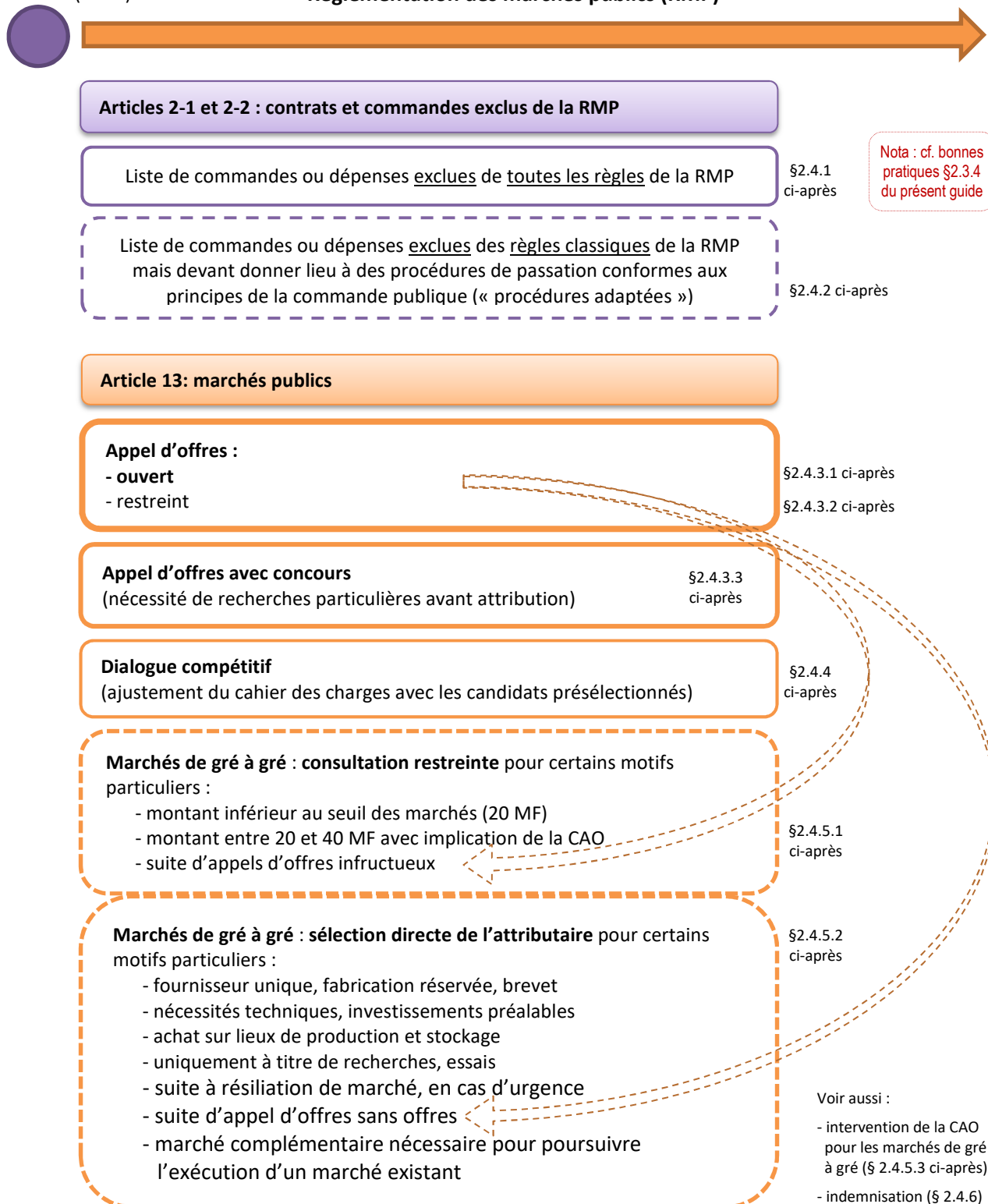
Procédures applicables aux dépenses publiques dont le montant relatif à l'objet unique dépasse le seuil des 20 MF.

Seuil :

20 MF TTC (D136)

20 MF HT (D424)

Règlementation des marchés publics (RMP)



NB : au-dessus du seuil des marchés publics, la procédure de base est l'appel d'offres ouvert ; c'est la procédure qui assure le plus haut niveau d'application des principes de la commande publique. Les autres procédures sont des simplifications ou aménagements tenant compte de conditions spécifiques, en vertu du principe d'efficacité de la commande publique. Toutefois, dans tous les cas d'exclusion ou de simplification des règles, un acheteur public peut toujours utiliser une procédure de mise en concurrence (« consultation ») ou même procéder à un appel d'offres.

2.4.1 - Commandes ou dépenses exclues des règles de la RMP (article 2-1 D136, art. 2-1 § I D424, art 2-2 RMP)

« I - Les dispositions de la présente délibération ne sont pas applicables aux commandes et contrats dont le montant est supérieur au seuil prévu à l'article 1er , dans les cas suivants :

- 1°) contrats conclus par les personnes morales mentionnées à l'article 1er ci-dessus entre elles ou avec les services et établissements publics de l'Etat ;
- 2°) contrats conclus par les personnes morales mentionnées à l'article 1er ci-dessus avec un cocontractant sur lequel elles exercent un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, notamment par la détention de la majorité de son capital, et qui réalise [l'essentiel] [la majorité] de ses activités pour elles. Le contractant doit alors lui-même appliquer] [à condition que ce contractant applique] la procédure de mise en concurrence prévue par la présente délibération pour l'exécution du contrat qui lui est confié ;
- 3°) commandes de travaux, fournitures ou services motivées par une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le maître de l'ouvrage et n'étant pas de son fait, ces commandes étant limitées aux prestations strictement nécessaires pour faire face au caractère impérieux de cette urgence ;
- 4°) contrats qui ont pour objet l'acquisition, la location quelles qu'en soient les modalités financières (notamment crédit-bail), de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
- 5°) contrats ayant pour objet l'abonnement aux services publics industriels et commerciaux tels que l'eau, l'assainissement, l'électricité, les postes et télécommunications ;
- 6°) contrats d'achat d'œuvres et d'objets d'art, d'objets d'antiquité et de collection, et de prestations artistiques ;
- 7°) contrats ayant pour objet les services d'incendie et de secours et les services de protection civile lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif ;
- 8°) contrats relatifs à l'arbitrage, et à la conciliation ;
- 9°) dépenses de l'Office de Commercialisation et d'Entreposage Frigorifique (OCEF) pour ses achats de viande et de pommes de terre ;
- 10°) contrats de transport de voyageurs par voie aérienne ;
- 11°) contrats de référencement ou d'achats pour les produits pharmaceutiques, les réactifs de laboratoires, les produits sanguins, les produits dérivés du sang et les produits à usage médical ou la fourniture médicale et médicotechnique ;
- 12°) contrats conclus entre structures hospitalières établissant une coopération médicale ou de recherche lorsque les conditions suivantes sont réunies :
 - les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;
 - la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général.
- 13°) contrats, au sens de l'article 1984 du code civil, par lesquels les personnes mentionnées à l'article 1er ci-dessus confient à un mandataire, des missions de représentation et d'assistance à caractère administratif et technique, en vue de la réalisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure et des équipements destinés à leur exploitation.

Les missions de représentation et d'assistance à caractère administratif et technique mentionnées à l'alinéa précédent portent sur tout ou partie des attributions suivantes :

- définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et réalisé ;
- préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
- approbation des avant-projets et accord sur le projet ;
- préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;
- versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ;
- réception de l'ouvrage ;
- représentation du maître de l'ouvrage en justice et à l'égard des tiers ;

et l'accomplissement de tous actes afférents aux attributions mentionnées ci-dessus.

La mission du mandataire est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique sur l'ouvrage considéré.

Les dépenses faites pour le compte du maître d'ouvrage dans le cadre de cette mission sont soumises aux règles de la présente délibération dès lors qu'elles excèdent le seuil prévu à l'article 1er. Le contrat du mandataire prévoit que la commission d'appel d'offres est celle du mandant ou celle du mandataire. »

(article 2-1 D136, art. 2-1 § I D424)

« Les dispositions de la présente délibération ne sont pas applicables aux conventions par lesquelles une collectivité ou un établissement public confie, sans mise en concurrence, à une ou plusieurs structures d'insertion par le travail un chantier d'insertion, à condition :

- que la ou les structures d'insertion par le travail concernées soient des associations sans but lucratif agréées en application du titre VIII du livre IV du code du travail de la Nouvelle-Calédonie ;
- que le chantier ait pour objet, à la fois, de former des stagiaires très éloignés de l'emploi sélectionnés par la collectivité ou l'établissement public et de réaliser des travaux d'intérêt collectif ;
- et que le coût global du chantier d'insertion soit inférieur à 40 millions de francs CFP hors taxes. ».

(art 2-2 RMP)

Commentaires

❖ Dans cette catégorie, aucune obligation de parution, ni de mise en concurrence, ni de délai minimal, ni de passage en CAO, ni d'encadrement des modifications par avenant.

Voir toutefois les recommandations et bonnes pratiques au §2.3.4 ci-dessus.

❖ Dans cette catégorie, l'exclusion des règles des marchés publics se justifie par un ou plusieurs des points suivants :

- L'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles (cyclones, etc...), mais ces dépenses doivent rester limitées au caractère impérieux de l'urgence : commander directement des remblais compactés pour rétablir la circulation, oui, reconstruire entièrement un pont à neuf, non ;
- Le caractère unique du prestataire ou de la prestation (contrats entre personnes publiques, transaction ou location immobilière, œuvre d'art existante, associations spécialisées, services publics en monopole, prestataires d'arbitrage ou de conciliation choisis en commun par les parties en conflit) ;
- Un contexte d'achat obligatoire auprès de tous les fournisseurs locaux et de prix fixés réglementairement (achat de viande et de pomme de terre par l'OCEF) ;
- Des prix et des modalités d'exécution très variables, impossibles à cadrer à l'avance dans un marché et dans un contexte monopolistique (contrats de transport de voyageurs par voie aérienne* = billets d'avion, qui dépendent de l'époque, de la destination, du trajet, du taux de change, etc...) ;
- La réduction importante des dépenses de santé publique rendue possible par un achat libre des produits pharmaceutiques et médicaux aux fournisseurs locaux ou internationaux les moins chers, et par le conventionnement coopératif direct avec d'autres établissements hospitaliers ;
- La notion de libre choix en confiance, pour les contrats en quasi-régie avec un organisme que l'acheteur public contrôle quasiment comme ses propres services (SEM, SPL, ...), et pour les contrats de mandataire, un rôle symbolique et quasi-politique de représentation du maître d'ouvrage et de gestion complète y compris financière de l'opération de construction ou d'aménagement envisagée**.

* Remarques sur le transport aérien :

- ❖ Les contrats de prestations de services d'agence de voyage, consistant notamment à délivrer des titres de transport aérien, sont soumis à la RMP. En effet, l'offre du prestataire est jugée sur le coût et la qualité de cette prestation de services et non sur le coût du transport : l'agence de voyages délivre un titre de transport sans transporter elle-même, et ne garantit pas ni n'indemnise l'acheteur en cas d'aléas d'exécution du transport ;
- ❖ Le billet d'avion émis par le transporteur aérien au nom de l'acheteur constitue un contrat de transport aérien entre lui et l'acheteur, qui fixe l'objet, le prix, les conditions et les garanties. Il est exclu des règles de la RMP.
- ❖ L'exclusion s'applique aux contrats de « transport de voyageurs par voie aérienne », lesquels peuvent comprendre des accessoires liés directement au transport par voie aérienne (inclusion ou tarification supplémentaire pour les

annulations et reports, assurances annulation ou bagages, etc..) mais pas des prestations de service non attachées directement au transport aérien (formalités d'obtention du visa, réservation d'hôtel ou voiture, ...).

- ❖ L'exclusion s'applique aux contrats de transport de « voyageurs » par voie aérienne. Elle ne concerne donc pas les prestations spécifiques de secours ou d'évacuation médicale effectués par voie aérienne.

**** Remarques sur les contrats de mandat :**

- ❖ Pour des raisons de compatibilité avec d'éventuelles situations existantes, et dans une optique d'efficacité opérationnelle, la D424 prévoit explicitement à propos des contrats de mandat que "Le contrat du mandataire prévoit que la commission d'appel d'offres est celle du mandant ou celle du mandataire."

Toutefois, le fait de prévoir que la commission d'appel d'offres est celle du mandataire impliquerait que cette commission soit constituée conformément aux conditions de la D424, et que le mandataire soit donc l'un des acheteurs publics prévus à l'article 1^{er} de la D424.

Par ailleurs, à l'instar de l'article 3 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP)¹, bien que le mandataire prépare le choix du maître d'œuvre et de l'entrepreneur et signe leurs contrats, c'est au maître d'ouvrage d'approuver ce choix. Il revient donc aux organes délibérants du maître d'ouvrage, et non à son mandataire, de choisir ses co-contractants, alors même que la consultation est lancée par le mandataire².

En conséquence, et de manière générale, il convient de retenir comme principe préférentiel, que la commission d'appel d'offres compétente doit être celle de la personne publique mandante et non celle du mandataire.

- ❖ La collectivité territoriale ou l'établissement public local doit soumettre à son comptable public le projet de convention de mandat avant de le signer, afin que celui-ci s'assure des stipulations conventionnelles relatives à la reddition des comptes du mandataire.³

Recours à certaines centrales d'achat (D424)

- ❖ En métropole, le recours aux centrales d'achat par les collectivités locales est prévu par le CCP : un acheteur public peut acheter directement à une centrale d'achat, car étant elle aussi un acheteur public soumis au CCP, elle applique les règles de passation des marchés publics (CCP métropole), pour constituer son catalogue d'offres.
- ❖ Le recours aux centrales d'achat n'est pas prévu par la RMP de Nouvelle-Calédonie.
- ❖ Toutefois, certaines centrales d'achat métropolitaines étant des établissements publics de l'Etat (par exemple, l'UGAP), il apparaît possible de passer un contrat avec elles sans être soumis à la RMP, conformément au 1^o du I de l'article 2-1 D424 exonérant les contrats passés avec les établissements publics de l'Etat⁴.

Toutefois, afin de ne pas priver d'accès à la commande publique les opérateurs locaux de la Nouvelle-Calédonie, il est recommandé de mettre en œuvre au moins l'une des deux procédures suivantes :

- ⇒ mettre en compétition les opérateurs locaux, préalablement à la passation du contrat avec la centrale d'achat métropolitaine, pour vérifier qu'il n'y a pas de meilleure offre localement ;
- ⇒ intégrer dans le contrat l'obligation pour la centrale d'achat de publier ses consultations relatives à l'objet du contrat sur une plateforme locale habilitée de publication des marchés publics (cf. § 4.2 du présent guide)⁵.

Réponse d'une personne publique à un appel d'offres

- ❖ Lorsque la prestation qu'une personne publique pourrait accomplir porte sur un secteur concurrentiel, le principe d'égalité de traitement impose qu'une mise en concurrence soit mise en œuvre suivant les règles de la RMP ;
- ❖ Suivant le même principe, lors de cette mise en concurrence, l'acheteur public a l'obligation de vérifier que l'offre de la personne publique est comparable à celle des opérateurs privés et ne bénéficie pas d'un avantage ; à cette fin il doit exiger la production de la comptabilité analytique pour vérifier notamment le contenu de son prix⁶.

¹ La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (« loi MOP ») a été codifiée dans le code national de la commande publique qui ne s'applique, en Nouvelle-Calédonie, qu'à l'Etat et à ses établissements publics.

² CE, 17 févr. 1993, Sté équipement Auvergne, n° 80515 ; CAA Paris, 17 oct. 2006, n° 03PA41016, Sté Soprema, SEM palais omnisport Paris Bercy.

³ Avis du Conseil d'Etat du 4 octobre 2000.

⁴ Nota : l'article 2-1, I, 1^o) n'a pas été rédigé dans cette intention.

⁵ A noter qu'aux termes de la délibération n° 57 du 14 janvier 2020 votée par le congrès, la plateforme de publication du gouvernement, www.marchespublics.nc, peut être utilisée par un acheteur public soumis au code de la commande publique métropolitain.

⁶ Pour plus de précision, voir avis du Conseil d'Etat du 8 nov. 2000 n° 222208, et CAA Bordeaux 15 juillet 2008 n° 07BX00373.

2.4.2 - Commandes ou dépenses exclues des règles de la RMP, à « procédures adaptées » (art. 2-1, § II D424)

« II - Les dispositions de la présente délibération ne sont pas applicables aux commandes et contrats dont le montant est supérieur au seuil prévu à l'article 1er, dans les cas suivants.

Toutefois, leur passation doit résulter de procédures établies dans le respect des principes mentionnés au III de l'article 1er*.

1°) contrats de transport de fond ;

2°) contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie ;

3°) contrats de commande d'œuvres et d'objets d'art ;

4°) contrats ayant pour objet les services d'assurances ;

5°) contrats passés par le Fonds Nickel avec les entreprises éligibles du secteur minier pour les travaux relevant des mesures de soutien en faveur du secteur minier, lorsque la situation de crise a été déclarée par arrêté du gouvernement conformément à la délibération n° 467 du 18 mars 2009 ;

6°) contrats par lesquels une collectivité ou un établissement public confie, à une structure publique ou privée, qualifiée d'opérateur non économique, la réalisation de travaux, services, ou fournitures, ayant pour objet l'insertion sociale ou professionnelle ;

7°) contrats conclus par la Chambre d'agriculture de la Nouvelle-Calédonie (CANC) pour ses activités spécifiques d'importation et de vente d'engrais aux agriculteurs ;

8°) contrats conclus par l'OPT pour ses activités dans le domaine des télécommunications internationales.

Ces procédures comportent au minimum une mise en compétition de plusieurs opérateurs économiques adaptée à l'état du secteur concurrentiel, la communication des critères de jugement des offres aux candidats, ainsi que des mesures de traçabilité des échanges et du dépôt des offres. »

* C'est-à-dire les 5 principes de la commande publique.

Commentaires

- ❖ Dans cette catégorie, pas d'obligation de parution, ni de passage en CAO, et ce pour toute la vie du contrat. Il y a toutefois une obligation de procéder à une mise en concurrence adaptée (délais, critères, etc...).
- ❖ Dans cette catégorie, l'adaptation et la simplification par rapport aux règles classiques des marchés publics, qui se rapproche du régime des « marchés à procédure adaptée (MAPA) » du code métropolitain, se justifie par un ou plusieurs des points suivants :
 - Le caractère confidentiel de la prestation, avec consultation directe des prestataires potentiels (transport de fonds, emprunts et engagements financiers) ;
 - La nécessaire souplesse des procédures compte tenu de la nature des opérateurs et de l'objet du contrat, qui se prêtent difficilement au cadrage classique d'un marché (artistes, services d'assurances, acteurs Nickel, insertion sociale ou professionnelle) ;
 - Un contexte d'achat à l'international, mettant en jeu, d'une part, des acteurs économiques ne souhaitant pas se conformer aux règles de la RMP, et soumis, d'autre part, à des variations de cours rapides et à des problématiques de variations de devises, difficiles à intégrer dans un marché classique (télécommunications internationales, achat d'engrais à l'international) ;

Recommandations :

- ❖ Si la consultation se fait directement auprès des opérateurs économiques, s'assurer par les procédés du sourcing (cf. § 1.3 du présent guide), qu'elle est adaptée à l'état de la concurrence sur le secteur économique ;
- ❖ En cas de doute, faire paraître un avis de consultation, si nécessaire avec appel à candidatures pour sélectionner les candidats avant de leur envoyer le dossier de consultation ;
- ❖ Passer systématiquement par une plateforme de publication pour assurer la traçabilité des retraits de dossier de consultation, des questions posées par les candidats, des réponses apportées, et du dépôt des offres.
- ❖ Intégrer ce type de commande dans la nomenclature du règlement intérieur des commandes hors marché (cf. § 2.3 ci-dessus).

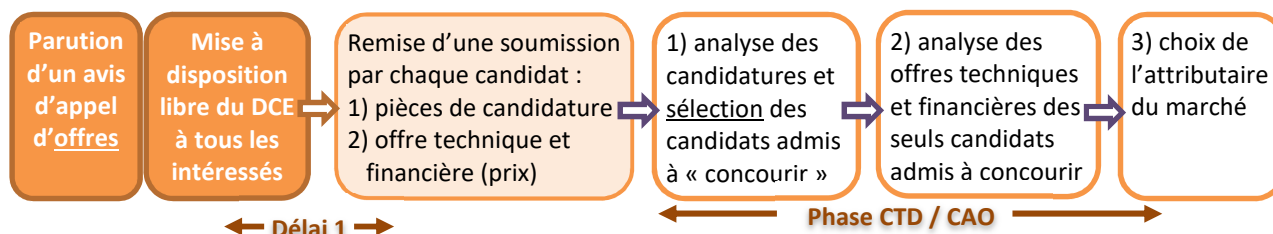
2.4.3 – Marchés passés sur appel d'offres (articles 24 à 32 RMP)

2.4.3.1 – Appel d'offres ouvert (art. 24 RMP)

C'est la procédure « standard » pour un marché public.

L'appel d'offres « énumère les caractéristiques principales des prestations dont l'administration entend s'assurer la fourniture et invite les personnes susceptibles de les fournir ou les personnes choisies par elle à faire connaître, dans un délai déterminé, les conditions dans lesquelles elles estiment pouvoir assurer le service demandé. » (art. 24 RMP)

« L'avis d'appel [d'offres] [public] est publié vingt jours au moins avant la date limite fixée pour la réception des soumissions. Ce délai tient compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux candidats pour préparer leur soumission. » (art. 24 D136, amendé par la D424)



Délais (total moyen d'environ 4 mois entre la 1ère parution et la notification du marché) :

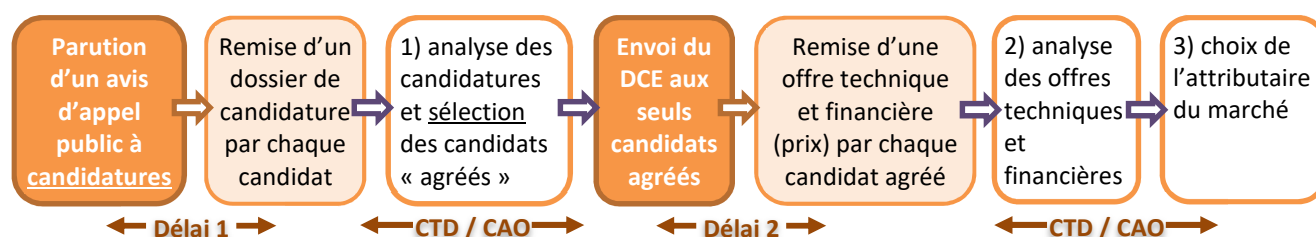
- ❖ Délai 1 = minimum 20 jours « francs », c'est-à-dire sans compter le jour de 1ère publication, ni la date limite fixée pour la remise des soumissions. Il doit « tenir compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux candidats pour préparer leur soumission » (D424), ce qui conduit à un délai entre 3 et 9 semaines.

Suites lorsque la procédure ne peut aboutir à une attribution de marché

- ❖ Appel d'offres infructueux (du fait des offres) ⇒ consultation en vue de passer un marché de gré à gré (art. 35.5° D136 – art 35-1.1° ou 35-2.5° D424), ou relance d'un nouvel appel d'offres.
- ❖ Appel d'offres sans suite (pour un motif d'intérêt général : procédure viciée par un défaut de DCE, changements de besoin ou de budget, ...) ⇒ si un nouvel appel d'offres est relancé, le DCE est modifié.

2.4.3.2 – Appel d'offres restreint (art. 24 RMP)

« L'appel d'offres dit « restreint » [ne s'adresse qu'aux candidats que l'administration décide de consulter] [comporte un avis d'appel public à candidatures, et la remise du dossier de consultation aux seuls candidats sélectionnés]. » (art. 24 D136 / correction apportée par la D424)



Intérêt de cette procédure par rapport à l'appel d'offres ouvert :

- ❖ Lorsqu'il est nécessaire de vérifier soigneusement les capacités des candidats, avant de leur demander de formuler une offre (montant de prestations très important, capacités spécifiques requises, ...).
- ❖ Lorsque l'objet de l'appel d'offres est considéré comme sensible et qu'il est préférable de ne diffuser le contenu des spécifications qu'aux candidats sélectionnés (*exemple : construction d'un centre sécurisé*).
- ❖ Prévoir un temps d'analyse des candidatures entre le dépouillement des plis et la sélection des candidatures.

Délais (total moyen d'environ 5 mois entre la 1^{ère} parution et la notification du marché)

- ❖ Délai 1 = minimum 20 jours « francs », délai 2 non réglementé, suffisant pour la préparation des offres (D424).

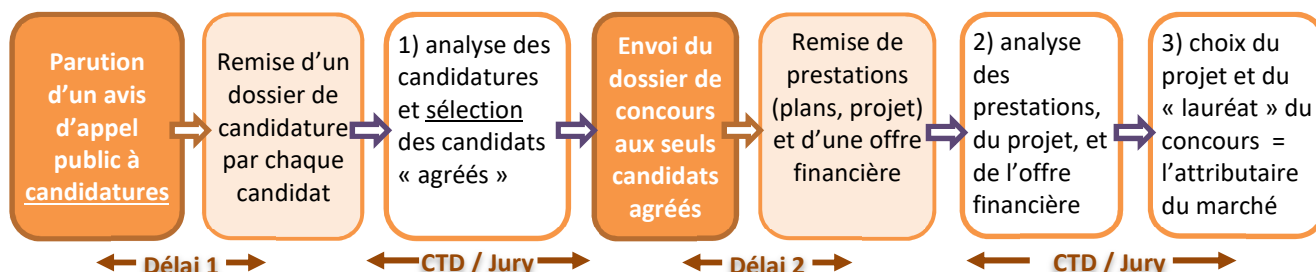
Suites lorsque la procédure ne peut aboutir à une attribution de marché : idem appel d'offres ouvert.

2.4.3.3 – Appel d’offres avec concours (art. 29 à 32 RMP)

« L’appel d’offres sur concours est une forme d’appel d’offres restreint.

Il est fait appel au concours lorsque des motifs d’ordre technique, esthétique ou financier justifient des recherches particulières et la remise d’une prestation sous forme de plan ou de projet. (...)

Le concours est lancé par voie d’appel public [à la concurrence] [à candidatures dans les conditions prévues aux articles 25 et 26]. Les candidats désirant y participer adressent à l’administration une demande d’autorisation de concourir en justifiant de leurs titres. Seuls sont admis à remettre des offres, les candidats dont la demande est agréée. (...) » (art 29 D136, précisé par la D424)



Recours à cette procédure :

- ❖ Lorsqu'il est nécessaire d'apprécier la qualité technique, esthétique ou financière d'un projet proposé par un candidat et nécessitant des recherches particulières, avant de lui attribuer un marché en relation avec ce projet.
- ❖ Domaine de l'aménagement, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données :
 - ⇒ Marché de **maîtrise d'œuvre (conception et suivi des travaux)** du projet de construction de ... (art. 31 RMP) ;
 - ⇒ Marché portant sur la **conception** et les **travaux** du projet de construction de ... (article 32 RMP).
- ❖ La production des prestations (plans, maquettes, documents techniques et financiers, ...) représentatives du projet entraîne pour les candidats un coût non négligeable, qui doit être indemnisé par une « prime » de concours (de 0,25 à 1% du coût du projet). Il s'agit d'une compensation non pas intégrale mais *partielle*.
- ❖ Par souci d'économie, le nombre de participants au concours est souvent limité à quatre (4), ce qui permet d'avoir un panel suffisant de projets, et un montant de prime suffisamment élevé favorisant la qualité des projets.

Exceptions : absence de recherches « particulières » des candidats concernant le projet. *Exemples* :

- ⇒ appel d'offres concernant la rénovation à l'identique d'un ouvrage existant dont tous les plans et documents d'audit sont fournis aux candidats (simple métré et chiffrage, ...).
- ⇒ appel d'offres concernant les études et les travaux de construction de logements de fonction type villa F4 (simple adaptation de modèles existant sur le catalogue des candidats, constructeurs de villas individuelles)
- ⇒ appel d'offres où la production d'éléments d'appréciation (échantillons, maquettes, prototypes, ...) représente un investissement significatif, donc indemnisé par une prime (art 11 D424), mais qui n'entraîne pas de recherches particulières. Exemple : maquette de logiciel existant adapté, pour en vérifier l'ergonomie.

Délais (total moyen d'environ 7 mois entre la 1^{ère} parution et la notification du marché)

- ❖ Délai 1 = délai plancher de 3 semaines suffisant ; délai 2 = non réglementé mais suffisant pour établir le projet.

Suites lorsque la procédure ne peut aboutir à une attribution de marché

- ❖ Impossibilité de classer ou départager les projets, nécessité de préciser ou compléter le programme ⇒ possibilité de procéder à un « second tour » avec les mêmes concurrents, avec des délais et des primes complémentaires.
- ❖ Aucun projet acceptable ⇒ obligation de ne pas donner suite au concours et de le relancer depuis le début.

Recommandations :

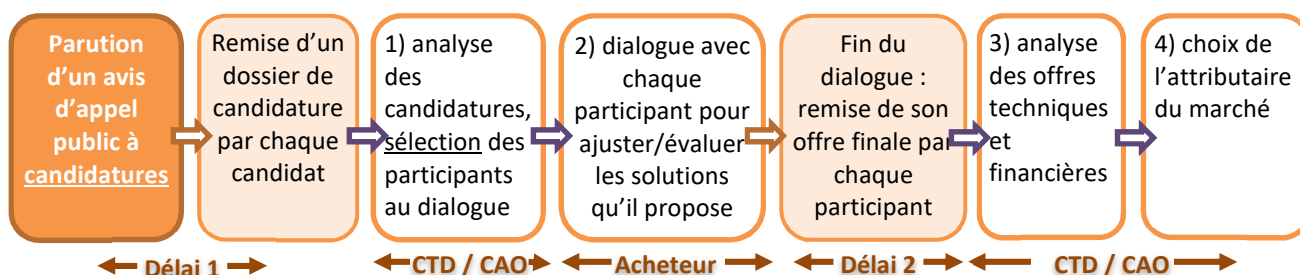
- ❖ Compte tenu de la lourdeur et de la complexité de cette procédure, l'acheteur (« maître d'ouvrage ») doit se faire accompagner par un prestataire spécialisé : assistant à maître d'ouvrage (AMO), conducteur d'opération, etc....
- ❖ La mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) fournit des guides et modèles de premier ordre même s'ils s'appuient sur la réglementation métropolitaine. Cf. <http://www.miqcp.gouv.fr>.

2.4.4 – Dialogue compétitif (articles 32-1 à 32-3 du RMP)

« La procédure du dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le maître d'ouvrage conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.

Le recours à la procédure du dialogue compétitif est possible lorsque l'objet d'un marché public est considéré comme complexe, notamment :

- a) quand le maître d'ouvrage n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- b) quand le maître d'ouvrage n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. » (art. 32-1 RMP)



Particularités de cette procédure :

- ❖ La procédure de dialogue compétitif peut être utilisée à bon escient :
 - lorsque les solutions existantes ne correspondent pas aux besoins, que le développement d'une solution spécifique serait trop onéreux, et que l'adaptation de l'offre à la demande, et inversement, est plus efficace ;
 - lorsque le dialogue avec les concurrents permet d'identifier ou de préciser des solutions techniques satisfaisantes sans effet discriminatoire, c'est-à-dire sur lesquelles tous les candidats pourront répondre.
- ❖ Cette procédure est particulièrement adaptée à l'achat de progiciels spécialisés, compte tenu d'une offre d'éditeurs de logiciels « sur étagère » qu'il faut nécessairement adapter finement pour satisfaire ses besoins.
- ❖ L'adaptation ou le développement des produits, pendant ou à l'issue du dialogue, peut entraîner des coûts significatifs qui doivent alors donner lieu au versement de primes à prévoir dans le règlement de consultation. Afin d'éviter des dépenses excessives en primes, il peut être prévu une limitation du nombre de participants au dialogue, mais le nombre minimum doit être annoncé dans l'avis d'appel public, sans être inférieur à trois (3).

Risques juridiques :

- ❖ Le « sourcing » et la définition finale des solutions sont intégrés dans la mise en compétition, ce qui constitue une dérogation au principe général de définition préalable des spécifications avant l'appel public à concurrence.
- ❖ Cette dérogation est justifiée uniquement par le caractère « complexe » de l'objet du marché, conformément aux critères réglementaires : il y a un risque d'illégalité si cette complexité n'est pas réellement démontrée par l'impossibilité de définir *a priori* les moyens techniques ou d'établir le montage juridique ou financier du projet¹.
- ❖ Dans la majorité des cas, les démarches préalables de sourcing doivent permettre de définir précisément les solutions techniques à retenir, sans avoir recours à cette procédure. Une alternative classique à cette procédure est d'autoriser les candidats à proposer des solutions variantes, en sus de la solution définie par l'acheteur.

Délais (total moyen d'environ 6 mois entre la 1^{ère} parution et la notification du marché) :

- ❖ Délai 1 = minimum 20 jours à compter de la date d'envoi à la publication, délai 2 = délai supérieur à 15 jours.
- ❖ Phase de dialogue : possibilité de plusieurs phases successives de dialogue, à indiquer dans le règlement ; prévoir les délais intermédiaires pour permettre aux candidats de travailler leurs solutions techniques.

Suites lorsque la procédure ne peut aboutir à une attribution de marché : idem appel d'offres ouvert.

¹ Cf. jurisprudence CE 18 décembre 2017 (n°413527)

2.4.5 – Marchés de gré à gré (articles 34 et 35 D136 – articles 34, 35, 35-1, 35-2, 35-3 D424)

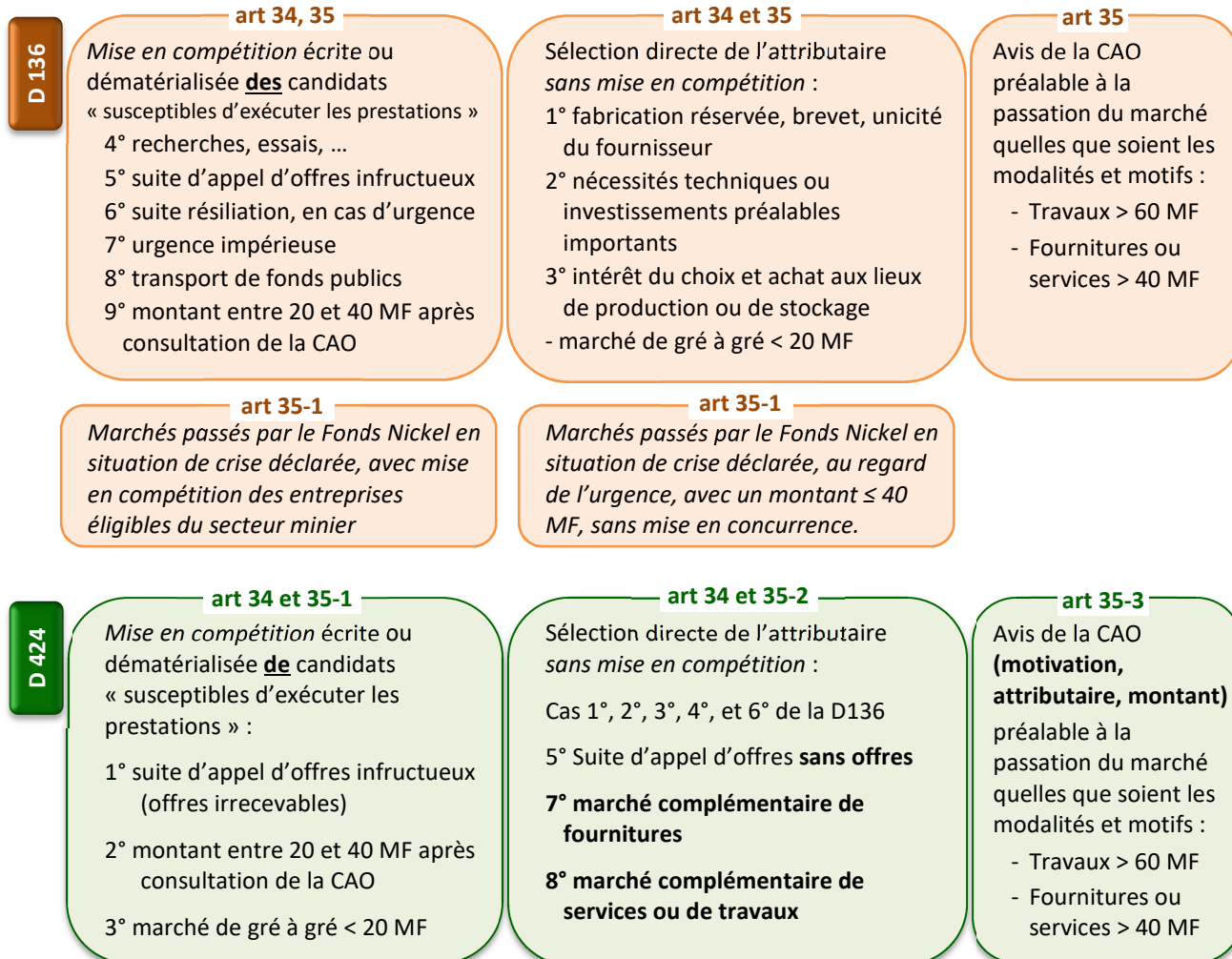
« Les marchés sont dits de « gré à gré » lorsque l'autorité compétente de la collectivité ou de l'établissement public engage sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu. » (art. 34 RMP)

La D136 imposait en fin d'article 34 de « mettre en compétition, par une consultation écrite ou dématérialisée au moins sommaire, les candidats susceptibles d'exécuter un tel marché », et listait en son article 35 tous les cas de recours au marché de gré à gré, y compris des cas où cette mise en compétition est manifestement impossible (exemple : fabrication réservée par brevet à un seul fournisseur).

La D424 réordonne l'article 35 en trois sous-articles pour distinguer les cas où une mise en compétition est manifestement inadaptée et donc rendue non obligatoire (35-2) des autres cas où les principes de la commande publique imposent une mise en compétition même sommaire (35-1), l'ensemble des marchés de gré à gré restant assujéti à un passage en commission d'appel d'offre au-dessus d'un certain seuil (35-3).

Nota : le seuil est défini en termes de montant du marché à passer, et non pas en termes d'estimation.

Architecture des marchés de gré à gré – aucune obligation de publication, mais consultation écrite ou dématérialisée



Remarques

- ❖ La D424 a transféré les cas suivants de marchés de gré à gré (D136) dans d'autres catégories :
 - urgence impérieuse ⇒ contrats non soumis aux règles de la RMP (art 2-1 §I) ;
 - Fonds Nickel, transport de fonds publics ⇒ contrats soumis aux procédures adaptées (art 2-1 §II).
- ❖ La rédaction de la D136 parle de mise « en compétition des candidats susceptibles de ... », ce qui comporte une connotation d'exhaustivité, remettant en cause l'intérêt de cette procédure vis-à-vis d'un appel d'offres ouvert. La D424 a donc modifié la rédaction en mise « en compétition de candidats susceptibles de ... ».

2.4.5.1 Marchés de gré à gré passés après mise en compétition (art. 35-1 D424)

⇒ Dispositions générales

« **L'autorité compétente [est tenue de mettre] [peut passer un marché de gré à gré après mise] en compétition, par une consultation écrite ou dématérialisée au moins sommaire, [les] [de] candidats susceptibles d'exécuter le marché, dans les cas suivants.** » (fin de l'article 34 D136, modifié en 1^{er} alinéa de l'article 35-1 D424)

Bonnes pratiques

- ❖ Pour l'ensemble de l'article 35-1, la mise en compétition de plusieurs candidats (sans précision de minimum), doit respecter le principe d'égalité de traitement, à savoir une même date de consultation et une même date de remise des offres, un cahier des charges strictement identique, une communication égale envers tous les candidats (réponses aux questions, rectifications DCE, reconsultation, négociation, etc...).
- ❖ Cette mise en concurrence ne fait l'objet d'aucune obligation réglementaire de publication. Toutefois, un acheteur public reste libre de faire paraître un « avis de consultation » s'il le souhaite.

⇒ Marché de gré à gré suite à un appel d'offres infructueux

« **1°) - Pour les travaux, fournitures ou services, ayant donné lieu à un appel public à concurrence, pour lesquels seules ont été déposées des offres irrégulières, inacceptables, inappropriées ou anormalement basses.**

Dans ce cas, l'autorité compétente doit consulter au moins les soumissionnaires ayant déposé une offre dans le cadre du premier appel à concurrence et elle est autorisée à négocier, pour autant que les conditions initiales de la consultation ne soient pas substantiellement modifiées. » (ancien 5° art 35 D136, nouveau 1° art 35 D424 complété)

Commentaires

- ❖ Il s'agit de la suite d'un appel d'offres ouvert ou restreint, ou un dialogue compétitif, qui n'a pu aboutir à une attribution du marché, faute d'offres recevables (pour tous types de motifs) = « infructueux ».
- ❖ Les principes de la commande publique exigent de :
 - reconsulter au moins ceux qui ont démontré un intérêt réel en déposant une offre lors de l'appel d'offres initial, faute de quoi une entorse au principe de libre accès à la commande publique peut être invoquée ;
 - de ne pas modifier substantiellement le DCE, ce qui caractériserait une nouvelle mise en compétition restreinte, non ouverte, portant ainsi atteinte au principe de libre accès à la commande publique.
- ❖ L'acheteur est libre de rajouter à la liste des candidats ayant déposé une offre initialement, d'autres candidats de son choix (par exemple, après inspection de la liste des candidats ayant retiré le DCE sans remettre d'offre).
- ❖ La négociation consiste à dialoguer avec tous les concurrents, en toute traçabilité, et en plusieurs vagues si nécessaire, pour proposer des adaptations – limitées - du cahier des charges et susciter des offres optimisées.

Bonnes pratiques

- ❖ Cette procédure n'est pertinente que si l'analyse de la concurrence initiale montre que la relance d'un nouvel appel d'offres n'apportera vraisemblablement pas d'amélioration de la concurrence et que l'ajustement des offres existantes permettra d'aboutir à un bon résultat, occasionnant ainsi un gain de temps.
- ❖ Si la mise en concurrence initiale était étriquée et que l'identification de nouveaux candidats potentiels s'avère difficile, il est préférable de relancer un appel d'offres ouvert.
- ❖ Consulter les candidats susceptibles de répondre, par un courrier rappelant les conditions de la consultation, éventuellement simplifiées pour les candidats ayant déjà justifié leurs capacités lors de la procédure initiale.
- ❖ En cas de consultation de nouveaux candidats n'ayant pas participé à la consultation initiale, laisser un délai de réponse suffisant pour la prise de connaissance du DCE, et la préparation de leur offre.
- ❖ Le texte réglementaire ne prévoit de soumettre le résultat de cette consultation à l'avis de la CAO qu'en cas de franchissement des seuils suivants (dernier alinéa art 35 D136 – art 35-3 D424) quel que soit le motif de gré à gré :
 - 60 MF pour un marché de travaux
 - 40 MF pour un marché de fournitures ou services

Il est recommandé toutefois de revenir devant la CAO quel que soit le montant, par simple principe de respect d'une continuité d'information des élus de la CAO sur l'affaire en question.

Risque juridique

- ❖ Il peut arriver que l'infirmité d'un appel d'offres (ou dialogue compétitif) soit liée non pas à une mise en concurrence insuffisante ou de faible qualité, mais à un défaut interne du DCE ou de la procédure. Exemples :
 - clauses contradictoires interprétées différemment par les soumissionnaires, rendant les offres non comparables ;
 - définition des besoins trop imprécise rendant les offres très disparates ;
 - estimation administrative erronée faussant les conclusions de l'analyse des offres.

Dans ce cas, il est impératif de rendre l'appel d'offres (ou dialogue compétitif) initial « sans suite » et de relancer un nouvel appel public à concurrence, avec des documents de consultation corrigés.

⇒ **Marché de gré à gré après consultation directe, pour un montant compris entre 20 et 40 MF**

« 2°) - Pour les travaux, fournitures ou services dont la valeur pour le montant total du ou des marchés à passer en considération de leur objet unique, s'établit entre 20 000 000 F CFP hors taxes et 40 000 000 F CFP hors taxes, [après consultation de la commission prévue à l'article 13-1] [en respectant les conditions prévues aux articles 27, 27-1 et 27-2 de la présente délibération]. » (ancien 9° art 35 D136, nouveau 2° art 35-1 D424 complété et modifié)

Commentaires

- ❖ Sous le régime de la D136, l'intérêt de cette procédure dérogatoire de l'appel d'offres ouvert, jusqu'au seuil de 40 MF, repose sur les points suivants, gages de rapidité, de souplesse et d'efficacité :
 1. le délai de consultation est libre, même s'il doit rester suffisant pour une mise en compétition équitable ;
 2. la possibilité de sélectionner et consulter directement des candidats réputés posséder les capacités requises ;
 3. le dépouillement des offres n'est pas assujéti aux procédures formelles de la CAO / CTD, et peut être effectué par le service instructeur en temps voulu (recommandations : commission interne mini. 3 personnes + PV) ;
 4. le service instructeur peut librement demander à tel ou tel candidat de compléter son dossier de candidature ou les éléments techniques de son offre ; compte tenu du principe d'égalité de traitement des candidats, il devrait donner la même possibilité à tous les candidats qui sont dans le même cas.

Toutefois, la passation du marché ne peut se faire qu'après consultation de la CAO, laquelle doit donner un avis favorable ou défavorable à la passation de ce marché, après rapport complet du service instructeur.
- ❖ Sous le régime de la D424, la CAO / CTD intervient dès le stade du dépouillement, et jusqu'à la proposition d'attribution, de la même façon que pour un appel d'offres ouvert classique, afin de garantir la traçabilité et une meilleure formalisation du processus. Dès lors, seuls subsistent les points d'intérêt suivants :
 1. le délai de consultation libre (même s'il doit rester suffisant pour une mise en compétition équitable) ;
 2. la possibilité de sélectionner et consulter directement des candidats réputés posséder les capacités requises ; toutefois la CAO peut décider de juger que ces candidats ne possèdent pas ces capacités.
- ❖ Sous la D136, il pouvait arriver qu'une consultation pour un contrat hors marché dont le montant est estimé inférieur au seuil des marchés publics (20 MF), conduise à retenir une offre supérieure à ce seuil. Sous réserve que le contrat contienne initialement des clauses similaires à celles des marchés publics, on pouvait transformer ce contrat en marché (attention à l'exigence de pièces comme le CCAG, le CCAP, le CCTP, ...) et requalifier la procédure de consultation hors marché en procédure de gré à gré entre 20 à 40 MF après validation de la CAO. Cette façon de faire n'est plus possible sous la D424 car les offres doivent être ouvertes en CTD / CAO.

⇒ **Marché de gré à gré dont le montant est inférieur au seuil des marchés (20 MF)**

« 3°) – Si l'administration le souhaite, pour les prestations dont le montant n'atteint pas le seuil financier fixé à l'article 1er. » (ancien avant-dernier alinéa art 35 D136, art 35-1 D424)

Commentaires

- ❖ Ce type de marché de gré à gré n'a d'intérêt que dans la mesure où, sous le seuil des marchés publics, le service instructeur a besoin de disposer d'outils contractuels d'exécution réservés aux marchés, tels que les avances, les sûretés, le paiement direct des sous-traitants (au sens de la loi sur la sous-traitance).
- ❖ L'avant-dernier alinéa de l'article 35 de la D136 se lit comme suit : « Pour des prestations dont le montant n'atteint pas le seuil fixé à l'article 1er, l'administration peut, si elle l'estime préférable, passer, sans mise en concurrence, un marché de gré à gré. » L'absence de mise en concurrence pour un marché inférieur à 20 MF est manifestement contradictoire avec les principes de la commande publique, sans aucune justification juridique. C'est pourquoi la D424 a placé ce type de marché de gré à gré sous le régime de la mise en compétition.
- ❖ Compte tenu du montant, aucun passage en CAO n'est imposé.

2.4.5.2 Marchés de gré à gré passés sans mise en compétition (art. 35-2 D424)

« Les marchés de gré à gré sont dispensés de mesure de publicité et de mise en concurrence préalable dans les cas limitativement énumérés ci-dessous :

- 1°) Pour les fournitures dont la fabrication est exclusivement réservée, par des propriétaires de brevets d'invention à eux-mêmes ou à leurs licenciés, ou pour des prestations qui ne peuvent être obtenues que d'un entrepreneur ou fournisseur unique ;
- 2°) Pour les travaux, fournitures ou services dont l'exécution ne peut, en raison de nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiés qu'à un entrepreneur ou fournisseur déterminé ;
- 3°) Pour les objets, fournitures ou denrées qu'en raison de leur nature particulière, et de la spécialité de l'emploi auquel ils sont destinés, il y a intérêt à choisir et à acheter aux lieux de production ou de stockage ;
- 4°) Pour les travaux, fournitures ou services qui ne sont exécutés qu'à titre de recherches, d'essais, d'expérimentation ou de mise au point ;
- 5°) Pour les travaux, fournitures ou services qui, ayant donné lieu à un appel public à la concurrence, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou à l'égard desquels il n'a été déposé que des offres inappropriées, pour autant que les conditions initiales de la consultation ne soient pas substantiellement modifiées ;
- 6°) Dans les cas d'urgence pour les travaux, fournitures ou services que l'administration doit faire exécuter aux lieux et places des entrepreneurs ou fournisseurs défaillants [et à leurs frais et risques] ;
- 7°) Pour les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'autorité visée à l'article 4 à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser quatre ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils fixés à l'article 35-1.2° ci-dessus, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence. Le montant cumulé hors taxes de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant hors taxes du marché principal.
- 8°) Pour les marchés complémentaires de service ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite au titulaire qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :
 - a) lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour l'autorité visée à l'article 4 ;
 - b) lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé hors taxes de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant hors taxes du marché principal. » (ancien art 35 D136 1° à 6°, complété et placé à l'article 35-2 D424)

Commentaires

- ❖ (D424) Les situations du 2° de l'article 35-1 et du 5° de l'article 35-2 sont différentes :
 - dans le 1er cas, il s'agit d'un appel public à concurrence infructueux du fait que les offres reçues ont toutes été écartées pour un ou plusieurs motifs différents, y compris l'éventualité d'une offre inappropriée ;
 - dans le 2e cas, il s'agit d'un appel public à concurrence sans offres, ou qui a fait l'objet uniquement d'offres inappropriées, ce qui équivaut à une absence d'offre.
- ❖ Au 6°, la notion de « frais et risques » a été supprimée dans la D424 car les procédures devant aboutir à une résiliation aux frais et risques peuvent être mises en échec par une liquidation judiciaire, ce qui impose une procédure d'appel d'offres ouvert, problématique en termes de délais et de continuité opérationnelle.
- ❖ Les anciens 7° (urgence impérieuse), 8° (transport de fonds publics) de l'article 35 D136 ont été transférés respectivement à l'article 2-1 §I (exclusion totale des règles RMP) et §II (procédures adaptées RMP) dans la D424.
- ❖ Les marchés complémentaires ont été introduits par la D424 aux 7° et 8° de l'article 35-2 ; différents d'un avenant car assujettis à des conditions réglementaires restrictives, ils permettent de pallier des situations particulières, mais doivent faire l'objet d'une justification précise de l'acheteur public.

2.4.5.3 Intervention de la CAO pour les marchés de gré à gré (art. 35-3 D424)

« **La passation d'un marché de gré à gré de travaux d'un montant supérieur à 60 millions de francs CFP hors taxes ou d'un marché de gré à gré de fournitures ou de services d'un montant supérieur à 40 millions de francs CFP hors taxes est subordonnée à l'avis préalable de la commission prévue à l'article 13-1 en ce qui concerne la motivation du marché de gré à gré, la proposition d'attributaire et le montant du marché.** » (art 35 D136, art 35-3 D424)

Commentaires

- ❖ Les pratiques constatées sont très différentes d'un acheteur à l'autre, liées à des interprétations différentes :
 - validation de la CAO en ce qui concerne la motivation de la procédure de gré à gré, puis signature du marché avec l'attributaire, sans information préalable de la CAO (variante : information de la CAO après signature), afin de gagner du temps ;
 - validation par la CAO de l'attributaire choisi avec son montant, en fin de procédure, avant la signature du marché, avec le risque d'invalidation de la motivation de la procédure.
- ❖ C'est pourquoi la D424 a précisé les points sur lesquels doit se prononcer la CAO, préalablement à la passation du marché, donc avant sa signature par l'autorité signataire représentant l'acheteur public :
 - motivation du marché de gré à gré (identification et justification du cas, listé dans le 35-1 ou le 35-2) ;
 - nom de l'attributaire ;
 - montant du marché.
- ❖ L'avis favorable ou défavorable de la CAO ne lie pas l'acheteur public dans sa décision d'attribuer ou non le marché.

Bonnes pratiques

- ❖ Si la motivation du marché de gré à gré ne fait aucun doute, le service instructeur peut présenter l'affaire en CAO en fin de procédure, juste avant la signature du marché.
- ❖ s'il y a un doute, il est préférable de faire valider la motivation par la CAO avant de lancer la consultation, puis de revenir en fin de procédure devant la CAO afin de lui faire émettre son avis sur le choix de l'attributaire et le montant du marché, juste avant la signature du marché.
- ❖ Qu'il s'agisse de la consultation prévue pour les marchés de gré à gré dont le montant est compris entre 20 MF et 40 MF, ou de l'avis préalable à la passation d'un marché de gré supérieur aux seuils de 60 MF et 40 MF, la CAO doit pouvoir comprendre l'intégralité de la procédure : chronologie, offres reçues, échanges, régularisations, mises au point, rejet, critères de jugement, notations, classement, proposition d'attributaire.

2.4.6 – Indemnisation de certains éléments d'appréciation des offres

Il peut être exigé « **que les offres soient accompagnées de tout élément d'appréciation (échantillons, maquettes, prototypes, mémoire, plans,...) en lien avec l'objet du marché ainsi que d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix pour ces travaux ou fournitures. (...) Lorsque la présentation des éléments d'appréciation susmentionnés implique un investissement significatif pour les candidats, elle donne lieu au versement d'une prime. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime reçue.** » (art. 11 D136/D424).

Commentaires

- ❖ Quelle que soit la procédure de marché, il est possible de prévoir dans le règlement de la consultation une prime indemnisant le temps passé ou le coût significatif qu'entraîne la présentation des éléments d'appréciation demandés. *Exemple : maquette de logiciel adapté à partir du logiciel existant et permettant de vérifier certaines spécifications du marché, échantillon de fourniture coûteuse.*
- ❖ Attention, si les candidats doivent procéder à des recherches particulières, il s'agit d'une procédure de concours.
- ❖ Le règlement de la consultation doit indiquer le montant de la prime, qui doit être égal pour chaque participant (cela permet de lisser le niveau de qualité des échantillons pour ne pas favoriser ceux qui investiraient beaucoup), ainsi que les éléments de preuve déclenchant le paiement.
- ❖ La prime versée au titulaire du marché est déduite de tous ses décomptes pendant l'exécution du marché.

PHASE 3 : LA REDACTION DU DOSSIER DE CONSULTATION (procédures d'appel d'offres)

Phase 3 : la rédaction du dossier de consultation

3.1 - Composition du dossier de consultation



3.2 - Conditions du marché

- 3.2.1 - Cas particuliers (commandes, marchés cadres, reconduction, ...)
- 3.2.2 - Allotissement
- 3.2.3 - Tranches
- 3.2.4 - Forme des soumissions (solo, sous-traitance, groupements)
- 3.2.5 - Pièces et mentions du marché, CCAG applicable
- 3.2.6 - Caractère des prix (forfait, métré, actualisation, révision, etc...)
- 3.2.7 - Avances
- 3.2.8 - Acomptes
- 3.2.9 - Délais et pénalités
- 3.2.10 - Sûretés (cautions, retenues de garantie)



3.3 - Conditions de la consultation

- 3.3.1 - Règles de la concurrence
- 3.3.2 - Insertion sociale / professionnelle
- 3.3.3 - Variantes, options
- 3.3.4 - Justificatifs de capacités
- 3.3.5 - Critères de jugement
- 3.3.6 - Notation
- 3.3.7 - Estimation, mini et maxi (marchés à bons de commandes)
- 3.3.8 - Offre inacceptable
- 3.3.9 - Equivalence
- 3.3.10 - Visite des lieux
- 3.3.11 - Questions, modifications

3.1 – COMPOSITION DU DOSSIER DE CONSULTATION

Composition habituelle du dossier de consultation (appelé encore « les documents de la consultation ») :

Pièces propres à la consultation :
information, règles du jeu (non
intégrées dans le marché à passer)

Avis d'appel public à la concurrence (art 25 RMP)

- Procédure choisie (appel d'offres, ouvert, restreint, avec concours, dialogue compétitif, consultation)
- Acheteur public
- Objet du marché
- Conditions d'obtention du règlement de consultation
- Conditions de réponse (date, heure, lieu)

Règlement de la consultation

- Procédure, type de marché
- Tranches, allotissement
- Forme des réponses
- Réservation de marché
- Variantes, options
- Délais d'exécution
- Questions, modifications, visite des lieux
- Contenance et présentation des soumissions : justificatifs de capacités, mémoires, ...
- Critères d'agrément des candidatures
- Critères de jugement des offres
- Notation, classement
- Remise des offres, y/c électroniques
- Délai d'engagement des soumissionnaires

Projet de marché, à compléter et à signer par le candidat à la remise des offres

Acte d'engagement (art 6 RMP)

- Budget y/c rubriques
- Comptable assignataire
- Parties contractantes
- Objet du marché
- Forme du marché
- Pièces constitutives du marché :
cf. CCAP
- Montant du marché
- Délai ou date d'achèvement
- Clauses administratives (CCAG, pénalités, réception, livraison, règlement, garanties) : **cf. CCAP**
- Cases signatures / approbation

Annexe relative à la sous-traitance (art 3 RMP)

- Nature des prestations sous-traitées
- Sous-traitant
- Montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant
- Modalités de règlement
- Conditions de paiement (avances, révisions, etc...)
- Déclaration sur l'honneur de régularité fiscale et sociale
- Case signatures titulaire / sous-traitant / acheteur

Font partie des « cahiers des charges » (art 37 RMP)

Cahier des clauses administratives particulières (CCAP) (art 37 RMP)

- Intervenants – lots – tranches
- Pièces constitutives du marché (**obligatoire : CCAG applicable**)
- Modalités de commande des prestations
- Prix et mode d'évaluation – Variation des prix – Règlement
- Modalités d'exécution - délais d'exécution – Pénalités
- Avances – sûretés
- Conditions de réception. livraison – contrôle – garantie - assurances

Cahier des clauses techniques particulières (CCTP) (art 37 RMP)

- « Dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché »
- Recommandation : référentiel général ou particulier, descriptif précis de chaque type de prestation, repéré suivant les numéros de prix

Pièces relatives aux prix (art 11 RMP)

- « devis descriptif et estimatif détaillé » :
- Décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF) pour les prix forfaitaires
- Bordereau des prix unitaires (BPU) et Détail estimatif (DE) pour les prix unitaires

Autres pièces :

- Plans techniques
- Planning
- Localisation
- Rapports d'études
- Etc...

Cahiers des charges :

- ❖ (D424 art 37) Ils « peuvent » comporter CCAG, CCTG, CCAP ou CCTP. On peut donc, pour simplifier, prévoir un « cahier des clauses particulières » (CCP), mais l'article 6 RMP exige la mention du CCAG applicable.
- ❖ Les deux seuls CCAG applicables, obligatoirement délibérés par le congrès (art 38 RMP) concernent d'une part les travaux, et d'autre part, les fournitures courantes et les services (délibération 64/CP du 10/05/1989 modifié)

3.2 – CONDITIONS DU MARCHÉ

3.2.1 – Formes particulières de marché, marchés fractionnés (art 33)

PROJETS, ET BESOINS PONCTUELS ET DÉLIMITÉS DANS LE TEMPS

D 136

Marché « classique »

- Quantités déterminées
- Prix global fixé
- Prestations commandées et exécutées dans un délai global ou spécifique
- La durée du marché est le délai global, ou la somme des délais spécifiques
- Actualisation ou révision des prix si délai long.

D 424

Marché « classique »

- Quantités déterminées
- Prix global fixé
- Prestations commandées et exécutées dans un délai global ou spécifique
- La durée du marché est le délai global, ou la somme des délais spécifiques
- Actualisation ou révision des prix si délai long.

art 33 - 2

Marché « à tranches »

- une ou plusieurs tranches fermes ou conditionnelles
- consistance, délai, prix et commande propres à chaque tranche
- chaque tranche doit constituer un ensemble cohérent, yc précédentes

BESOINS RÉCURRENTS, DONT L'ÉTENDUE ET LA SURVENANCE DANS LE TEMPS NE SONT PAS CONNUES PRÉCISEMENT

art 33

Marché à commandes (avec un titulaire)

- Quantités non déterminées, montants minimum et maximum fixés
- Prestations commandées et exécutées *selon l'apparition des besoins* pendant l'année budgétaire
- Tacite reconduction possible sur 1 année budgétaire, durée maxi 3 ans

art 33

Marché de clientèle (avec un titulaire)

- Quantités non déterminées, sans minimum ni maximum
- Prestations commandées et exécutées *selon l'apparition des besoins* pendant la durée du marché (maxi 3 ans)
- Révision périodique des prix possible, résiliation si désaccord

art 33 - 1

Marchés à bons de commandes, passés avec un ou plusieurs titulaires

- Remplace les marchés à commandes et marchés de clientèle D136
- Rythme et étendue des besoins indéfinie, mini ou maxi possibles
- Prestations commandées au(x) titulaire(s) et exécutées *selon besoins*
- Reconduction possible*, durée maxi 4 ans * sauf justifications**
- Révision périodique des prix possible, résiliation si désaccord
- *S'il existe plusieurs titulaires, le marché précise la méthode pour répartir les commandes. Exemples :*
 - « *Tour de rôle* » dans l'ordre de classement
 - « *En cascade* » : passage au titulaire suivant si le titulaire n°1 n'est pas disponible (variante : s'il a atteint son minimum)

art 33 - 3

Marchés-cadres, passés avec un ou plusieurs titulaires

Fonctionne comme un marché à bon de commandes, excepté :

- Les spécifications, prix ou délais sont définis partiellement
- Dès apparition du besoin, mise en compétition des titulaires afin de conclure, selon les critères fixés au marché-cadre, un marché subséquent (sans CAO), qui complète la définition des prestations
- Un marché subséquent peut être un marché à bons de commandes ou un marché classique, conclu avec un ou plusieurs titulaires.

* Précisions sur le caractère reconductible des marchés (art. 33-3 D424 « marchés reconductibles »)

- reconduction possible « **à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises** » ;
- « **Sauf stipulation contraire, la reconduction (...) nécessite un accord exprès des parties** » (avenant) ;
- durée totale limitée à 4 ans.

** Dérogation à la durée limite de 4 ans, uniquement pour les marchés à bons de commandes et marchés-cadres :

Leur « **durée totale ne peut excéder quatre ans (...) sauf dans des cas dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que son exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure** ».

3.2.2 – Allotissement

« [Lorsque le fractionnement est susceptible de présenter des avantages économiques, techniques ou financiers, les travaux, fournitures ou services sont répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct.]

[Lorsque l'objet des travaux, fournitures ou services permet l'identification de prestations distinctes, c'est à dire des prestations qui peuvent être distinguées par leur nature même, par leur technicité propre, par leurs modalités de mise en oeuvre, par leur lieu de réalisation géographique, ou par leur autonomie de gestion et de pilotage, ceux-ci sont répartis en lots pour la procédure de mise en concurrence et d'attribution.

Ces lots peuvent donner lieu chacun à un marché distinct ou être regroupés au sein d'un marché unique.

Par exception, pour les travaux concourant à un objet unique et dont le montant global est inférieur à 50 MF HT, il peut être passé un marché global non alloti.]

Le règlement de la consultation fixe le nombre, la nature et l'importance des lots ainsi que les conditions imposées au soumissionnaire pour souscrire à un ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution.

En cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire, l'acheteur public a la possibilité d'établir un marché unique.

Si les marchés concernant un ou plusieurs lots n'ont pu être attribués, une nouvelle procédure peut être engagée en modifiant, le cas échéant, la consistance de ces lots. » (art 8 D136, modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ La D136 laisse l'acheteur apprécier si le fractionnement des prestations présente des avantages.
- ❖ La D424 impose un allotissement obligatoire dès lors que les prestations peuvent être distinguées par l'un des critères cités. Seule exception, quand il s'agit de travaux de construction d'un ouvrage dont le montant est inférieur à 50 MF HT, pour éviter de nombreux lots de petite taille, ce qui complexifie les marchés et la mise en concurrence. Le but de l'obligation d'allotissement est une accessibilité maximale de la commande publique pour les PTME.

Exemples :

- Nettoyage des bâtiments administratifs, lot 1 : centre-ville - lot 2 : grand Nouméa - lot 3 : zone VKP
- Construction d'une route, lot 1 : terrassements – lot 2 : assainissement – lot 3 : voirie
- Construction d'un lycée, lot 1 : gros-oeuvre – lot 04 : charpente – lot 14 : plomberie – etc...

Définition des lots sous la D424

- ❖ Le principe à retenir est qu'un lot doit pouvoir être attribué à un opérateur économique de manière absolument indépendante de l'attribution des autres lots.
- ❖ Il est donc *contradictoire* et *irrégulier* de définir plusieurs lots dans un dossier d'appel d'offres :
 - en indiquant que certains lots devront être attribués au même soumissionnaire ;
 - en autorisant les soumissionnaires à répondre en groupement sur plusieurs lots, chaque membre du groupement exécutant un ou plusieurs de ces lots.
- ❖ Par ailleurs, la création de « macro-lot » regroupant plusieurs spécialités techniques ne correspond pas à l'esprit du texte puisque les opérateurs économiques n'ont pas un accès direct à la commande publique et doivent se grouper pour répondre au macro-lot.
- ❖ Lorsque le marché concerne des travaux d'un montant inférieur à 50 MF HT, et qu'on souhaite ne pas alloter afin d'avoir des réponses en entreprise générale, les différents « lots » de corps d'état habituels doivent être rebaptisés « chapitres » ou avec une autre dénomination qui convient, sans utiliser le terme de « lot ».

Exception au principe d'allotissement sous la D424

- ❖ Compte tenu de la rédaction très large du texte, sans possibilité de dérogation, il est très difficile de justifier du non allotissement.
- ❖ Pour mémoire, les divers motifs de dérogation au principe d'allotissement contenus dans les textes métropolitains n'ont pas été repris lors de la rédaction de la D424, car plusieurs jurisprudences ont systématiquement mis en échec la majorité d'entre eux.
- ❖ Pour autant, du fait de leur intrication très forte, l'allotissement de certaines prestations qui pourraient être distinguées, pose des inconvénients de coordination, de gestion, de responsabilité, de coût ou de délai très importants.

Exemples :

- ⇒ Marché de maîtrise d'œuvre de bâtiments : le titulaire de ce type de marché est, en règle générale, un groupement d'architectes et de bureaux d'études spécialistes de plusieurs corps d'état (géotechnique, structures, terrassements, assainissement, électricité, espaces verts, environnement, etc...) ;
- ⇒ Dans les travaux routiers, réalisation de plusieurs couches de matériaux différents (base, fondation, revêtement, etc...) souvent réalisée par une même entreprise ou un groupement d'entreprises solidaires pour garantir une unicité de responsabilité, compte tenu du caractère non exhaustif du contrôle de résistance et de conformité sur la totalité de la surface au fur et à mesure de la réalisation des différentes couches ;
- ⇒ Prestations classiquement dévolues à des sous-traitants et dont le montant est très minime par rapport aux travaux principaux : géomètres, signalisation (travaux routiers), chauffe-eau solaire isolé – l'allotissement généralisé empêcherait-il toute sous-traitance de spécialisation ?
- ⇒ Prestations spécifiques d'ensemble où la conception d'un élément conditionne les caractéristiques des autres éléments, qui ne sont pourtant pas de la même nature technique :
 - Soit l'appel à concurrence doit nécessairement englober l'ensemble de ces prestations, chaque soumissionnaire concevant et composant tous les éléments de manière homogène (cas de la conception-réalisation) ;
 - Soit il faut lancer un appel à concurrence n°1 pour le 1^{er} élément, à la suite de la conception duquel il faudra lancer d'autres appels à concurrence pour les éléments suivants, ce qui entraîne un allongement de délai global très préjudiciable.
- ❖ Seul un changement du texte réglementaire permettrait d'aménager clairement les cas d'exception dont il est donné aperçu ci-dessus.

Pratiques possibles d'allotissement plus serré

- ❖ Même s'il n'est pas tenu de le faire réglementairement, un acheteur public peut décider d'allotir :
 - en fonction de la taille et de la structure des entreprises de la région afin d'optimiser la concurrence ;
 - pour gagner en délai en prévoyant une simultanéité d'exécution par plusieurs entreprises ;
 - pour gagner en fiabilité sur l'exécution des lots en cas de défaillance d'une entreprise sur un lot.
- ❖ Attention : dans le contexte d'un allotissement technique concourant à un même objet final (cas classique des travaux), l'administration doit prévoir les prestations nécessaires à la coordination des titulaires de chaque lot.

Limitation des réponses ou des attributions

- ❖ Il est possible de limiter le nombre de lots sur lesquels un candidat peut soumissionner (cf. CCP¹) afin d'éviter une éventuelle main mise par une grande entreprise, mais c'est une limitation de fait de l'accès à la commande publique, critiquable selon la doctrine et une jurisprudence ancienne², et il existe un risque que la majorité des candidats se positionnent sur le ou les mêmes lots, jugés les plus intéressants, délaissant ainsi les lots restants.
- ❖ L'acheteur peut limiter le nombre de lots qui seront attribués à un même opérateur, à condition que le règlement explicite les modalités de choix des lots lorsque cet opérateur est attributaire potentiel de plusieurs lots.

Marchés séparés ou marché unique

- ❖ Le règlement peut prévoir, une fois les lots attribués, de les regrouper au sein d'un marché unique, par exemple :
 - quand un soumissionnaire est attributaire de plusieurs lots (simplification administrative) ;
 - quand le règlement prévoit de regrouper les attributaires de lots dans un groupement signataire d'un marché unique, ce qui nécessite une mise au point du marché (cas classique de marché de travaux de bâtiment).

¹ Code de la commande publique, articles L2113-10 et R2113-1

² TA Lyon, 28 mars 2002, 0003503, inédit au recueil Lebon

3.2.3 - Tranches

« Il peut être passé un marché comportant une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision de la personne responsable du marché, notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit. » (art 33-2 D424)

Intérêt

- ❖ Les tranches servent à identifier des prestations cohérentes fonctionnellement après exécution ou livraison, et qui ont un délai et un prix spécifiques.
- ❖ Les tranches conditionnelles sont utiles lorsqu'un dépassement de budget est prévisible lors de la consultation : on pourra alors passer le marché, faire exécuter la tranche ferme sur le budget disponible, puis mettre en place des budgets complémentaires pour démarrer une ou plusieurs des tranches conditionnelles.

Exemple :



Tranche ferme : identifiée de sorte que même si le résultat des offres est très défavorable, on puisse retenir une offre car la tranche ferme respectera le budget disponible.

TC1 : tranche conditionnelle, que l'on peut espérer notifier si le résultat des offres est conforme aux estimations.

TC2 : tranche conditionnelle qui nécessitera de toute manière un budget complémentaire.

Contrainte et recommandation

- ❖ Attention : impossible de ne pas donner suite à une tranche prévue dans le DCE, ou d'accepter une offre qui ne comporterait pas de réponse pour une tranche. Le marché conclu mentionnera toutes les tranches prévues dans le DCE, ainsi que leur prix et leur délai. En conséquence, l'analyse des offres doit obligatoirement englober toutes les tranches fermes ou conditionnelles, sauf celles qu'on est certain de ne pas commander (raisons budgétaires...).
- ❖ Dans l'hypothèse où le DCE prévoit que l'entreprise propose un rabais sur la tranche ferme si une tranche conditionnelle lui est notifiée (volume plus important => prix unitaires moindres) :
 - Le jugement et la comparaison des offres se fera sans ce rabais (car il reste hypothétique) ;
 - Le marché comportera ce rabais, qui devra être appliqué en cas de notification d'une tranche conditionnelle.

Bonnes pratiques

- ❖ Préciser clairement dans le règlement, les lots ou parties de lots qui sont en tranche conditionnelle.
- ❖ Il peut y avoir plusieurs tranches fermes, par exemple dans le cas d'une livraison de bâtiment scolaire sur deux rentrées successives : dans ce cas d'espèce, les tranches n'ont pas d'utilité budgétaire mais identifient des ensembles de prestations fonctionnelles qui ont chacun un prix global, un délai d'exécution, une date de réception, des procédures de vérification avant ouverture au public, etc... qui lui sont propres.
- ❖ Préciser dans le CCAP les délais limites de notification des tranches conditionnelles éventuelles, comptés à partir du démarrage de la tranche ferme, ou de la fin d'exécution de la tranche ferme.

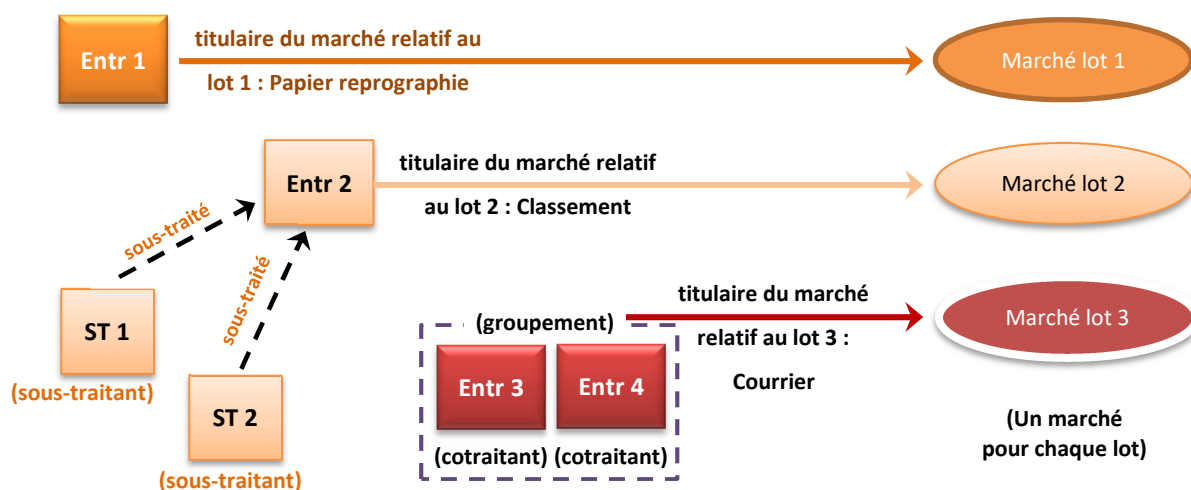
3.2.4 – Formes des soumissions : entreprise seule, groupement, cotraitance, sous-traitance

Pour un ensemble de prestations donné, qu'il s'agisse de l'ensemble du marché ou d'un lot, la soumission des opérateurs économiques, et l'exécution qui s'ensuivra s'ils sont retenus, peut se faire de plusieurs manières :

1. L'opérateur économique, seul, (ou l'« entreprise ») est « **titulaire** » du marché, et exécute seul les prestations ; il en sera seul responsable.
2. L'opérateur économique est titulaire du marché, mais confie une partie de l'exécution du marché¹ à un autre opérateur, dénommé « **sous-traitant** » (ST), par le biais d'un contrat appelé « sous-traité ». Le titulaire, chargé du pilotage de son sous-traitant, reste seul responsable de la bonne exécution des prestations devant l'acheteur.
3. Plusieurs opérateurs économiques sont groupés momentanément (le temps de l'exécution) pour exécuter un lot, souvent afin de mettre en commun leurs moyens, de technicité similaire. Ces opérateurs, qui forment un « **groupement** » sont appelés « **cotraitants** ».
4. Plusieurs opérateurs économiques sont groupés momentanément (le temps de l'exécution) pour exécuter chacun un lot qui lui est affecté, dont il est seul titulaire, avec sa technicité propre. Ces **cotraitants**, titulaires chacun de leur lot, forment un **groupement** lui-même **titulaire du marché** (constitué de l'ensemble des lots).

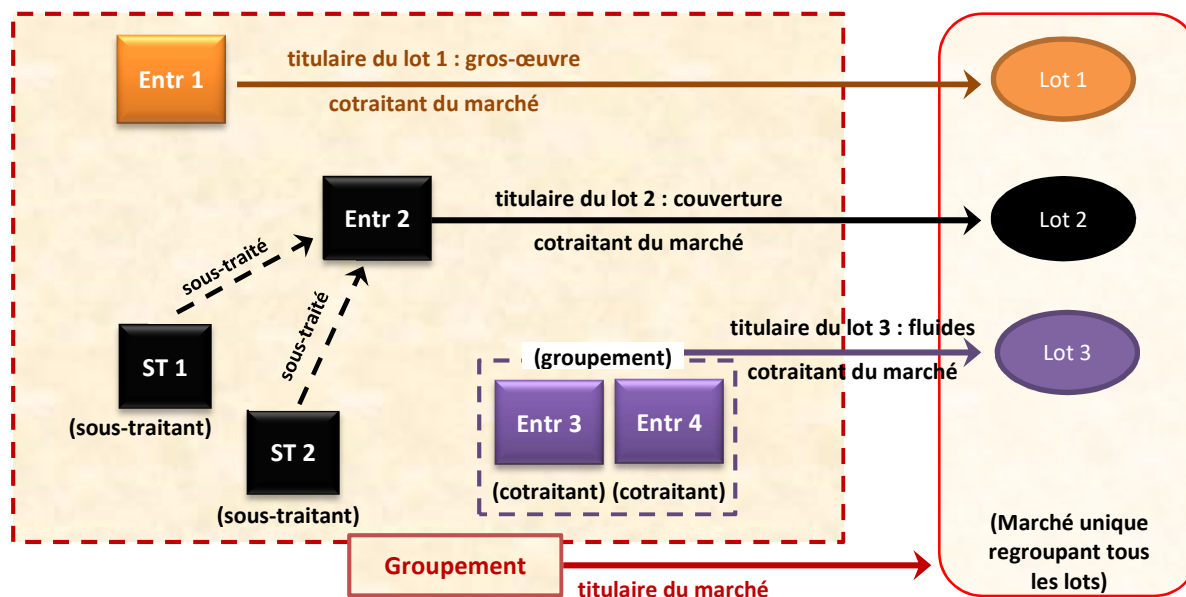
⇒ **Exemple de prestations décomposées en lots donnant lieu chacun à un marché**

(formule souvent utilisée pour des prestations distinguables dans une même catégorie – exemple : fournitures de bureau)



⇒ **Exemple de prestations décomposées en lots donnant lieu à un marché unique en groupement**

(formule souvent utilisée pour des lots techniquement différents concourant à un même objet – exemple : travaux)



¹ Seule une partie des prestations peut être sous-traitée, cf. art 3 RMP. Voir détails sur la sous-traitance au chapitre « Phase 7 : exécution. »

3.2.4.1 - Tableau récapitulatif des différentes formules possibles, et critères d'appréciation pour chaque formule

	Appellation traditionnelle	Allotissement	Forme des soumissions	Forme finale
A	« en entreprise générale » *	Pas de lots	Candidat individuel ou groupement solidaire <i>(avec sous-traitants ou non)</i>	Marché unique
B	« en groupement complet »	Plusieurs lots	Groupement complet conjoint répondant à la totalité des lots	Marché unique passé avec un groupement préconstitué
C	« en marchés séparés »	Plusieurs lots (par spécialité ou pour répartir la commande)	Candidat unique ou groupement solid. répondant à un ou plusieurs lot(s) <i>(limitation éventuelle de lots attribués à un même candidat, à définir au règlement)</i>	Plusieurs marchés, un par lot. (Marché multi-lots possible pour un candidat multi-attributaire.)
D	« en lots séparés avec groupement post-constitué » **	Plusieurs lots (par spécialité)	Candidat unique ou groupement solid. répondant à un ou plusieurs lot(s) <i>(habituellement, interdiction de réponse à tous les lots : à préciser dans le règlement)</i>	Marché unique passé avec le groupement conjoint des attributaires de chaque lot
E	« procédure combinée » ***	Plusieurs lots	- Pour le lot du mandataire : forme B avec <i>planning complet</i> - Pour les autres lots : forme D	Marché unique passé avec un groupement complet éventuellement optimisé

* appellation usuelle dans le domaine des travaux ; dans les autres domaines, en général, pas d'appellation particulière.

** pratique usuelle dans le domaine des travaux. *** pratique complexe dans le domaine des travaux, réservée à des services expérimentés.

Critères d'appréciation pour chaque formule	A sans ST	A avec ST	B	C	D	E
Liberté d'accès à la commande publique	--	-	--	++	++	++
Optimisation du coût de la dépense publique	-	-	-	++	++	+
Liberté d'association des candidats	+	+	+	++	-	-
Simplicité de la gestion administrative	++	-	+	---	+	+
Coordination de l'exécution des prestations	++	++	++	----	+	++
Qualification des candidats et des exécutants	+	-+	+-	++	++	+
Continuité d'exécution en cas de défaillance	-	-+	++	----	++	++

Commentaires

- ❖ Sous le régime contraint de la D424, dès lors qu'on peut identifier des prestations distinctes, l'allotissement est obligatoire. Dans ce cas, les formules A et B sont à exclure, sauf pour le cas des travaux inférieurs à 50 MF.
- ❖ La formule C, obligatoire en métropole pour tous les types de marché, se révèle, pour des travaux de bâtiment (nombreux lots interdépendants) plus complexe et risquée à l'exécution. Leur préférer les formules D ou E.

3.2.4.2 - Groupement

Définition d'un groupement : regroupement momentané d'opérateurs économiques qui s'engagent à exécuter le marché ensemble pour le compte de l'acheteur public, en signant un acte d'engagement unique. Deux types :

⇒ **Groupement conjoint** (définition à intégrer dans le marché, inspirée de l'article 2.31 du CCAG travaux) :

- les prestations sont divisées en lots dont chacun est assigné, avec son prix, à l'un des membres (cotraitants) ;
- l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, est solidaire* de chacun des autres dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard de l'acheteur public jusqu'à la fin du marché ;
- le mandataire représente jusqu'à cette date, devant l'acheteur public, l'ensemble des membres du groupement, pour l'exécution du marché ;
- si l'acheteur n'a pas déjà prévu un pilote externe, le mandataire assure la coordination des membres.

⇒ **Groupement solidaire** (définition à intégrer dans le marché, inspirée de l'article 2.31 du CCAG travaux) :

- chacun des membres du groupement est engagé pour la totalité du marché ou du lot, et doit pallier solidairement* une éventuelle défaillance de ses partenaires ;
- l'un d'entre eux, désigné explicitement ou implicitement (cité le premier), comme mandataire, représente l'ensemble des membres du groupement vis-à-vis de l'acheteur public pour l'exécution du marché ;
- le mandataire assure, sous sa responsabilité, la coordination des membres du groupement.

* être solidaire consiste à se substituer au cotraitant déclaré défaillant, en reprenant sous sa propre responsabilité les prestations qu'il devait achever (en les sous-traitant le cas échéant), les paiements correspondants de l'acheteur public ne pouvant excéder le montant restant à payer au cotraitant défaillant.

3.2.4.3 - Sous-traitance

« La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant une partie de l'exécution du contrat d'entreprise conclu avec le maître d'ouvrage.

Le titulaire d'un marché public de travaux ou de services peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de l'administration contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance.

Le marché peut prévoir que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire sans possibilité de sous-traitance.

Le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché tant envers l'administration qu'envers les ouvriers. » (art 3 D136, complété par la D424)

Commentaires

- ❖ Pour pouvoir faire l'objet d'une sous-traitance, le marché public doit avoir le caractère juridique de « contrat d'entreprise » (ou louage d'ouvrage¹) : c'est le cas lorsqu'il s'agit de travaux, de services, ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de services, telles que des prestations de conception ou d'adaptation.
- ❖ Un marché public de fourniture ne comportant ni services ni travaux précisés ci-dessus ne peut donc être sous-traité, car il ne revêt pas le caractère d'un contrat d'entreprise.
- ❖ Le contrat de sous-traitance lui-même doit être un contrat d'entreprise, faute de quoi il est un simple « contrat de vente » : le fournisseur ne peut alors être qualifié de sous-traitant et n'a pas droit au paiement direct.
- ❖ La sous-traitance ne peut être que partielle, jamais totale (100%). Aucun pourcentage plafond n'est fixé.
- ❖ A l'instar du CCP, la D424 a introduit la possibilité pour l'acheteur public de ne pas autoriser la sous-traitance pour certaines prestations qu'il doit préciser dans le marché.
- ❖ Le sous-traitant n'ayant pas de relation directe avec le maître d'ouvrage, il n'est pas soumis à la responsabilité décennale, mais sa responsabilité peut être recherchée par le titulaire. Elle se prescrit dans un délai de 10 ans².

« Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment de la soumission, l'entrepreneur doit dans ladite soumission fournir à l'administration contractante une déclaration mentionnant :

- a) la nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ;
- b) le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- c) le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant ;
- d) les modalités de règlement de ces sommes ;
- e) les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, celles de variation des prix ;
- f) les déclarations sur l'honneur de situation régulière du sous-traitant au regard des obligations fiscales et sociales.

Cette déclaration est complétée par les pièces exigées par le règlement de la consultation.

(...) Lorsque la demande est présentée dans [l'offre ou] la soumission, la notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement. » (art 3 D136, modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ En pratique, la déclaration ci-dessus est dénommée « annexe à l'acte d'engagement pour la sous-traitance ». Elle doit être signée par le soumissionnaire, potentiel futur titulaire du marché, et par le sous-traitant.
- ❖ Si le candidat ne dispose pas de toutes les compétences et des moyens nécessaires à l'exécution des prestations, il est obligé de sous-traiter, et doit, dans sa soumission, :
 - d'une part, présenter ses sous-traitants avec les pièces nécessaires à leur agrément, en termes de capacité (K-bis, attestation sur l'honneur de régularité fiscale et sociale, références, moyens humains et techniques, ...) ;
 - d'autre part, fournir l'« annexe à l'acte d'engagement pour la sous-traitance » dûment signée.

¹ Cf. code civil, article 1710 : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. »

² Cf. Code civil, article 1792-2.

3.2.5 – Les pièces du marché, les mentions du marché, le CCAG applicable

3.2.5.1 – Les pièces du marché

⇒ L'acte d'engagement (AE)

« Les marchés font l'objet d'un acte d'engagement établi en un seul original. Un modèle type est proposé en annexe.

L'offre dans les marchés sur appel d'offres, sur appel d'offres avec concours et dans les marchés de gré à gré sont établis sous forme d'un acte d'engagement souscrit par les candidats au marché.

Lorsque les offres sont transmises par voie électronique, la signature de l'acte d'engagement est présentée selon les modalités prévues par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. (...) » (art 5 D136)

« Les marchés font l'objet d'un acte d'engagement établi en un seul original.

Les offres transmises dans le cadre des procédures de passation des marchés sont établies sous forme d'un acte d'engagement présenté par les candidats au marché. (...)

Avant attribution du marché, l'acte d'engagement ainsi que les documents de l'offre spécifiés par le règlement de la consultation, doivent être signés par les soumissionnaires retenus. » (art 5 D424)

« L'acte d'engagement est signé par l'autorité compétente visée à l'article 4 précité.

Le marché est notifié au titulaire [par les soins de la personne responsable du marché], soit par une remise contre récépissé, soit par lettre recommandée avec avis de réception postal. La date de notification est la date du récépissé ou de réception de l'avis. Le marché prend effet à cette date. » (art 5 D136, modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ L'acte d'engagement est la pièce maîtresse d'un marché. Il est signé par chaque candidat au marché pour établir son engagement à exécuter le marché (offre). Lorsque « l'autorité compétente », qui représente l'acheteur public, décide d'attribuer le marché à un candidat, elle-même signe cet acte d'engagement pour accepter l'offre.
- ❖ Puis le marché est notifié à ce candidat, qui devient alors « titulaire » du marché. Le marché prend alors effet à la date de sa notification. Si le délai d'engagement est respecté, le titulaire ne peut pas se dédire, sinon il risque de se voir mettre à sa charge la différence de coût qu'entraînerait la passation du marché avec un autre attributaire.
- ❖ Sous le régime de la D136, le candidat doit signer l'acte d'engagement à la remise de l'offre, c'est un critère formel d'élimination. Sous le régime de la D424, un éventuel défaut de signature au dépôt de l'offre n'est pas éliminatoire, sauf si les documents de la consultation exigent cette signature ; toutefois, la signature de l'acte d'engagement par le candidat doit être régularisée dès que possible pour matérialiser son engagement juridique.
- ❖ Les mêmes régimes différents entre la D136 et la D424 s'appliquent pour les offres transmises par voie électronique en ce qui concerne la signature électronique sécurisée : elle n'est plus obligatoire au stade du dépôt de l'offre, mais celle-ci doit être rematérialisée dès que possible sous format papier avec une signature physique.

⇒ Les cahiers des charges

« Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils [comprennent] [peuvent comprendre] des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux [sont] [peuvent être] :

1°) - Les cahiers des clauses administratives générales qui fixent les dispositions administratives applicables à toute catégorie de marchés ;

2°) - Les cahiers des clauses techniques générales qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes prestations d'une même nature.

Les documents particuliers [sont] [peuvent être] :

1°) - Les cahiers des clauses administratives particulières qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ;

2°) - Les cahiers des clauses techniques particulières qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché.

Les documents particuliers comportent l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent éventuellement. » (art 37 D136, assoupli par la D424)

Commentaires

- ❖ Sous le régime de la D136, l'acheteur public est tenu d'utiliser comme cahier des charges, les documents généraux (spécifications types) tels que les CCAG et CCTG, et les documents particuliers tels que les CCAP et CCTP pour préciser ces documents généraux ou y déroger.
- ❖ Sous le régime de la D424, l'acheteur public devient libre de les utiliser ou non. Il en résulte que :
 - un marché peut ne contenir qu'un acte d'engagement incluant des clauses administratives et techniques minimales formant cahier des charges ;
 - une autre forme minimaliste possible est un acte d'engagement avec un cahier des clauses particulières (CCP) précisant les clauses administratives et techniques, sans recours à un CCAG ou un CCTG.

⇒ Les devis descriptifs et estimatifs détaillés

« [Lorsque le marché concerne des travaux ou fournitures à réaliser, en totalité ou en partie, d'après les spécifications particulières fournies par le service contractant,] l'administration peut exiger que les [soumissions ou] offres soient accompagnées (...) d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix pour ces travaux ou fournitures.

Le devis détaillé correspondant [à la soumission ou] à l'offre retenue n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché. » (art 11 D136 modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ Classiquement, ces devis estimatifs détaillés sont les suivants et sont intégrés au marché comme pièces contractuelles (voir nature des prix au § 3.2.5 du présent guide) :
 - Lorsque le marché est réglé avec un prix global forfaitaire, la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF),
 - Lorsqu'il s'agit d'un marché réglé avec des prix unitaires, le bordereau des prix unitaires (BPU) accompagné du détail estimatif (DE), appelé aussi détail estimatif des travaux réglés au mètre (DETRM).

Forme classique d'un marché

Sous sa forme la plus classique, un marché comprend :

- un acte d'engagement (AE) faisant référence aux pièces du marché listées dans le CCAP,
- un CCAP précisant le CCAG applicable au marché et listant les pièces du marché,
- un CCTP précisant les CCTG, normes, DTU et autres référentiels techniques applicables au marché,
- une ou plusieurs décompositions des prix (DPGF, BPU, DE, ...).
- d'éventuelles pièces annexes complétant les CCAP et CCTP (planning, études, plans, schémas, ...).

3.2.5.2 – Les mentions du marché

« Les marchés doivent contenir notamment les mentions suivantes :

- 1°) Indication du budget supportant la dépense et de la rubrique budgétaire d'imputation ;
- 2°) Référence précise à l'engagement de la dépense ;
- 3°) Indication des parties contractantes avec, notamment, pour les entreprises le numéro d'immatriculation au registre du commerce ou au répertoire des métiers ;
- 4°) Le cas échéant, la référence à la délégation donnée au signataire du marché ;
- 5°) L'objet du marché ;
- 6°) La forme du marché ;
- 7°) L'énumération par ordre de priorité des pièces incorporées dans le contrat ;
- 8°) La désignation du comptable public assignataire ou du trésorier chargé des paiements ;
- 9°) Le montant du marché, sous réserve de l'application de l'article 36 ci-dessous concernant les marchés à prix provisoire, ou les modalités de détermination des prix pour les prestations exécutées en régie ou rémunérées sur la base des dépenses contrôlées ;
- 10°) Le délai d'exécution du marché ou la date de son achèvement ;
- 11°) La fixation d'une clause de pénalisation pour le cas d'inexécution des obligations contractuelles dans les délais prévus ou la dispense de pénalisation dans le même cas ;
- 12°) Les conditions de réception de l'objet du marché et, le cas échéant, de livraison de prestations ;
- 13°) Les conditions du règlement et les modalités de garantie ;
- 14°) La référence au cahier des clauses administratives générales applicable en la matière ;
- 15°) La date [d'approbation] [de signature par l'autorité compétente]. » (art 6 D136 / D424)

Commentaires

- ❖ L'année budgétaire mentionnée doit être celle qui correspond au moment de la passation du marché, peu importe si l'exécution se fait majoritairement pendant l'année ou les années suivante(s).
- ❖ En général, tous ces points sont dans l'AE, excepté les points 7°, 11° 12°, 13° et 14° qui sont mentionnés au CCAP.
- ❖ Notamment, la liste des pièces du marché (7°) est mentionnée à l'article 2 du CCAP, le dernier article du CCAP mentionnant ceux de ses articles qui dérogent au CCAG, conformément au dernier alinéa de l'article 37 RMP.
- ❖ Modalités simplifiées :
 - ⇒ L'acte d'engagement faisant référence à la liste des pièces du marché indiquée dans le CCAP, on pourrait n'exiger lors de la remise des offres que l'acte d'engagement, le CCAP, et les pièces de détail des prix, les autres pièces étant déjà présentes dans le DCE mis à la disposition du public et conservé par l'administration. Ce n'est qu'au moment de la passation du marché que ces autres pièces sont éditées, paraphées et signées.
 - ⇒ Pour simplifier à l'extrême, on pourrait mettre la liste des pièces du marché dans un article de l'acte d'engagement, et n'imposer à la remise des offres, que l'acte d'engagement et les pièces de détail des prix.

3.2.5.3 – Le CCAG applicable

« Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils [comprennent] [peuvent comprendre] des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux [sont] [peuvent être] : 1°) - Les cahiers des clauses administratives générales qui fixent les dispositions administratives applicables à toute catégorie de marchés ; ... » (art 37 D136, assoupli par la D424)

« Les marchés doivent contenir notamment les mentions suivantes : (...) 14°) La référence au cahier des clauses administratives générales applicable en la matière ; » (art 6 RMP)

« Les cahiers des clauses administratives générales sont délibérés par le Congrès [du Territoire] [de la Nouvelle-Calédonie]. » (art 38 D136 mis à jour par la D424)

Commentaires

- ❖ Il s'agit non pas d'inclure dans le marché le CCAG lui-même, mais sa référence.
- ❖ Le terme « applicable » signifiant « qui peut être appliqué », il résulte de la lecture combinée des trois extraits d'articles de la RMP ci-dessus, que :
 - Sous le régime de la D136, il faut fixer pour le marché un CCAG parmi ceux adoptés par le congrès.
 - Sous le régime de la D424, la référence à un CCAG n'est pas obligatoire ; toutefois, s'il est fait référence à un CCAG, celui-ci ne peut être qu'un des CCAG délibérés par le Congrès.
- ❖ Les seuls CCAG délibérés par le congrès par délibération n° 64/CP du 10 mai 1989 sont :
 - Le CCAG applicable aux marchés publics de travaux (correspondant à 99% au CCAG métropolitain de 1976) ;
 - Le CCAG applicable aux marchés publics de fournitures courantes et de service.
- ❖ En conséquence, si les CCAG applicables ne couvrent pas parfaitement l'objet du marché (exemple : travaux spécifiques, fournitures TIC¹, services TIC, maîtrise d'œuvre, etc...), c'est le CCAP qui doit compléter ou adapter le CCAG auquel le marché se réfère, à l'aide de clauses inspirées, par exemple, des CCAG existants en métropole :
 - CCAG marchés privés de travaux (NF P 03-001)
 - CCAG marchés publics de travaux (dernière version 2014, à transposer en Nouvelle-Calédonie)
 - CCAG marchés publics de fournitures courantes et services (dernière version 2009, à transposer en NC)
 - CCAG marchés publics de prestations intellectuelles (dernière version 2009, à transposer en NC)
 - CCAG marchés publics industriels (dernière version 2009, à transposer en NC)
 - CCAG marchés publics TIC (dernière version 2009, à transposer en NC)
 - Pour mémoire, la direction des affaires juridiques du ministère des finances procède à une révision concertée des CCAG depuis septembre 2019, et envisage la création d'un CCAG marchés publics de maîtrise d'œuvre.

¹ TIC : technologies de l'information et de la communication (ordinateurs, logiciels, internet, etc...)

3.2.6 – Caractère des prix (forfaitaires, unitaires, ferme, révisable, provisoire, définitif)

Trois questions sont à traiter, dans l'ordre :

- prix forfaitaires ou unitaires ?
- prix ferme ou révisable ?
- prix provisoire ou définitif ?

3.2.6.1 - Le marché est-il rémunéré par des prix forfaitaires ou par des prix unitaires ? (cf. art 9 RMP¹)

	Prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées (« prestations réglées au mètre »)	Prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées (« prestations au forfait »)
Exemples :	N° de prix unitaire 3.2 = Prix du m3 de béton armé : 250.000 F le m3 Quantité prévue = 1,9 m3 Détail estimatif des travaux réglés au mètre (DETRM) = $1,9 \times 250.000 = 475.000 \text{ F}$	N° de prix forfaitaire 19.3 = Carrelage 40 x 40, sur toute la surface de l'accueil : Décomposition du prix global forfaitaire (DPGF*) = $30,4 \text{ m}^2 \times 9.800 \text{ F/m}^2 = 297.920 \text{ F}$ (9.800 F/m ² est un prix d'unité)
Païement :	Quantité exécutée = 2,45 m3, mesurée et certifiée, X prix unitaire 250.000 F/m3 ⇒ 612.500 F à payer	Constat que tout le carrelage est fait sur la surface de l'accueil : prestation exécutée à 100 %. Que la surface réelle soit 29,6 m ² , ou 31,8 m ² ⇒ 297.920 F à payer
Lors de l'analyse des offres, en cas d'erreur	On ne peut pas corriger les prix unitaires. On peut corriger les erreurs de calcul menant au total du marché inscrit à l'acte d'engagement, lequel sera alors modifié.	On ne peut pas corriger le prix forfaitaire inscrit à l'acte d'engagement (AE). S'il est attributaire, le candidat devra adapter sa DPGF afin que son montant total retombe sur le montant inscrit à l'AE.

* Traditionnellement, on utilise le terme de « décomposition du prix global et forfaitaire » (DPGF), qui ne devrait s'appliquer que lorsque le marché est forfaitaire, avec un prix global, la DPGF étant purement indicative. Quand il y a plusieurs prix forfaitaires, on devrait utiliser le terme de « décomposition des prix forfaitaires ».

Bonnes pratiques

- ❖ Pour les prestations bien délimitées et quantifiées, sur plan, favoriser les prix forfaitaires.
- ❖ Les prix unitaires ne sont pertinents qu'en cas de grande incertitude sur les quantités à exécuter :
 - marchés à bons de commandes, avec ou sans mini et maxi, marchés cadres, etc...,
 - marchés où l'aléa technique rend difficile la pré-quantification exacte : fondations profondes, terrassements de grande masse avec incertitude sur la facilité d'extraction et prévision d'heures de brise-roche.
- ❖ Il est tout à fait possible de mixer, dans un même marché, des prix forfaitaires, et des prix unitaires :
 - Construction d'un bâtiment : prix réglés au mètre pour les fondations profondes, prix réglés au forfait pour le reste des corps de métier.
 - Marché de gardiennage : prestations forfaitaires mensuelles et prix unitaire pour des rondes supplémentaires.
- ❖ Lorsque le DCE contient une DPGF précisant le détail des quantités d'ouvrages, il est d'usage d'indiquer dans le règlement de la consultation que les candidats sont responsables de la vérification et de l'éventuelle modification de ces quantités, qui combinées à leurs prix d'unité, doivent donner un total correspondant au prix global forfaitaire, sachant qu'aucune réclamation pour quantités différentes pendant l'exécution ne sera acceptée.

¹ Cf. aussi les articles 10.2 et 11.2 du CCAG travaux (D64 du 10/05/89), pour les marchés de travaux.

3.2.6.2 - Le prix est-il ferme ou révisable ? (cf. art. 9 et 10 RMP)

Sous le régime de la D136 :

Le texte réglementaire en dit très peu : « **Le prix est ferme lorsqu'il ne peut être modifié à raison des variations des conditions économiques. Il est révisable dans le cas contraire. La révision et les conditions de celle-ci doivent être expressément prévues dans le marché.** » (art 9 D136)

Un arrêté n°1787 du 13 juillet 1989 pris par le Haut-Commissaire, « relatif aux modalités de révision et d'actualisation des prix des marchés passés au nom du Territoire » pose les repères suivants (souvent ignorés en pratique) :

- Délai d'exécution du marché ≤ 4 mois $\Rightarrow$ prix ferme.
- Délai d'exécution du marché > 4 mois $\Rightarrow$ prix révisable.
- Le prix ferme est actualisable si le délai écoulé entre le dernier jour du mois d'établissement des prix, et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution est strictement supérieur à 2 mois. Le coefficient d'actualisation appliqué à tous les prix du marché, calculé au moyen d'une formule prévue dans le marché, fait application des index de référence cités dans le marché, en vigueur deux mois avant la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution du marché.
- Lorsque le prix est révisable, il est appliqué sur chaque acompte un coefficient de révision calculé au moyen d'une formule prévue dans le marché sur la base de l'indice du mois d'exécution des prestations objet de l'acompte.

Sous le régime de la D424, tout a été précisé par la délibération¹, y compris en ce qui concerne les typologies de marchés lorsque les prix sont révisables :

« **Un prix définitif peut être ferme ou révisable.**

Lorsque la durée d'exécution du marché est inférieure à six mois, le prix est ferme : il reste invariable pendant l'exécution du marché public.

Toutefois, le prix ferme est actualisable lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le titulaire est réputé avoir fixé son prix et la date de début d'exécution des prestations. Dans ce cas, l'actualisation se fait aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Lorsque la durée d'exécution du marché est supérieure ou égale à six mois, le prix est révisable dans les conditions et suivant les cas ci-après.

Dans le cas d'un marché de prestations intellectuelles ou de travaux, chaque acompte fait l'objet d'une révision aux conditions économiques correspondant à la date d'arrêt des prestations exécutées donnant lieu à l'acompte.

Dans le cas d'un marché de services ou de fournitures, la révision du prix se fait suivant une périodicité au plus annuelle indiquée au marché.

Dans le cas des marchés à commandes et des marchés cadres, le marché précise laquelle des deux modalités précédentes s'applique.

L'actualisation ou la révision des prix se fait en appliquant des coefficients établis à partir d'indices ou d'index de référence officiels identifiés dans le marché.

La formule de calcul de ces coefficients peut comporter un terme fixe. » (art 9 D424)

« **Lorsque le marché comporte une clause de révision des prix, la révision du prix initial doit être opérée sur le montant de chaque acompte lorsque les paramètres définitifs de révision sont connus, puis en fin de marché, sur le montant du paiement pour solde.**

Le titulaire d'un marché peut obtenir sur sa demande écrite que l'ensemble des clauses de variation de prix ne soit appliqué que sur le dernier paiement du marché. » (art 63 D424)

Changements majeurs et précisions apportées par la D424

- ❖ L'actualisation d'un prix ferme se fait lorsque le décalage entre le démarrage des prestations et l'époque de constitution du prix, est supérieur à 3 mois (au lieu de 2 mois précédemment) ;
- ❖ Le prix est révisable quand le délai d'exécution est de 6 mois (au lieu de 4 mois précédemment).

¹ Afin d'éviter une incompétence négative du congrès de la Nouvelle-Calédonie, le recours à un arrêté précisant les modalités de variation des prix n'a pas été retenu par les services juridiques. Attention, les articles 10.42 et 10.43 du CCAG travaux font référence à un arrêté : y déroger.

- ❖ Les règles applicables sont catégorisées en fonction du type de marché (prestations intellectuelles, travaux, fournitures, services). Auparavant, une seule règle applicable à tous les marchés, souvent non appliquée.
- ❖ Par souci de simplification, lorsqu'un acompte concerne l'exécution de prestations sur plusieurs mois, la révision de l'acompte se fait non pas de manière échelonnée sur ces différents mois, mais uniquement sur le dernier mois de prestations (c'est-à-dire « à la date d'arrêt des prestations exécutées donnant lieu à l'acompte »).¹

Exemple pour un marché ayant démarré en février :

- l'état d'acompte 1 des prestations arrêtées à fin février sera révisé en tenant compte de l'indice de février,
- l'état d'acompte 2 des prestations arrêtées à fin avril sera révisé en tenant compte de l'indice d'avril, même si les prestations correspondant à cet acompte se sont exécutées en mars et en avril.
- ❖ La variation des prix se fait obligatoirement en référence à des indices ou index officiels tels que ceux publiés par l'ISEE ou l'INSEE, ou tout autre organisme officiel. Les indices ou index choisis doivent correspondre à la nature des prestations du marché. On peut mixer les indices en les pondérant mais cela complexifie les calculs.
- ❖ La nouvelle rédaction de l'article 63 implique que les révisions doivent être calculées uniquement lorsque les indices définitifs sont parus.²
- ❖ Par ailleurs, par souci de simplifier les paiements intermédiaires et contribuer à une meilleure fluidité des paiements, le titulaire du marché peut, de lui-même, demander de différer l'application des révisions jusqu'au dernier paiement du marché.

Illustration : marché à prix ferme dont l'exécution commence plus de 3 mois après la date réputée d'établissement des prix



Recommandations pratiques, exemples

- ❖ Exemple de rédaction d'une clause contractuelle d'**actualisation** des prix, lorsque le délai d'exécution est inférieur à 6 mois³ :

« La date d'établissement des prix est réputée être le dernier jour du mois qui précède celui dans lequel se situe la date limite de remise des offres.

Lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date d'établissement des prix et la date de début d'exécution des prestations telle que prescrite par le marché, les prix du marché sont actualisés aux conditions économiques du mois correspondant à la date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations, selon la formule suivante :

$$P = P_0 \times I(d-3) / I_0$$

Avec :

P_0 : prix initial

P : prix actualisé, à utiliser dans tous les documents de paiement

I_0 : valeur de l'index de référence au mois correspondant à la date d'établissement des prix

$I(d-3)$: valeur de l'index de référence trois mois avant la date de début d'exécution des prestations.

Le coefficient $I(d-3) / I_0$ est arrondi au millième supérieur avant d'être multiplié par le prix initial.

Le prix actualisé est arrondi à l'entier le plus proche. »

¹ Le CCAG travaux indique à l'article 13.11 que la fréquence de présentation des décomptes est mensuelle (« chaque mois ») et prévoit même des pénalités pour non présentation du décompte chaque mois ; le CCAP du marché pourra utilement préciser « s'il y a lieu » pour rajouter une notion de libre volonté de l'entrepreneur de remise du décompte « chaque mois », et déroger à ces pénalités.

² Le CCAG travaux indique en son article 13.21 b) qu'en l'absence des indices définitifs, une révision provisoire doit être appliquée : cette clause est dorénavant contradictoire avec la D424 (dérogation à prévoir).

³ Prévoir les deux types de clauses, actualisation ou révision, si le délai peut franchir le seuil des 6 mois en cours d'exécution. Les prestations exécutées dans le délai initial inférieur à 6 mois resteront fermes et actualisables, les prestations exécutées au-delà du délai de 6 mois seront révisables.

- ❖ Exemple de formule de **révision** du prix des acomptes **mensuels** pour un marché de **prestations intellectuelles**, de **travaux**, ou de **services** :
- « La date d'établissement des prix est réputée être le dernier jour du mois qui précède celui dans lequel se situe la date limite de remise des offres.
- Chaque acompte est révisé aux conditions économiques du mois correspondant à la date d'arrêt des prestations exécutées donnant lieu à l'acompte, par application d'un coefficient C selon les formules suivantes :
- $$F = 0,85 \times I / I_0 + 0,15^1$$
- $$C = F - 1 \quad \text{Avec :}$$
- I_0 : valeur de l'index de référence au mois correspondant à la date d'établissement des prix
- I : valeur de l'index de référence au mois correspondant à la date d'arrêt des prestations donnant lieu à l'acompte.
- F est tronqué à la 4^e décimale, puis est arrondi au millième supérieur.
- L'acompte révisé est arrondi à l'entier le plus proche. »
- Nota :
- ⇒ Le troncage à la 4^e décimale avant l'arrondi au millième supérieur est dérivé de l'« arrondi bancaire », imposé vers le milieu des années 1990 dans les CCAP des marchés du territoire. En témoigne le mode 5/4 des machines à calculer de comptable de l'époque. Cette pratique sans aucune pertinence depuis la généralisation des ordinateurs est à éviter car elle contribue à la complexité des calculs, et donc à la multiplication des erreurs.
 - ⇒ Formule Excel pour F : « = arrondi.sup (tronque (0,85 * I / I_0 + 0,15 ; 4) ; 3) »
- ❖ Exemple de formule de **révision** du prix **annuelle** pour un marché de **fournitures** :
- « La date d'établissement des prix Do est réputée être le dernier jour du mois qui précède celui dans lequel se situe la date limite de remise des offres.
- A partir de chaque date anniversaire Da de la date de notification du marché Dn, tous les prix du marché sont révisés en tenant compte des conditions économiques de la date anniversaire D de la date d'établissement des prix Do, précédant immédiatement Da, selon la formule suivante :
- $$P = P_0 \times I_m / I_0 \quad \text{Avec :}$$
- P_0 : prix initial
- P : prix révisé, à utiliser dans tous les documents de paiement
- I_0 : valeur de l'index de référence au mois correspondant à la date d'établissement des prix Do.
- I_m : valeur de l'index de référence pour le mois de date anniversaire considéré D.
- Le coefficient I_m / I_0 est arrondi au millième supérieur avant d'être multiplié par le prix initial.
- Le prix actualisé est arrondi à l'entier le plus proche.
- Cette révision annuelle est formalisée par une décomposition des prix ou un bordereau des prix, rappelant chaque prix initial, explicitant les calculs, et précisant chaque prix révisé, notifié par ordre de service.
- Chaque demande de paiement fait référence à cet ordre de service, sans nécessité d'avenant au marché. »
- ❖ Tranches ferme(s), conditionnelles : en général, la durée du marché excède six mois, donc chaque prestation de chaque tranche est révisée. Dans le cas où le marché comporte des tranches dont la durée cumulée ne dépasse pas six mois, l'actualisation des prix est faite pour les prix de chaque tranche en fonction de la date de commencement d'exécution de la tranche considérée.
- ❖ L'article 63 de la RMP prévoit une révision « à titre définitif » (D136), « lorsque les paramètres définitifs de révision sont connus », sur le montant de chaque acompte => prévoir une dérogation à l'article 13.21 b) du CCAG travaux, qui prévoit une révision provisoire en attendant la parution des indices ou index de référence définitifs.

¹ Dans cette formule, le terme « + 0,15 » est appelé terme fixe, car il ne varie pas même si les indices varient. Ce terme sert à amortir l'impact des variations fortes d'indice, que ce soit en plus ou en moins. Aucune disposition réglementaire n'interdit de le supprimer ou de le moduler.

3.2.6.3 - Le prix est-il définitif ou provisoire ? (cf. art. 9 D136 et 36 D136, 9-1 D424)

« [Exceptionnellement, des marchés à prix provisoire peuvent être passés dans les conditions fixées à l'article 36 ci-dessous.] [Sous réserve des dispositions de l'article 9-1, un marché public est conclu à prix définitif.] » (art 9 D136, art 9 D424)

« A titre exceptionnel, pour les prestations d'une exécution complexe ou mettant en œuvre une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, qui obligent à commencer l'exécution du marché alors que toutes les conditions ne peuvent en être complètement déterminées, il peut être passé des marchés à prix provisoire avec les entrepreneurs, prestataires ou fournisseurs qui se soumettent à un contrôle particulier de l'administration.

Le marché à prix provisoire précise, en dehors du contrôle à exercer par l'administration, les obligations comptables à imposer au titulaire ainsi que les éléments et règles qui serviront de base à la détermination du prix définitif de la prestation tel qu'il sera fixé par l'avenant prévu à l'alinéa ci-après.

Un avenant fixant les clauses définitives du marché et notamment le prix définitif, ou au moins, les conditions exactes de sa détermination, doit intervenir, avant l'expiration du premier tiers de la durée d'exécution fixée par celui-ci. Cette durée est décomptée à partir de l'expiration de la période de démarrage éventuellement prévue.

Les marchés de prestations intellectuelles peuvent être passés à prix provisoires. » (art 36 D136, art 9-1 D424)

Commentaires sur les marchés de maîtrise d'œuvre

- ❖ Bien que ce ne soit pas une obligation, les marchés de maîtrise d'œuvre pour la conception et le suivi de travaux, sont une application fréquente des marchés à prix provisoires. En effet :
 - a. le montant du marché de maître d'œuvre (honoraires) est généralement fixé par les soumissionnaires en fonction de la complexité du projet, et de l'estimation de coût des travaux ;
 - b. lorsque le maître d'œuvre est engagé à respecter un coût de travaux qu'il a estimé lors de l'appel d'offres de maîtrise d'œuvre, il encourt des pénalités si le coût final réel des travaux dépasse les tolérances prévues par le marché par rapport à l'estimation du coût sur lequel il s'est engagé ;
 - c. l'estimation du coût des travaux, lors de l'appel d'offres donnant lieu à la passation du marché de maîtrise d'œuvre, est nécessairement approximative car le projet lui-même n'est pas encore étudié en profondeur.
- ❖ Les réglementations métropolitaines concernant les marchés de maîtrise d'œuvre (décret n° 73-207 du 28/02/1973, décret n° 93-1268 du 29/11/1993, et livre IV du CCP 2019) prévoient donc que les marchés de maîtrise d'œuvre puissent comporter deux phases :
 - ⇒ une phase provisoire, à l'issue de la procédure de passation du marché, où les conditions de détermination du coût des travaux sont très sommaires, avec une estimation provisoire du coût des travaux et un prix du marché de maîtrise d'œuvre lui aussi provisoire ;
 - ⇒ une phase définitive, à l'issue d'études d'avant-projet permettant d'avoir une précision plus grande dans l'estimation des travaux, où une estimation définitive du coût des travaux, avec un prix définitif du marché de maîtrise d'œuvre, sont fixés par avenant.
- ❖ La transition entre ces deux phases est l'occasion de remettre les compteurs à zéro pour la phase définitive. Si l'estimation définitive des travaux (produite après l'avant-projet) est trop différente de l'estimation provisoire des travaux (produite lors de l'appel d'offres maîtrise d'œuvre), le CCAP prévoit souvent que le maître d'ouvrage a le choix de demander au maître d'œuvre de reprendre son étude jusqu'à revenir dans l'enveloppe financière disponible, ou d'accepter l'estimation définitive, sans modification des honoraires (modèle loi MOP). Un modèle plus ancien (décret 73) prévoyait que dans ce cas, les honoraires étaient revus à la baisse d'un % du dépassement constaté au-delà des tolérances.
- ❖ En l'absence de réglementation des marchés de maîtrise d'œuvre en Nouvelle-Calédonie, on peut aménager les clauses contractuelles que l'on souhaite dans le CCAP.
- ❖ Voir à titre d'exemple au § 7.7.8 du présent guide, un tableau retraçant l'évolution du prix provisoire et du prix définitif dans un marché de maîtrise d'œuvre, telle que prévue par les clauses de son CCAP.

Recommandation

- ❖ Le marché doit indiquer que toutes les clauses de révision ou actualisation sont applicables aux prix provisoires.

3.2.7 – Avances

3.2.7.1 - Principe

« Avant service fait, des avances peuvent être accordées à raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché [telles que ces opérations sont définies à l'article 53 ci-après]. » (art 51 RMP)

Commentaires

- ❖ La notion d'avance est une dérogation au principe du « paiement après service fait »¹ selon lequel le décaissement des deniers publics ne peut être effectué avant l'accomplissement de la prestation. Cette dérogation est justifiée par les opérations préparatoires liées à l'exécution du marché, qui peuvent représenter un coût non négligeable, notamment pour les PME. C'est à l'acheteur public d'en décider.
- ❖ Le marché doit expressément prévoir les conditions d'attribution de cette avance, et notamment sa couverture par une garantie financière (caution exigible par l'article 81 RMP) par souci de protection des deniers publics.

3.2.7.2 - Caution

« Sauf dispositions contraires du marché, le titulaire d'un marché ne peut recevoir d'avances qu'après avoir constitué, dans les conditions fixées à l'article 79 ci-dessus, une caution personnelle s'engageant solidairement avec lui à rembourser, s'il y a lieu, l'intégralité du montant des avances consenties.

Il en est de même pour chaque sous-traitant en ce qui concerne les avances qui lui sont accordées en propre. »

(art 81 D136 complété par la D424)

Commentaires

- ❖ La D424 a introduit la possibilité que le marché puisse indiquer qu'aucune caution n'est exigée en contrepartie de l'avance prévue, ceci afin de faciliter le préfinancement des opérations préparatoires par les PME et TPE.

3.2.7.3 - Modalités de calcul

« I – [Une avance peut être accordée au titulaire d'un marché public.] [Le marché peut prévoir le versement d'une avance au titulaire et aux sous-traitants.]

Cette avance est calculée sur la base du montant [toutes taxes comprises] [initial ou minimum hors taxes] du marché public, de la tranche affermée, du bon de commande, du marché subséquent, ou de la reconduction du marché, diminué, le cas échéant, du montant des prestations confiées aux sous-traitants bénéficiant du paiement direct. » (art 53 D136, modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ Le marché doit intégrer dès le stade de la consultation, et donc dans le DCE, les conditions relatives aux avances, car cela a une influence sur la mise en concurrence. L'acheteur public peut décider de ne pas prévoir d'avance.
- ❖ La D424 précise le mode de calcul de l'avance en fonction du type de marché. Il s'agit en réalité d'un taux (%) exprimé sur un montant contractuel (TTC pour la D136, hors taxes pour la D424) que l'on peut choisir.
- ❖ Voir § 7.5.2 du présent guide pour une rédaction à intégrer dans le CCAP en vue du remboursement des avances.

3.2.7.4 - Ajustement du montant de l'avance

« II – Le maître d'ouvrage fixe librement le taux et les conditions de versement de l'avance.

Le marché peut prévoir un taux maximal d'avance consenti par le maître d'ouvrage. Dans ce cas, le candidat ou le sous-traitant qui accepte l'avance, précise le taux d'avance qu'il souhaite. Cette mention ne peut être prise en compte dans le jugement des offres ou l'acceptation du sous-traitant. » (art 53 D136, complété par la D424)

Commentaires et recommandations

- ❖ La D424 assouplit l'acceptation de l'entreprise quant à l'avance, en lui permettant de fixer elle-même le taux d'avance qu'elle demande, lequel doit être inférieur au taux maximal fixé par l'acheteur public.
- ❖ Le choix du candidat d'accepter ou non l'avance prévue doit être libre. Il est recommandé d'inclure dans l'acte d'engagement une mention explicite de refus (case à cocher par exemple) ou de précision du taux accepté.

¹ Cf. décret n° 2012-1246 du 7/11/2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

3.2.8 – Acomptes

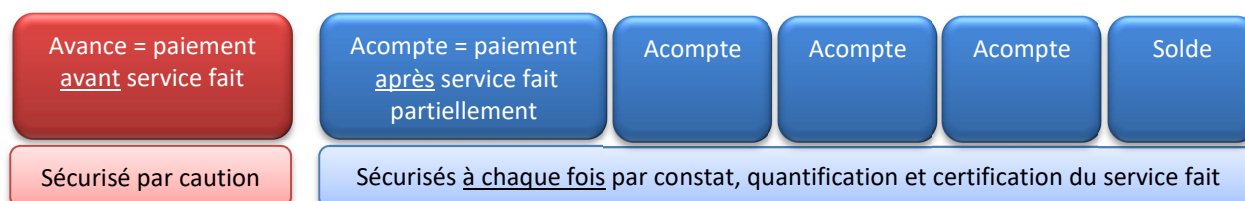
3.2.8.1 - Principe

« Tout titulaire d'un marché prévoyant un délai d'exécution supérieure à trois mois est en droit d'obtenir des acomptes, suivant les modalités fixées par le cahier des clauses administratives particulières, s'il justifie avoir accompli pour l'exécution du marché l'une des prestations suivantes soit par lui-même, soit par l'intermédiaire des sous-traitants, lorsque ceux-ci ne bénéficient pas des dispositions des articles 76-1 et 76-2. » (art 51 RMP)

« Le montant d'aucun acompte ne doit excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte ; cette valeur est appréciée selon les termes du contrat. Il y a lieu d'en déduire la part des avances, fixée par le contrat, qui doit être retenue en application des dispositions de l'article 57 ci-dessus. » (art 59 RMP)

Commentaires

- ❖ Dès lors que le délai d'exécution du marché est supérieur à trois mois, on peut, sans attendre l'exécution totale du marché, fractionner le paiement du service fait, mais sans jamais excéder la valeur des prestations exécutées.



3.2.8.2 – Contenu de l'acompte

« Le montant d'aucun acompte ne doit excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte ; cette valeur est appréciée selon les termes du contrat. Il y a lieu d'en déduire la part des avances, fixée par le contrat, qui doit être retenue en application des dispositions de l'article 57 ci-dessus. » (art 59 RMP)

« Les acomptes peuvent s'échelonner pendant la durée d'exécution du marché suivant les termes périodiques ou en fonction de phases techniques d'exécution, définis par le marché. » (art 60 RMP)

« Dans le cas d'acomptes versés en fonction de phases techniques d'exécution, le marché peut fixer, sous réserve de l'application des dispositions des articles 57, 58, 76-1 et 76-2, le montant de chaque acompte, forfaitairement, sous forme de pourcentage du montant initial du marché. » (art 59 RMP)

« Le montant des pénalités peut être retenu par précompte sur les sommes dues au titulaire et vient en atténuation de la dépense. S'il ne peut être précompté, il donne lieu à l'émission d'un titre de recette dont le montant est imputé en recettes au budget de la collectivité territoriale ou de l'établissement public.

Le montant des pénalités n'est soumis ni à révision des prix, ni à actualisation des prix, ni aux taxes applicables. »
(art 61 D136, complété par la D424)

Commentaires

- ❖ Il convient de fixer dans le marché :
 - soit la périodicité des acomptes (chaque mois, chaque trimestre, ... le CCAG travaux fixe une périodicité mensuelle, à laquelle le CCAP peut déroger) ; *ce mode est adapté pour une exécution en continu avec un constat possible en continu (par exemple, travaux), il n'est pas adapté lorsqu'il est difficile de faire les constats nécessaires (exemple : paiement partiel d'études sans document intermédiaire) ;*
 - soit les phases d'exécution donnant lieu à versement d'acompte (en % du montant du marché) ; *ce mode est adapté à un avancement de projet où chaque phase est ponctuée d'un élément remis, évalué et accepté* – Toutefois, il faudra préciser dans le marché les délais (et les pénalités) propres à chaque phase, afin de vérifier, pour le paiement de chaque phase, le respect de ces délais, et appliquer les pénalités. S'il n'y a qu'un délai global toutes phases confondues, il faudra prévoir de joindre à chaque demande de paiement de phase, une fiche de cumul des délais toutes phases, pour vérifier le respect du délai global.
- ❖ Dans l'acompte, il faut retirer au montant des prestations exécutées :
 - le remboursement des avances (art. 57),
 - les éventuelles pénalités de retard applicables lors de la présentation de la demande de paiement. Si le résultat donne un montant négatif, le résultat sera non pas un paiement au titulaire du marché, mais une demande au titulaire de verser cette somme à l'administration.
- ❖ Voir le § 3.2.6 caractère des prix pour les modalités d'actualisation ou de révision de l'acompte.

3.2.8.3 – Cas particulier des acomptes sur approvisionnement

« Tout titulaire d'un marché prévoyant un délai d'exécution supérieure à trois mois est en droit d'obtenir des acomptes, suivant les modalités fixées par le cahier des clauses administratives particulières, s'il justifie avoir accompli pour l'exécution du marché l'une des prestations suivantes soit par lui-même, soit par l'intermédiaire des sous-traitants, lorsque ceux-ci ne bénéficient pas des dispositions des articles 76-1 et 76-2:

1°) - Dépôt sur le chantier, annexe du chantier, usine ou atelier [sur le territoire] [en Nouvelle-Calédonie] des approvisionnements - matériaux, matières premières, objets fabriqués,... destinés à entrer dans la composition des travaux ou des fournitures qui font l'objet du marché, sous réserve qu'ils aient été acquis par le titulaire du marché en toute propriété et effectivement payés par lui, par tout moyen de règlement y compris des traites, et qu'ils soient lotis d'une manière telle que leur destination ne fasse aucun doute et qu'ils puissent être facilement contrôlés par l'administration ; (...) » (art 59 RMP)

Commentaires

- ❖ Contrairement aux avances qui correspondent à un paiement avant service fait (avant commande, avant approvisionnement), l'acompte sur approvisionnement consiste à payer une prestation qui a commencé à s'exécuter en termes d'acquisition et de stockage sur place d'éléments physiques nécessaires aux prestations, sans que ces éléments aient été utilisés dans les ouvrages terminés ou les prestations terminées.
- ❖ Cette possibilité est très utile pour payer l'entreprise à ce stade lorsque le coût d'approvisionnement de ces éléments représente une part importante du prix du marché. Exemples :
 - Gros équipement préfabriqué à mettre en place et tester sur plusieurs mois (centrale de climatisation, ...);
 - Gros volume de profilés aluminium spécifiques destinés à des ouvrages spécifiques.
- ❖ Une bonne appréciation de cette disposition de paiement par un candidat est de nature à optimiser son prix.

Recommandations lorsque ce type de prestations est repéré dans le marché

- ❖ Il est recommandé de prévoir dans le CCAP les clauses nécessaires pour protéger ces éléments d'approvisionnement, ainsi que les paiements correspondants. Exemple exhaustif à moduler :

« Conformément aux articles 11.3, 13.1.2 et 13.1.4 du CCAG Travaux, mais en dérogation au 2^e alinéa de l'article 11.3 du même CCAG, des acomptes sur approvisionnements peuvent être réglés aux entreprises dans les conditions et sous réserve des garanties suivantes :

- Dépôt sur le chantier, annexe, usine ou atelier en Nouvelle Calédonie, des approvisionnements concernés (matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc...) destinés à entrer dans la composition des travaux. Ils seront dûment étiquetés avec la mention "Approvisionnements affectés à la construction de pour le compte de " et seront facilement identifiables par la maîtrise d'œuvre. Tous frais éventuels de colisage, d'entreposage et de gardiennage restent à la charge de l'entreprise.
- Production par le bénéficiaire de l'acompte d'une assurance contre le vol, l'incendie, les détériorations diverses, couvrant la valeur totale des approvisionnements concernés, pour la durée du dépôt, et spécifiant que dans l'hypothèse du recours à cette assurance, le paiement de la franchise reste à la charge du bénéficiaire de l'acompte.
- Production d'une caution personnelle et solidaire couvrant la valeur totale des approvisionnements. »

- ❖ L'idéal est de prévoir dans la décomposition du prix, des prix particuliers pour la fourniture, les matériaux, matériels ou équipements qui feront l'objet d'acomptes sur approvisionnement. A défaut, le CCAP doit préciser la méthode de détermination de la part d'approvisionnement incluse dans les prix du marché. Exemple :

« En dérogation au 2^e alinéa de l'article 11.3 du CCAG Travaux, le montant pris en considération dans le décompte sera égal à 80 % du montant des factures acquittées, défalqué s'il y a lieu du montant des approvisionnements déjà utilisés et comptabilisés dans l'avancement des travaux, contrôlé et certifié par le maître d'œuvre.

Le maître d'ouvrage acceptera par ordre de service le montant total prévisionnel des approvisionnements, déclaré par le titulaire du marché, d'où sera déduit le rapport (montant des approvisionnements) sur (montant contractuel du marché). Ce taux, arrondi à la 2^e décimale supérieure et noté PA, déterminera forfaitairement la part d'approvisionnements comprise dans l'avancement des travaux.

Une annexe au décompte justifiant le calcul de l'acompte sur approvisionnement, signée par le maître d'œuvre, retracera :

- l'avancement des Travaux vérifié par le maître d'œuvre, noté T,
- le montant cumulé des factures acquittées pour les Approvisionnements Constitués, vérifié et certifié par le maître d'œuvre, noté AC. Ce montant ne peut excéder celui qui a été déclaré, puis accepté par ordre de service du maître d'ouvrage,
- le montant cumulé de la part approvisionnements comprise dans l'avancement de chantier, noté AU (Approvisionnements Utilisés), et évalué forfaitairement au produit $PA \times T$,
- Le montant cumulé des approvisionnements pris en compte dans le décompte, noté A, et égal à : $0,80 \times (AC - AU)$, sans être inférieur à zéro, soit 80 % de (Approvisionnements Constitués moins Approvisionnements Utilisés). C'est ce dernier montant qui sera mentionné dans le décompte sous la rubrique Approvisionnements, en sus de la rubrique Avancement des travaux. »

3.2.9 – Délais et pénalités

3.2.9.1 - Principe

« Les marchés doivent contenir notamment les mentions suivantes : (...) »

10°) Le délai d'exécution du marché ou la date de son achèvement ;

11°) La fixation d'une clause de pénalisation pour le cas d'inexécution des obligations contractuelles dans les délais prévus ou la dispense de pénalisation dans le même cas ; » (art 59 RMP)

Commentaires

- ❖ La fixation d'un délai pour l'exécution de l'ensemble du marché est une obligation juridique liée à l'obligation de contrôle de l'administration (liée également à l'intégrité de la mise en compétition initiale).
- ❖ Au lieu d'un délai, il est possible de prévoir une date limite d'achèvement mais dans ce cas il faut préciser également la date limite pour la demande de l'acheteur public de commencer l'exécution des prestations¹.
- ❖ Le contrôle du respect du délai se manifeste, en cas de retard, par l'application de pénalités de retard, sauf dispense prévue par le CCAP². Cette dispense ne devrait pas être totale, ce qui dénoterait un non contrôle.
- ❖ Il est possible pour l'acheteur de fixer, outre le délai global, des délais particuliers par tranche, par phase, pour certains ensembles de prestations, ou pour des opérations préparatoires ou encore une période d'approvisionnement, distincte de l'exécution elle-même, afin de mieux maîtriser le bon avancement de l'exécution du marché, à l'aide de pénalités intermédiaires, ou de retenues provisoires³ à prévoir dans le CCAP.
- ❖ Pour les marchés à commandes, bons de commandes, marchés cadres, on parle plutôt de durée du marché, qui correspond à la période de validité du marché, dans laquelle l'acheteur peut commander des prestations, lesquelles doivent être encadrées par des délais spécifiques obligatoirement indiqués au marché.

3.2.9.2 – Délai fixé par l'acheteur ou par le candidat

- ❖ Lorsque les échéances opérationnelles sont serrées, il peut apparaître sécuritaire que l'acheteur fixe lui-même les délais globaux, les candidats au marché devant s'y plier sous peine de rejet de leur offre.
 - risque : les candidats peuvent souscrire à un délai irréaliste fixé par l'acheteur tout en rajoutant à leur prix le montant des pénalités prévisibles compte tenu du délai réaliste qu'ils auront eux-mêmes estimés ;
 - pour sécuriser cette pratique, il est recommandé de quantifier dans le DCE les moyens techniques et humains minimaux nécessaires au respect du délai, et d'exiger du candidat la preuve de ces moyens.
- ❖ De manière générale, il convient de laisser aux candidats le soin de proposer leur délai d'exécution global, issu de leur réflexion propre sur les moyens à mettre en place et le coût total des prestations.
- ❖ Important : le délai global est un élément substantiel de l'offre, non modifiable en phase de compétition.

3.2.9.3 – Montant des pénalités

- ❖ Le CCAP doit spécifier les pénalités à appliquer aux retards constatés sur chaque délai, global ou spécifique.
- ❖ Il est impératif de bien calibrer le montant des pénalités pour leur donner un caractère dissuasif ou incitatif suffisant, tout en évitant de démotiver le prestataire en ce qui concerne la poursuite de l'exécution du marché.
- ❖ Mesures possibles pour limiter les dérives, sans que ce ne soit obligatoire, et à intégrer au cas par cas :
 - prévoir un plancher (exemple : exonération des pénalités inférieures à 80.000 F⁴) ;
 - prévoir un plafonnement pour limiter l'impact économique de la pénalisation (exemple : 5% du marché de travaux⁵, 15% de la commande pour un marché à bons de commandes) ;
 - raisonner en fonction du retard probable et d'un taux acceptable de réduction du montant du marché. (exemple : le taux standard de 1/3000^e du CCAG travaux correspond à 1% du marché par mois de retard)

¹ Cf. principe de l'article 19.13 du CCAG travaux (délibération 64/CP du 10/05/1989)

² Lorsque la dispense n'est pas prévue par le CCAP, elle ne peut être obtenue qu'après décision de l'organe délibérant pour des motifs tenant notamment à l'impact socio-économique des pénalités sur la viabilité des entreprises, s'agissant d'une remise en cause de la compétition initiale.

³ Cf. pour un exemple de principe de retenue provisoire, l'article 20.5 du CCAG travaux (délibération 64/CP du 10/05/1989)

⁴ Cf. article 11.3 du CCAG fournitures courantes et services (délibération 64/CP du 10/05/1989)

⁵ Cf. CCAG applicable aux marchés privés de travaux, norme NF P 03-001

3.2.10 – Sûretés (garanties financières)

3.2.10.1 – Objet des sûretés

L'objet des « sûretés » est de garantir « ... la bonne exécution du marché, y compris les obligations liées au délai de garantie, et le recouvrement des sommes dont le titulaire pourrait être reconnu débiteur au titre du marché, y compris pour les frais d'assurance obligatoire ou les frais de coactivité interentreprises précisés dans le marché, ainsi que le prélèvement des pénalités. » (art 77 D136, modifié par la D424)

A retenir : avec la nouvelle rédaction de la D424, les sûretés sont utilisables pour toutes les causes possibles.

3.2.10.2 – Le montant et les formes de sûretés

« Tout titulaire d'un marché ne comportant pas de délai de garantie peut être tenu de fournir un cautionnement (...) Tout titulaire d'un marché comportant un délai de garantie est tenu de fournir un cautionnement (...) dont le montant ne peut être supérieur à [5] [3] %, ni inférieur à 1,50 % du montant initial hors taxes du marché [augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.]

[Un cautionnement complémentaire n'est pas obligatoire en cas d'avenant ou de décisions de poursuivre.]

Les cahiers des charges peuvent prévoir la substitution au cautionnement d'une retenue de garantie sur acompte dont le taux [ne peut être ni inférieur à 1,50%, ni supérieur à 5%.]

[est le même que celui exigé pour le cautionnement.]

Les cautionnements ou retenues de garantie peuvent être remplacés par la garantie d'une caution personnelle et solidaire qui doit être celle d'un établissement de crédit ou d'un organisme de cautionnement mutuel agréé par l'administration. » (art 77 D136, modifié par la D424)

« Les marchés, lots ou parties de lots réservés aux structures d'insertion visés à l'article 14-2 sont dispensés de cautionnement ou retenue de garantie. » (art 77, alinéa additionnel introduits par la D424)

Commentaires

- ❖ Si le marché comporte un délai de garantie, la constitution d'une sûreté est obligatoire, sauf s'il s'agit d'un marché, d'un lot ou d'une partie de lot qui est réservé à une structure d'insertion (art 14-2 D424) ¹.
- ❖ Le marché doit indiquer le montant des sûretés, exprimé en % du montant du marché, dans les limites suivantes :
 - 1,5% à 5% du montant du marché TTC, éventuellement modifié par les avenants (D136) ;
 - 1,5% à 3% du montant du marché HT, sans considération pour les avenants (D424).
- 1. Le cautionnement est une somme d'argent ou un titre reçu par le comptable public (cf. art. 90 à 92 RMP). C'est une forme de sûreté inusitée, compte tenu des deux alternatives ci-dessous, moins impactantes financièrement.
- 2. La retenue de garantie est un montant prélevé sur les acomptes payés au fur et à mesure de l'exécution du marché jusqu'à ce que le cumul atteigne le montant du cautionnement, et versé sur un compte géré par le comptable public. Sous la D424, le taux est appliqué sur les montants de base HT des acomptes, hors accessoires.
- 3. La caution personnelle et solidaire est, en pratique, une caution délivrée par la banque du titulaire du marché, mise à la disposition de l'acheteur public. En contrepartie, le titulaire verse un % de cette caution à sa banque.
- ❖ Le futur titulaire du marché a toujours le droit de choisir l'un de ces trois modes de sûreté.
- ❖ Si le marché ne comporte pas de délai de garantie, ou s'il s'agit d'un marché, d'un lot ou d'une partie de lot qui est réservé à une structure d'insertion (art 14-2 D424), il n'y a pas obligation de constitution d'une sûreté.
- ❖ Les paiements directs à un sous-traitant ne peuvent subir une retenue de garantie. Il est recommandé d'inclure dans le CCAP une clause de type: « Lorsque le titulaire présente une demande de paiement d'un sous-traitant, il doit obligatoirement présenter une sûreté couvrant ce paiement, faute de quoi la demande est rejetée. »
- ❖ Dans le cas d'un marché à bons de commandes sans mini ni maxi (D424), ou un marché de clientèle D136), avec délai de garantie, on peut préciser au CCAP : « Le titulaire fournit en même temps que la facture correspondant à chaque commande, un cautionnement ou une caution bancaire correspondant à 3% de son montant. A défaut, une retenue de garantie du même montant est appliquée à la facture. Ces sûretés sont libérées un mois après l'expiration du délai de garantie propre à chaque commande si aucune réserve ne subsiste à la fin dudit délai ».

¹ Voir les autres exceptions prévues aux articles 83 (titulaires semi-publics, délégataires de services publics, structures d'insertion par le travail), 84 (marchés de gré à gré après avis de la CAO, 87-1 (entreprises immatriculées au répertoire des métiers ou au RIDET sous conditions spécifiques).

3.3 – CONDITIONS DE LA CONSULTATION

3.3.1 – Clauses relatives au respect des règles relatives à la concurrence ¹

Les entreprises appartenant à un même groupe ou ayant des liens juridiques et financiers entre elles, qui souhaitent soumissionner, doivent en informer l'acheteur public dans la présentation de leur offre.

Ces entreprises disposent des options suivantes :

- Si chaque entreprise concernée dispose d'une autonomie commerciale pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue (directions différentes, moyens propres pour établir l'offre, capacité de production autonome...) elles peuvent choisir de :
 - ✓ déposer chacune une offre élaborée de manière indépendante sans aucun échange d'information sur l'appel d'offres ;
 - ✓ ou déposer une offre commune permettant des concertations entre elles.

En revanche, elles ne peuvent pas déposer à la fois une offre groupée et des offres individuelles

Dans l'hypothèse où elles feraient le choix de présenter chacune une offre, l'acheteur public peut leur imposer de fournir les éléments matériels démontrant les mesures prises pour éviter tout risque d'échanges d'informations entre elles relatives à cet appel d'offres.

- Si les entreprises concernées ne sont pas autonomes commercialement, elles peuvent choisir de :
 - ✓ déposer une offre groupée pour répondre à l'appel d'offres ;
 - ✓ ou choisir l'entreprise du groupe qui présentera une seule offre pour le marché considéré.

Il est donc interdit à des entreprises qui appartiennent au même groupe et qui ne sont pas autonomes commercialement de présenter chacune une offre car il est certain que ces offres ne seront pas indépendantes et conduiront la collectivité publique à se méprendre sur le véritable degré de concurrence sur le marché (risque d'offres de couverture ...)

Repères pratiques

- ❖ La jurisprudence interdit les échanges d'informations entre concurrents lors d'un appel d'offres avant la date à laquelle le résultat de l'appel d'offre est connu, qu'il s'agisse d'informations sur l'existence et le nombre de concurrents, leurs noms, leur importance, leur disponibilité en personnel ou en matériel, leur intérêt ou l'absence d'intérêt pour le marché, les prix qu'ils envisagent de proposer, ou toute autre information de nature à limiter l'indépendance des offres.
- ❖ Les obligations des acheteurs publics au regard du droit de la concurrence :
 - Eviter de mettre en place les conditions susceptibles de favoriser des échanges d'informations entre concurrents. *Exemple : éviter de convoquer tous les candidats à une visite du site.*
 - S'abstenir d'approuver ou d'étendre une pratique anticoncurrentielle durant le processus d'appel d'offres. *Exemple : ne pas attribuer le(s) marché(s) à une ou plusieurs entreprises s'il y a des indices permettant de penser qu'elles ont commis des pratiques anticoncurrentielles*

Sanctions

- ❖ Selon l'article Lp.464-2 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle Calédonie peut infliger, en cas de pratiques anticoncurrentielles, une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à :
 - 5 % du chiffre d'affaires mondial ² le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ;
 - 175 millions de FCFP si le contrevenant n'est pas une entreprise (association, syndicat...).
- ❖ Les personnes publiques peuvent également être passibles de sanction devant le juge administratif en cas de non respect du droit de la concurrence (annulation des actes administratifs anticoncurrentiels...).

¹ Cf. article Lp. 421-1 du code de commerce (prohibition des ententes anticoncurrentielles).

Cette page s'inspire principalement et présente des extraits du guide réalisé par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC) sur son site internet : <https://autorite-concurrence.nc>, rechercher « marchés publics », sélectionner le « Guide à destination des acheteurs publics et des entreprises en matière d'appel d'offres ».

² Cf. article 51 de la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.

3.3.2 – Réserve de marché, insertion sociale et professionnelle

3.3.2.1 – Réserve de marché (nouveau D424)

« Des marchés publics, des lots ou parties de lots d'un marché public peuvent être réservés dans la limite de 30% du montant de l'opération :

- aux structures d'insertion mentionnées au titre VIII du livre IV du code du travail de la Nouvelle-Calédonie ;
- aux entreprises de moins de quinze salariés.

La durée d'un marché réservé ne peut être supérieure à 3 ans. » (art 14-2 D424)

3.3.2.2 – Insertion sociale et professionnelle

Il y a 4 modes d'intégration des aspects concernant l'insertion sociale et professionnelle dans les marchés publics :

1. (RMP) Marchés de gré à gré pour des « chantiers d'insertion » confiés, sans mise en concurrence, à des structures d'insertion par le travail agréées, sous certaines conditions, sous le seuil de 40 MF¹ ;
2. (D424) Contrats supérieurs à 20 MF, après mise en concurrence adaptée, dès lors que l'objet est « l'insertion sociale ou professionnelle »² ;
3. (D424) Marchés, lots ou parties de lots réservés aux SIT dans la limite de 30% du montant de l'opération³ ;
4. (D424) Critères de choix de l'offre et conditions d'exécution du marché⁴.

Guide de bonnes pratiques : guide interministériel sur les aspects sociaux de la commande publique (v3 – juil. 2018).

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-aspects-sociaux-cp.pdf

Possibilités mentionnées par le guide (métropole)	Compatible D136/D424
Réserver certains marchés ou certains lots à des structures spécialisées	Uniquement les SIT
Marchés dont l'objet est l'insertion professionnelle : compétition adaptée	Oui
Critère social de jugement des offres (performance d'insertion)	Oui
Prévoir des variantes (méthodologie d'analyse précise à prévoir)	Oui
Clause sociale d'exécution pour certains lots (nombre d'heures)	Oui

Synthèse des recommandations du guide :

- a. Réaliser le sourcing des structures d'insertion établies, et des publics rapportables à l'objet du marché.
- b. Égalité de traitement des candidats et non limitation de la concurrence : organiser l'accès aux structures et publics ciblés, et bien calibrer le % de clause sociale.
- c. Rôle important des « facilitateurs » pour les deux points ci-dessus.
- d. Calibrer les clauses d'exécution en fonction de la capacité des publics et de l'effort de la collectivité (en nature et volume) – appel aux ratios et informations des fédérations de métiers.
- e. Pas de référence à une zone d'habitation mais à une qualité de public (exception ANRU non applicable NC).
- f. Pour l'exécution, laisser le candidat libre du choix : embauche directe, contrats en alternance, recours aux structures et entreprises spécialisés : mise à disposition, sous-traitance, ou cotraitance, ...

Application aux structures de la Nouvelle-Calédonie :

- ⇒ Les structures d'insertion existantes (Active, MIJ, RAPSA, handicap, etc...) doivent se coordonner afin de mettre en place une offre de service lisible pour l'administration (définition des modalités d'intégration de l'insertion dans les marchés), et disponible pour les opérateurs économiques (égalité d'accès).
- ⇒ Il y a un réel besoin de facilitateurs pour faire le pont entre les structures d'insertion, les administrations et les entreprises. En métropole, des opérateurs se sont spécialisés dans ce rôle. En Nouvelle-Calédonie, ce rôle peut être naturellement tenu dans un premier temps par les services de l'emploi, du handicap et de l'insertion au niveau des provinces.

¹ art 2-2 RMP. Le sigle SIT signifie « structure d'insertion par le travail ». Il s'agit d'associations sans but lucratif agréées en application du titre VIII du livre IV du code du travail de la Nouvelle-Calédonie.

² art 2-1, §2 D424

³ art 14-2 D424

⁴ art 27-2 D424

3.3.3 - Variantes, options

3.3.3.1 - Variante (art 27-1-IV D424)

« Une variante vient en substitution totale ou partielle de la solution de base du cahier des charges, ... »

« En cas de variante imposée, le règlement de la consultation peut prévoir un classement différencié des offres répondant à la solution de base et celles répondant à la variante imposée, l'opportunité du choix entre la solution de base et la variante imposée pour attribuer le marché étant laissé au maître d'ouvrage. »

Bonnes pratiques

- ❖ Préciser dans le règlement si les variantes sont autorisées, et si l'acheteur en impose certaines, ainsi que les prestations qui ne peuvent pas faire l'objet de variantes, s'il y a lieu, ou à l'inverse les prestations qui peuvent faire l'objet de variantes, en précisant leurs limites (ou non).
- ❖ En cas de variante imposée, le classement différencié peut s'avérer nécessaire lorsque la solution de base et cette variante imposée par l'acheteur ne sont pas comparables techniquement et économiquement.
- ❖ En dehors du cas précédent, on comparera toutes les offres de base et les variantes en même temps.
- ❖ L'analyse des offres doit intégrer tous les scénarios concernant les variantes, mais l'acheteur peut librement choisir le ou les scénarios qu'il souhaite retenir pour le classement des offres. Ce dernier ne doit pas varier selon les scénarios retenus.
- ❖ En règle générale, les variantes, en tant que substitution totale ou partielle à la solution de base, doivent être présentées sous forme de dossier spécifique (acte d'engagement, CCTP, décomposition de prix spécifiques).
- ❖ En règle générale, une variante doit être choisie à l'issue de la consultation puis le marché est mis au point en intégrant les modifications liées à la prise en compte de cette variante, sauf si on souhaite la conserver en tant que variante en vue d'un complément budgétaire, si le règlement le prévoit.
- ❖ Dans cette dernière éventualité, le scénario de commande de la variante pendant l'exécution du marché ne doit pas modifier le classement des offres.

3.3.3.2 - Option (art 27-1-IV D424)

« ... une option vient en supplément de (la) solution de base (du cahier des charges). »

Bonnes pratiques

- ❖ Préciser dans le règlement si les options sont autorisées, et si l'acheteur en impose certaines.
- ❖ Réserver un tableau dans l'acte d'engagement pour toutes les options imposées. Les options proposées par les candidats feront l'objet de documents distincts.
- ❖ L'analyse des offres doit intégrer tous les scénarios concernant la prise en compte des options imposées, mais l'acheteur peut librement choisir le scénario qu'il souhaite retenir pour le classement des offres. S'il est retenu plusieurs scénarios (un pour les options affirmées à la passation du marché, d'autres pour des options à notifier lors de l'exécution du marché), le classement ne doit pas varier selon les scénarios retenus (voir ci-après).
- ❖ En cas d'options proposées par les candidats, la comparaison financière des offres ne peut prendre en compte ces options car les autres candidats ne sont pas sur la même base : le jugement des offres doit donc se faire hors options proposées par les candidats.
- ❖ En règle générale, une option doit être choisie à l'issue de la consultation et le marché est mis au point en intégrant dans la solution de base et le prix du marché, les prestations et le prix de l'option. Une option n'est donc plus affichée en tant que telle dans le marché conclu, sauf si on souhaite la conserver en tant qu'option en vue d'un complément budgétaire, si le règlement le prévoit.
- ❖ Dans cette dernière éventualité, le scénario de commande de l'option pendant l'exécution du marché ne doit pas modifier le classement des offres.

3.3.4 – Justificatifs relatifs aux capacités

« **L'exécution des marchés ne peut être confiée qu'aux entreprises ayant les capacités juridiques, techniques et financières nécessaires. L'administration apprécie souverainement ces capacités au regard de l'objet du marché et de ses conditions d'exécution.** » (art 13-3 D136, complété par la D424 et renuméroté art 13-7 D424)

Même si l'appréciation par l'administration des capacités des candidats est souveraine, elle doit s'appuyer sur des éléments de preuve ou des justificatifs dont la liste est présentée différemment par la D136 et la D424, cette dernière introduisant une souplesse pour adapter l'exigence de production des documents à leur réelle utilité.

D 136, art 13-3

Liste minimale des documents exigés :

« a) une **déclaration** indiquant son **intention de soumissionner** et faisant connaître ses nom, prénoms, qualité et domicile et s'il agit au nom d'une société, le numéro d'immatriculation au registre de commerce ou au répertoire des métiers, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse du siège social, la qualité en laquelle il agit et les pouvoirs qui lui sont conférés ;

b) une note indiquant ses **moyens techniques**,

le lieu, la date, la nature et l'importance des travaux qu'il a exécutés ou à l'exécution desquels il a concouru, l'emploi qu'il occupait dans chacune des entreprises auxquelles il a collaboré, ainsi que les noms, qualités et domiciles des hommes de l'art sous la direction desquels ces travaux ont été exécutés. Les certificats délivrés par ces hommes de l'art sont joints à la note ;

c) un **état des effectifs** avec mention de la classification professionnelle du personnel salarié que l'entreprise projette d'occuper pour l'exécution des travaux, ainsi que la liste des sous-traitants éventuels ;

d) une **déclaration sur l'honneur** indiquant que le soumissionnaire se trouve en **situation régulière au regard des obligations fiscales et sociales**. Le cas échéant la même déclaration doit être fournie par chaque sous-traitant ;

e) Le **plan de charge** de l'entreprise. »

D 424, art 13-7

Liste minimale, un seul document exigé :

« une **déclaration** indiquant son **intention de soumissionner** et faisant connaître ses nom, prénoms, qualité et domicile et s'il agit au nom d'une société, le numéro d'immatriculation au registre de commerce ou au répertoire des métiers, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse du siège social, la qualité en laquelle il agit et les pouvoirs qui lui sont conférés ;

y est incluse une **déclaration sur l'honneur** indiquant qu'il est en **situation régulière au regard des obligations fiscales et sociales** exigibles à la date de la soumission et qu'il n'est pas en situation d'incapacité juridique à soumissionner. »

Liste non exhaustive de documents qu'il est possible d'exiger :

« Le règlement ... **peut** exiger ... tout document utile à l'appréciation des capacités, ... notamment ... :

a) une note sur les **moyens techniques** et / ou **humains** en rapport avec l'objet du marché.

Si l'exécution du marché nécessite une qualification particulière ou des moyens techniques spécifiques, les documents de la consultation peuvent exiger la mention des **qualifications professionnelles** pertinentes des personnes physiques appelées à exécuter le marché ou l'indication des **caractéristiques particulières des moyens techniques** qu'il est prévu de mettre en œuvre dans le cadre du marché.

b) un ou plusieurs éléments relatifs à la capacité ou à la solidité **financière** de l'entreprise en rapport avec l'objet du marché, notamment **chiffres d'affaires**, éléments de bilan comptable, assurance professionnelle.

c) le cas échéant, les **références** des prestations en rapport avec l'objet du marché, qu'il a réalisées ou à la réalisation desquelles il a participé.

Au besoin, le règlement de la consultation peut préciser le nombre minimal ou maximal de ces références, leurs caractéristiques à détailler, et les justificatifs éventuels à produire.

Il peut enfin être exigé toutes autres pièces relatives à ses **obligations légales** ou à l'**habilitation** des personnes. »

Commentaires et recommandations

- ❖ La D424 permet de limiter le nombre de références présentées, leur ancienneté, et de préciser les éléments significatifs qu'on souhaite connaître, afin d'éviter les longues listes de références sur plusieurs années.
- ❖ Les références, l'absence de référence ou des expériences passées négatives ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour justifier des capacités d'un candidat, ou rejeter sa candidature.
 - Au-delà de la production d'une liste de références (prestations exécutées précédemment), certains acheteurs exigent des certificats récents de bonne exécution de prestations signés par les clients précédents.
 - Lorsque les références sont insuffisantes ou inexistantes, une qualification professionnelle (diplôme, etc...) et l'existence de moyens techniques adéquats peuvent suffire à prouver les capacités du candidat.
 - Pour information, l'article L2141-7 CCP permet l'exclusion de candidats, qui au cours des 3 dernières années, ont été sanctionnés (résiliation, versement de dommages et intérêts), mais avant l'exclusion, l'acheteur doit permettre au candidat de prouver que la situation sera différente pour le futur marché (cf. art L2141-11).

- ❖ (D424) Les motifs d'exclusion prévus à l'article 14-3 sont inclus dans l'attestation sur l'honneur de ne pas être en « situation d'incapacité juridique à soumissionner ». Voir § 5.4.2 du présent guide pour plus de détail.
- ❖ Le règlement de consultation doit être précis sur les éléments attendus en termes de capacité, et les moyens de preuve correspondants, ainsi que l'éventuel aménagement du caractère exhaustif de la justification des capacités.

Capacités juridiques :

- ❖ Pour les sociétés, il est recommandé d'exiger le K-bis, un extrait du registre du commerce et des sociétés (RCS) qui atteste de leur existence juridique, et qui permet de :
 - vérifier que les activités déclarées par la société correspondent au type de prestations du marché – *dans le cas contraire, la société est réputée ne pas être en capacité juridique de soumissionner.*
 - vérifier la situation de l'entreprise en termes de redressement ou de liquidation. Si elle est en redressement, elle doit justifier qu'elle a été autorisée à poursuivre ses activités.
 - connaître le nom des gérants, seuls habilités à engager la société, sauf s'ils ont donné procuration à d'autres personnes (directeur technique, secrétaire, ...) – cette procuration doit figurer dans l'offre.
- ❖ Si le candidat n'est pas immatriculé au registre du commerce et des sociétés (RCS), il doit justifier sa non-inscription en précisant son statut juridique, et fournir tout document attestant de l'existence juridique de son activité (*par exemple, inscription en tant que personne physique à la chambre des métiers et de l'artisanat*).

Capacités techniques :

- ❖ Les références (nom des contrats précédents, client, dates, montants), les certificats ou habilitations fixés par la réglementation, la qualification des personnels, les moyens techniques, et les autres éléments techniques demandés dans le dossier de candidature doivent correspondre aux prestations objet du marché.
- ❖ Si des enjeux particuliers de livraison ont nécessité de contraindre le délai global, l'acheteur public (ou son assistant technique) devrait inclure au DCE un planning détaillé indiquant le nombre minimal de personnes nécessaires et leur qualification, charge au candidat de démontrer que ses moyens humains y répondent.

Capacités financières :

- ❖ Si nécessaire compte tenu de l'ampleur du marché, l'acheteur public peut exiger, par exemple :
 - la présentation du chiffre d'affaires annuel sur les trois dernières années – il est alors recommandé d'indiquer dans le règlement, un chiffre d'affaires annuel plancher qui reflète la capacité financière nécessaire pour assumer la charge financière du marché pendant son délai d'exécution.¹
 - la présentation de la nature et du montant des garanties offerts par le contrat d'assurance professionnelle du candidat – indispensable en cas de risques de dégâts sur les propriétés voisines ou de risques particuliers liés au public usager des prestations du marché (exemple : transport collectif).

Exhaustivité de la démonstration des capacités

- ❖ Conformément aux articles 13-3 de la D136 et 13-7 de la D424, le candidat doit justifier qu'il dispose des capacités nécessaires à l'exécution de toutes les prestations du marché (ou du lot) sur lequel il soumissionne, soit par ses propres moyens, soit par l'intermédiaire d'un ou plusieurs sous-traitants qu'il doit alors identifier.
- ❖ Le règlement de la consultation peut toutefois aménager le caractère exhaustif de cette justification en précisant :
 - a. les catégories de prestations qui sont à justifier en priorité, avec la mention des chapitres du CCTP concernés, et de l'entreprise qui exécutera ces prestations (en tant que titulaire, cotraitant, ou sous-traitant) ;
 - b. les catégories de prestations où cette justification n'est pas nécessaire, s'agissant de prestations mineures pouvant être réalisées par de multiples sous-traitants pour un prix relativement stable sur le marché. *Exemple : travaux de géomètre pour l'implantation des ouvrages d'un chantier de travaux.*

Sous-traitance

- ❖ L'appréciation des capacités des sous-traitants est également requise ; souvent, compte tenu du caractère partiel de leur intervention, les justificatifs à produire se limitent à une déclaration du sous-traitant de participation à l'appel d'offres avec le soumissionnaire, un extrait K-bis, des références, et les moyens humains et techniques.
- ❖ (D424) Afin de garantir au maître d'ouvrage une responsabilité d'exécution directe, le règlement de la consultation peut préciser quelles sont les catégories de prestations qui ne pourront pas être sous-traitées.

¹ A titre d'information, dans le CCP, ce chiffre d'affaires plancher est limité à deux fois la charge financière représentée par l'exécution du marché.

3.3.5 – Critères et sous-critères de jugement des offres

« ... classement des offres recevables par ordre décroissant en se fondant sur une pluralité de critères clairement définis, non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

II - Ces critères peuvent porter notamment sur le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique ou le délai d'exécution.

D'autres critères comprenant des aspects notamment qualitatifs, environnementaux ou sociaux peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives notamment à l'économie, aux délais d'exécution, aux conditions de livraison, au service après-vente, à l'assistance technique, à la sécurité des approvisionnements et aux caractéristiques opérationnelles, de même qu'à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché et qu'elles se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie.

[Chacun des critères retenus fait l'objet d'une pondération. Les critères ainsi que leur pondération sont indiqués dans le règlement particulier d'appel d'offres]

[Chacun des critères retenus ainsi que les sous-critères éventuels font l'objet d'une pondération. Les critères, les sous-critères ainsi que leur pondération sont indiqués dans le règlement de la consultation.]

Dans le cas particulier où le marché public a pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un prestataire à l'autre, il est possible de se fonder sur le critère unique du prix. » (art 27-2 D136, complété et modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ Il est obligatoire de prévoir, en plus du critère du prix, au moins un critère supplémentaire (souvent, celui de la valeur technique de l'offre). La D424 permet de déroger à ce principe dans des conditions précises.
- ❖ Par rapport à la D136, la D424 introduit comme justification des critères de jugement des offres, les conditions d'exécution du marché, lesquelles peuvent se décliner en de multiples considérations.
- ❖ La D424 exige de préciser dans le règlement de consultation non seulement les critères, mais aussi les sous-critères, et leur pondération.
- ❖ Un critère ne peut être lié qu'à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, et ne doit pas être discriminatoire.
Ainsi, la politique interne en termes de développement durable, ou la certification (hors obligations réglementaires) d'un candidat ne peut être retenue comme critère, de même qu'un label.
- ❖ Le poids relatif de chaque critère doit être judicieusement choisi en fonction des objectifs de la consultation. En règle générale, le critère prix doit avoir la pondération la plus forte, autour de 50%.
 - Une pondération du prix très inférieure fait courir un risque important d'avoir une offre classée première beaucoup plus chère que la seconde.
 - A l'inverse, une pondération du prix supérieure à 70% a pour effet quasiment certain de neutraliser les autres critères et d'en revenir au système du moins-disant financier, censuré par la jurisprudence.
- ❖ Selon la jurisprudence, les références - qui sont examinées au stade de l'agrément des candidatures - ne peuvent servir comme critère de choix donnant lieu à notation des offres, sauf si la prise en compte de l'expérience des candidats est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations, et n'a pas d'effet discriminatoire¹.
 - L'article R2151-16 du CCP indique ainsi que la qualité de l'offre peut être évaluée sur la base du savoir-faire, de l'efficacité, de l'expérience ou de la fiabilité de l'équipe dédiée à l'exécution du marché.
 - Toutefois, il est fortement recommandé de s'appuyer sur les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques prévues pour l'exécution du marché plutôt que sur les références.
- ❖ En général, la notation de la valeur technique s'appuie sur un « mémoire technique » dont le contenu doit être précisé dans le règlement de la consultation. Certains acheteurs publics imposent un plan type pour ce mémoire.

¹ Cf. CE 2/08/2011, n°348254

Recommandations pour la pondération des critères

❖ Deux systèmes de pondération sont possibles :

1. **Pondération proprement dite** : chaque critère est noté sur une même note maximale, et les notes de chaque critère sont affectées du coefficient de pondération correspondant au critère, puis additionnées. Exemple :

- Critères pondérés = prix 50%, valeur technique 40%, délai 10%
- Note totale (sur 5) = 50% note prix (sur 5) + 40% note valeur technique (sur 5) + 10% note délai (sur 5)

2. **Pondération par les notes** : chaque critère est affecté d'une note maximale possible, et les notes de chaque critère sont tout simplement additionnées. Exemple :

- Notes maximales pour chaque critère = prix : 50 points, valeur technique : 40 points, délai 10 points
- Note totale (sur 100 points) = note prix (sur 50) + note valeur technique (sur 40) + note délai (sur 10)

⇒ Comparatif entre les deux systèmes (valeur technique notée sur échelle 0% - 25% - 50% - 75% - 100 %) :

Offre	Notation Prix (sur 5) Coeff. 60%	Notation V. technique (sur 5) Coeff 40%	Total (sur 5) (après pondérat°)	Classt
1	5,0	1,3	3,5	2
2	2,9	5,0	3,7	1
3	3,8	2,5	3,3	3

⇒

Offre	Notation Prix (max 60)	Notation V. technique (max 40)	Total (max 100)	Classt
1	60,0	13,3	73,3	2
2	34,2	40,0	74,2	1
3	45,1	26,7	71,8	3

⇒ Choix entre les deux systèmes :

Le 2^e système est préférable car il permet de visualiser directement les variations de note totale lorsque la note de chaque critère varie. Le 1^{er} système pâtit de l'étape intermédiaire de pondération par les coefficients.

Exemple de tableau des critères et sous-critères dans un règlement de consultation :

Critères	Sous-critères	Eléments particuliers notamment pris en compte dans le mémoire technique	Note maximale
Prix			50
Valeur technique			45
	Moyens humains	Précision des effectifs, de la qualification des personnels affectés à la réalisation des prestations (éventuellement en explicitant les technicité, fiabilité, compétence spécifiques développés sur des références précédentes ou actuelles de prestations similaires et qui peuvent être réutilisées pour exécuter ce marché) et du recours à la sous-traitance.	10
	Moyens matériels	Descriptif de la nature, de la capacité, de la fiabilité et de la qualité des moyens matériels affectés à la réalisation des prestations	10
	Organisation	Descriptif de la méthodologie, du process, du phasage, de l'encadrement, du contrôle et du pilotage de la sous-traitance, management qualité, SOPAQ	10
	Produits, matériels, matériaux	Précision du fournisseur, de la fiche technique, de la qualité, de la performance, du classement sur référentiels des produits, matériels et matériaux mis en œuvre	10
	Développement durable	Descriptif de la réduction des consommations, de la gestion des déchets, du recyclage, de la gestion des nuisances et de la protection de l'environnement, SOGED	5
Délais			5
TOTAL			100

Nota : rajouter la mention concernant le réajustement de la meilleure note à la valeur maximale (cf. fin du § suivant).

3.3.6 – Notation des offres

Méthode de notation

❖ Outre le fait de préciser les critères, les sous-critères et leur pondération (notation), il est recommandé ¹ de préciser la méthode de notation dans le règlement de consultation. Il y a au moins 3 familles de méthodes :

1. **Formule** : adaptée pour des critères **chiffrés** tels le prix, les rabais, les performances ou les délais. Exemples :
 - Pour un critère avec paramètre le plus bas possible (prix, prix après rabais sur prix public, délais, ...) :

$$\text{Note attribuée} = \text{note maximale du critère} \times (\text{paramètre le moins élevé parmi les candidats}) / (\text{paramètre du candidat analysé}).$$
 - Pour un critère avec paramètre le plus haut possible (performance, nombre d'heures de nettoyage, ...) :

$$\text{Note attribuée} = \text{note maximale du critère} \times (\text{paramètre le plus élevé parmi les candidats}) / (\text{paramètre du candidat analysé}).$$
 - Pour un critère prix dont on veut que les différences soient plus marquées, parce qu'on prévoit que les offres de prix seront très serrées :

$$\text{Note attribuée} = \text{note maximale du critère} \times [(\text{paramètre le moins élevé parmi les candidats}) / (\text{paramètre du candidat analysé})]^2$$
 - Nota : les méthodes de notation incluant l'estimation administrative sont proscrites par la jurisprudence.
2. **Echelle de notation** : adaptée pour des critères ou sous-critères **qualitatifs**, lorsqu'on souhaite introduire des « pas » (distances) de notation qui différencient mieux chaque offre. Exemple :

Note attribuée = note maximale du sous-critère x coefficient de l'échelle de notation ci-dessous.

- Réponse très satisfaisante (excellente) : 100 % de la note maximale
- Réponse satisfaisante (bonne) : 75 % de la note maximale
- Réponse passable (moyenne) : 50 % de la note maximale
- Réponse insuffisante (médiocre) : 25 % de la note maximale
- Eléments non fournis ou inexploitable : 0 % de la note maximale

3. **Notation au point près** : adaptée pour des critères ou sous-critères **qualitatifs**, lorsqu'on souhaite noter précisément, en fonction des éléments communiqués par les candidats.
 - Nota : dans ce type de notation, il convient de détailler précisément le contenu attendu dans l'offre à remettre par chaque candidat, sinon la notation pourrait être rendue difficile et contestable dans le cas d'un mémoire technique de candidat pléthorique vis-à-vis des autres candidats.

Règle d'arrondi

❖ Préciser les règles d'arrondi des notes dans le règlement de la consultation. Dans un système à 100 points, l'arrondi à la 1^{ère} décimale est suffisant.

Précaution pour le cas où aucun soumissionnaire n'atteint la note maximale d'un critère

❖ Indiquer dans le règlement de consultation que : « Afin de ne pas fausser le poids relatif des critères, l'offre ayant la notation la plus élevée pour un critère donné, doit bénéficier in fine de la note maximale prévue pour ce critère, à la suite de quoi les notes de toutes les offres pour ce critère doivent être recalculées proportionnellement. »

Exemple d'impact pour des critères prix et valeur technique notés respectivement sur 60 maxi (formule) et 40 maxi (échelle de notation 0% - 25% - 50% - 75% - 100 %) avec note valeur technique à réajuster à la valeur maximale :

Offre	Notation Prix (max 60)	Notation V. technique (max 40)	Total (max 100)	Classt	⇒	Offre	Notation Prix (max 60)	Notation V. technique (max 40)	Total (max 100)	Classt
1	60,0	10,0	70,0	1		1	60,0	13,3	73,3	2
2	34,2	30,0	64,2	3		2	34,2	40,0	74,2	1
3	45,1	20,0	65,1	2		3	45,1	26,7	71,8	3

¹ Même si ce n'est pas une obligation réglementaire, voir CE, 31 mars 2010, n° 334279, Collectivité territoriale de Corse

3.3.7 – Estimation, mini, maxi des marchés à commandes, à bons de commandes, et marchés cadres

3.3.7.1 - Contexte : marchés à prix unitaires avec volume de prestations incertain

❖ Pour certaines prestations, bien que la nature des besoins et les spécifications techniques attendues soient déterminées avec précision, l'étendue des besoins et le rythme de leur survenance ne sont pas connus à l'avance.

Exemples :

- prestations intellectuelles d'accompagnement évènementiel (planning évènementiel évolutif) ;
- maintenance préventive et curative - automobiles, climatiseurs, etc... - (aléas de panne) ;
- entretien d'espaces verts ou d'abords routiers (besoin aléatoire fonction de la météo) ;
- approvisionnement de carburant, livraison et montage de mobiliers, livraison de fournitures de bureau, livraison et mise en service d'ordinateurs, ... (dépend de l'activité des services) ;
- nettoyage de locaux, gardiennage de locaux (dépend de l'évolution des services) ;
- démantèlement d'habitat illégal (dépend de l'activité des contrevenants).

❖ La RMP prévoit pour ce type de prestations les formes de marchés suivantes (cf. § 3.2.1 du présent guide) :

- les marchés à commandes, les marchés de clientèle – sous le régime de la D136 ;
- les marchés à bons de commande, les marchés cadres – sous le régime de la D424.

❖ En général, ce type de marché inclut les **prix unitaires** des prestations à commander dès que le besoin survient.

3.3.7.2 - Comparaison des offres : détail estimatif test

❖ Afin d'avoir une comparaison rationnelle des offres des différents soumissionnaires, il est indispensable de comparer, non pas les prix unitaires entre eux, mais un « détail estimatif test » (DE test) censé représenter le volume de prestations probable qui sera exécuté pendant la vie du marché :

- chacun des prix unitaires est multiplié par une quantité probable de prestations – déterminée par l'acheteur public par mesure d'égalité de traitement - pendant la période de référence du marché ;
- la somme de ces prix donne le total du détail estimatif.

❖ Les quantités incluses dans ce DE test doivent correspondre à un scénario d'exécution du marché le plus réaliste possible, faute de quoi la mise en compétition serait faussée. Quelques méthodes, par ordre de préférence :

- se référer aux quantités moyennes des 3 dernières années (nettoyage, pannes, commandes, etc...) ;
- si les prix unitaires peuvent être estimés de manière fiable, on peut faire des extrapolations de quantité calculées de façon à respecter un total budgétaire annuel plafond ;
- plusieurs détails estimatifs test représentant plusieurs scénarios peuvent également être prévus, avec pondération entre les scénarios (probabilité), ou tirage au sort (cas de scénarios réels très aléatoires).

❖ Le DE test complété avec les prix unitaires estimés par l'acheteur public, sert d'estimation administrative.

❖ Une fois le marché attribué, le DE test du candidat retenu sert de base à l'engagement financier du marché.

3.3.7.3 – Minimum, maximum ou non

❖ Suivant le type de marché, on peut prévoir un minimum et un maximum de prestations, en volume ou en montant, sur une période déterminée dans le marché.

- Le minimum permet au candidat de bien dimensionner ses prix unitaires ;
- Le maximum plafonne l'étendue des besoins pour ne pas remettre en cause le scénario prévu ;
- NOTA : En cas de marchés multi-titulaires ou de marchés cadres, il semble pertinent de ne prévoir ni minimum ni maximum, compte tenu de la difficulté à prévoir la répartition des commandes.

❖ Le minimum et le maximum doivent être fixés dans le marché avant le lancement de la consultation, et le DE test de l'offre retenue devra se situer entre le minimum et le maximum (cohérence du scénario) ⇒ Principes à retenir :

- Minimum à - 40% de l'estimation administrative (possibilité d'offres très basses et de budget réduit),
- Maximum à + 30% de l'estimation administrative (possibilité d'offre mieux-disante plus haute),
- Coefficient entre mini et maxi = 1,3 / 0,60 = 2,2.
- En résumé : montant maxi (éventuellement égal au budget plafond) au moins à + 20% de l'estimation administrative, et coefficient maxi / mini supérieur à 2.

3.3.8 – Critère du caractère inacceptable de l'offre

« Une offre est inacceptable lorsque son prix excède le seuil défini par le règlement de la consultation, en référence à l'estimation administrative ou aux ressources financières allouées au marché, retenues par le maître d'ouvrage avant le lancement de la procédure. » (art 27-1 D424)

Bonnes pratiques

- ❖ Le seuil de l'offre inacceptable doit faire référence soit à l'estimation administrative soit aux « ressources financières allouées au marché » (solution utile quand il est difficile d'avoir une estimation fiable), le montant de ces références n'étant pas communiqué aux candidats, mais devant être fixé, par exemple sur un rapport interne, avant le lancement de la consultation. Exemple : *Une offre est inacceptable si elle est*
 - supérieure à 125% de l'estimation administrative
 - supérieure à 95% des ressources financières allouées au marché.
- ❖ Ce seuil d'inacceptabilité peut être précisé lot par lot, en fonction de la fiabilité des estimations, ou en fonction de la politique de restriction budgétaire de la collectivité, ce qui permet de moduler le seuil selon la complexité technique ou la difficulté d'estimer chaque lot, et de sécuriser le rejet de certaines offres excessives pour des petits lots alors même que le total des offres tous lots confondus respecterait l'enveloppe.
- ❖ Sous le régime de la D424, l'absence de ce seuil dans le règlement de la consultation rend impossible la caractérisation d'une offre inacceptable, ce qui rend impossible d'éliminer une offre du fait de son prix excessif.
- ❖ Lorsque le marché est rémunéré sur prix unitaires, il convient de vérifier que le bordereau des prix unitaires et le détail estimatif soient sans erreur, sinon il faudra corriger le montant indiqué dans l'acte d'engagement avant d'appliquer ce critère.

3.3.9 – Critère d'équivalence

« Lorsque des marchés portent en tout ou partie sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des entreprises [du secteur des métiers] [immatriculées au répertoire des métiers de la Nouvelle-Calédonie, ou au répertoire d'identification des entreprises et des établissements de Nouvelle-Calédonie] la collectivité territoriale ou l'établissement public ou les membres d'un groupement de commandes ou le coordonnateur de ce groupement doit - préalablement à la mise en concurrence - définir les travaux, fournitures ou services qui, par lots entiers, à ce titre et dans la limite du quart du montant de ces prestations, dans le cas d'appel d'offres, à équivalence d'offres définie dans le règlement de la consultation, seront attribués de préférence à tous autres soumissionnaires aux entreprises immatriculées au répertoire des métiers de la Nouvelle-Calédonie ou au répertoire d'identification des entreprises et des établissements de Nouvelle-Calédonie.

Lorsque les marchés portent, en tout ou en partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue à l'alinéa précédent, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux au profit des artisans d'art inscrits au répertoire des métiers et ayant le titre correspondant.

En cas d'appel d'offres, s'il s'agit d'offres susceptibles d'être retenues et jugées équivalentes dans les conditions définies par le règlement de la consultation, [il peut être demandé] [la commission d'appel d'offres peut demander] à ces candidats de présenter de nouvelles offres ou de préciser ou compléter la teneur de leur offre. » (art 14-1 D136, complété par la D424)

« [Dans le cas où plusieurs offres seraient tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission de dépouillement pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres.]

[S'il est impossible de départager certains concurrents pour l'attribution du marché parce qu'ils présentent des offres tenues pour équivalentes selon les termes fixés par le règlement de la consultation, la commission d'appel d'offres peut :

- soit proposer d'attribuer le marché à celui de ces concurrents dont l'offre est la moins onéreuse ;
- soit, pour départager ces concurrents, leur demander de présenter de nouvelles offres. Celles-ci sont soumises aux mêmes procédures de dépouillement et d'analyse que les offres initiales.] » (art 28 D136, modifié par la D424)

Commentaires

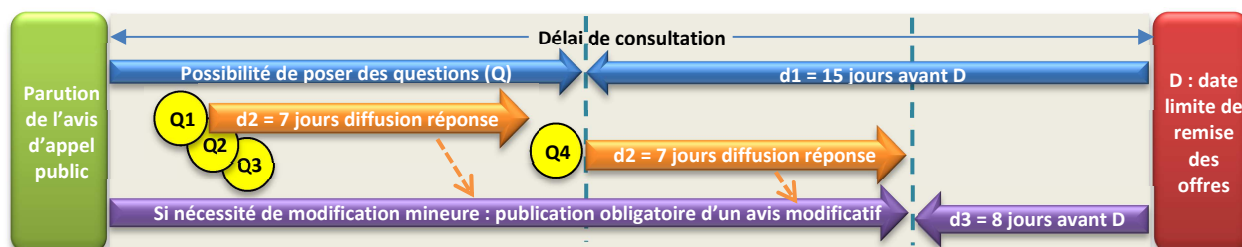
- ❖ (D424) Les situations d'équivalence ci-dessus imposent de fixer, dans le règlement de consultation, le critère d'équivalence de deux offres. A défaut, ces dispositions deviennent inopérantes. Exemples de rédaction :
 - « Des offres sont réputées équivalentes si l'écart entre leurs notes globales est inférieur ou égal à 0,5 points ».
 - « Des offres sont réputées équivalentes si l'écart entre leur prix n'excède pas 3 % et qu'elles obtiennent la même note cumulée sur les autres critères de jugement ».

3.3.10 – Visite des lieux

- ❖ Ne formaliser de visite des lieux que si c'est strictement nécessaire, par exemple lorsque le lieu d'exécution du marché présente des particularités qu'il faut absolument apprécier in situ pour formaliser l'offre (travaux en service ouvert, ou avec des difficultés d'accès, appréciation des conditions d'installation de chantier, etc...).
- ❖ Dans le contexte ci-dessus, il est possible d'imposer aux candidats de remettre un certificat de visite des lieux dans leur soumission (dossier de candidature). Risques à gérer :
 - Le défaut de cette pièce dans le dossier rend la soumission irrégulière.
 - S'assurer de l'accessibilité permanente des lieux (correspondant sur place, personne référente prête à se déplacer à la demande, accès réglementé, coordonnées des personnes à contacter avant visite, etc...) ;
 - S'assurer que la personne qui fait la visite ne donne pas d'informations privilégiées ou différentes aux différents visiteurs – principe : maintenir une juste concurrence ;
 - Il est préférable de ne pas donner de réponse aux questions sur le DCE, les poser par écrit.
- ❖ Il est possible de prévoir à l'avance une ou plusieurs visites collectives pour des raisons de gestion du temps :
 - Indiquer directement dans l'avis de consultation les dates, heures, point de rendez-vous et obligation de confirmer sa participation à un contact par email, pour chaque visite ;
 - Privilégier un scénario à plusieurs visites, pour éviter les ententes ultérieures entre candidats présents ;
 - Privilégier des visites non obligatoires, pour ne pas être obligé d'écarter des candidats absents.
- ❖ En général, l'acte d'engagement indique que le soumissionnaire a visité les lieux (sous sa propre responsabilité) ; il est préférable de lui laisser l'initiative pour le faire, tout en lui fournissant les conditions d'accès aux lieux.

3.3.11 - Questions, réponses, modifications

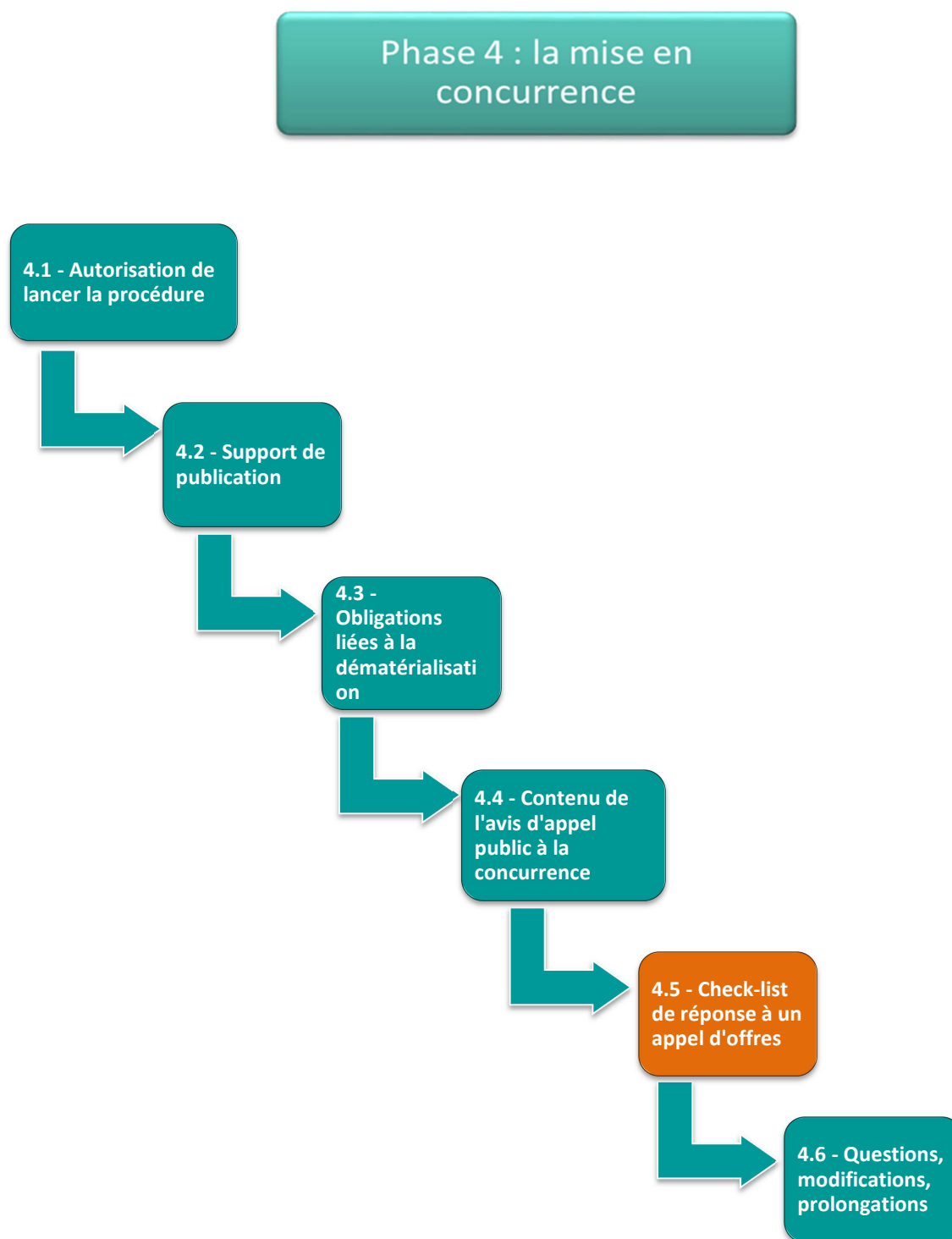
- ❖ En théorie, les spécifications du DCE étant définies aussi exactement que possible, il ne devrait y avoir ni question, ni modification en cours de consultation, mais la réalité est toute autre.
- ❖ Il convient donc de définir *dans le règlement de la consultation*, à l'intérieur du délai de consultation¹ :
 - une échéance limite pour recevoir les questions par écrit (avec une adresse de réception des questions, souvent par email), conçue comme un délai (d1) précédant la date limite de remise des offres D ;
 - un délai (d2) laissé à l'acheteur pour communiquer les réponses à tous les candidats en même temps ;
 - une échéance limite pour modifier de façon mineure le DCE ou les conditions de consultation (délai, visite, etc...), conçue en général comme un délai (d3) précédant la date limite de remise des offres D.
- ❖ Dans le cas d'un appel public, la publication d'un avis modificatif est obligatoire en cas de modification, *même mineure*, du DCE ou des conditions de la consultation (visites, date limite de remise des offres, etc...). Dans les autres cas, tous les candidats consultés doivent être informés de ces modifications, en même temps.
- ❖ Les questions posées pouvant entraîner une modification du DCE et donc la diffusion d'un avis modificatif, il convient d'articuler convenablement ces échéances et délais. *Illustration / exemple pour un appel public* :



- ❖ Les délais d1, d2 et d3 ne sont pas réglementés, et doivent être déterminés de manière pragmatique.
- ❖ Toute modification du DCE, qui entraînerait pour les soumissionnaires de reconsidérer leur offre en globalité ou d'une manière significative, devra faire l'objet de la diffusion d'un avis modificatif, qui prolonge le délai de remise des offres de manière suffisante par rapport à l'ampleur présumée de la modification des offres.

¹ Lorsque la date limite de remise des offres D est décalée, ces échéances sont automatiquement translatées en fonction de D.

PHASE 4 : LA MISE EN CONCURRENCE (procédures d'appel d'offres)



4.1 – AUTORISATION DE LANCER LA PROCÉDURE DE MARCHÉ

4.1.1 - Autorisation liée à l'inscription budgétaire

- ❖ Il n'y a pas d'obligation réglementaire de prendre une délibération pour autoriser le lancement d'une procédure¹.
- ❖ De manière générale, l'inscription au budget de la collectivité ou de l'établissement public, voté par son organe délibérant, équivaut à une autorisation de lancer les procédures de passation du ou des marchés correspondants. L'inscription budgétaire nécessaire au marché peut se présenter sous diverses formes (*exemples*) :
 - ⇒ inscription de crédits sur une ligne budgétaire à l'intitulé général : « Entretien de bâtiments » - un marché annuel à bons de commande pour le nettoyage des façades fera alors référence à cette ligne de crédit ;
 - ⇒ inscription d'une opération « réfection des trottoirs de l'esplanade de la mairie » qui durera quelques mois à l'intérieur de l'année concernée par le budget, avec un montant de crédits de paiement (30 MF) ;
 - ⇒ inscription d'une opération « construction du musée de la Ville », qui durera plusieurs années, avec un montant d'autorisation de programme² (900 MF), et de crédits de paiement (15 MF) pour l'année concernée.

4.1.2 – Autorisation de l'exécutif (voir aussi § 6.2 du présent guide)

- ❖ **Pour la Nouvelle-Calédonie** – cf. loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (LO)
 - ⇒ Le président du gouvernement « est ordonnateur des dépenses de la Nouvelle-Calédonie. Il signe tous les contrats au nom de celle-ci. » (article 134 LO).
 - ⇒ Le président du congrès « est ordonnateur des dépenses ... du congrès » (article 70 LO).
 - ⇒ Dans la délibération du congrès relative au budget, un article précise que « les ordonnateurs du budget de la Nouvelle-Calédonie sont autorisés, chacun en ce qui le concerne, à **lancer** les opérations, passer les marchés et avenants, ... signer ... tous contrats et avenants, ... dans la limite des inscriptions budgétaires. »
- ❖ **Pour les provinces** – cf. articles 177-1 à 177-2 LO
 - ⇒ Le président de l'assemblée peut recevoir délégation, pour la durée de son mandat, de l'assemblée de province, pour **lancer** et signer les marchés et leurs avenants lorsque les crédits sont inscrits au budget.
 - ⇒ Si la délégation précédente n'est pas mise en œuvre, la délibération de l'assemblée chargeant le président de souscrire un marché déterminé peut être prise **avant le lancement** de la procédure de passation, et comporte obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché³.
 - ⇒ Hormis les cas précédents, l'assemblée de province peut déléguer à son bureau de prendre les délibérations autorisant l'exécutif à signer chaque marché (préciser l'identité de l'attributaire et le montant du marché).
- ❖ **Pour les communes** - cf. articles L122-19 à L122-21 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie :
 - ⇒ Le Maire peut recevoir délégation, en tout ou partie et pour la durée de son mandat, du conseil municipal pour **lancer** et signer les marchés de gré à gré de montant inférieur à 40 MF (cf. art 35.9° D136, et 35-1, 2° et 3° D424).
 - ⇒ Par ailleurs, la délibération du conseil municipal chargeant le maire de souscrire un marché déterminé peut être prise **avant le lancement** de la procédure de passation de ce marché. La délibération comporte alors obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché³.
 - ⇒ Si ces délégations permanente ou anticipée ne sont pas mises en œuvre, la délibération du conseil municipal autorisant le Maire à signer le marché doit comporter l'identité de l'attributaire et le montant du marché.
- ❖ **Pour les établissements publics et les groupements d'intérêt public (GIP) « locaux »**
 - ⇒ Sauf dispositions statutaires plus précises, la délibération du conseil d'administration autorisant l'exécutif (président du conseil d'administration ou directeur de l'établissement public – cf. article 209-18 LO) à signer le marché doit comporter au minimum l'identité de l'attributaire et le montant du marché.

¹ Cf. CE, 4 avril 1997, n° 151275 (cf. art L122-19, 6° du code des communes de Nouvelle-Calédonie).

² Une autorisation de programme (AP) ou une autorisation d'engagement (AE) correspond au montant maximal de dépenses autorisé, en investissement ou en fonctionnement, pour un projet spécifiquement déterminé, cumulé sur toutes les années que durera ce projet. La somme cumulée des crédits de paiement (CP) inscrits au budget de chaque année pour ce projet ne peut dépasser le montant de l'AP/AE.

³ L'inconvénient est que la délibération de l'assemblée de province ou du conseil municipal, votée publiquement et publiée, renseigne les opérateurs économiques sur le montant estimé du marché.

4.2 – SUPPORT DE PUBLICATION

D 136

« L'avis d'appel d'offres est publié vingt jours au moins avant la date limite fixée pour la réception des soumissions. Ce délai peut être réduit à dix jours, en cas d'urgence particulière.

Cette publicité s'effectue par voie d'insertion dans une publication locale habilitée à recevoir les annonces légales et, le cas échéant, par diffusion sur le profil acheteur du maître d'ouvrage, ou par voie d'affichage ou par tout autre moyen de publicité tel que par radiodiffusion.

Par « profil d'acheteur » il faut entendre le site (ou plate-forme) mis en ligne sur une adresse web qui centralise les outils nécessaires à la dématérialisation des procédures de passation et mis à disposition, via internet, des opérateurs économiques. » (art 25 D136)

Commentaires :

- ❖ La D136 exige au minimum une insertion dans une publication locale habilitée à recevoir les annonces légales.
- ❖ L'arrêté n° HC/DLAJ/BAJE/2018-77 du 31 décembre 2018 fixe pour l'année 2019, la liste des journaux habilités à recevoir les annonces judiciaires et légales¹, (en abrégé, journaux d'annonces légales JAL), comme suit : « Les Nouvelles Calédoniennes », « Actu.nc », « Demain en Nouvelle-Calédonie – DNC ».
- ❖ Pour le calcul des 20 jours, on ne prend pas en compte ni le jour de la 1^{ère} publication, ni le jour de la date limite de remise des soumissions (principe dit des 20 jours « francs »).
- ❖ Ce n'est pas la date d'envoi à la publication qui compte, mais la publication effective de l'avis sur le JAL. Il faut anticiper l'envoi à la publication pour tenir compte du délai technique d'insertion par le JAL (souvent 48 h).

D 424

« Par appel public, on entend un appel à candidatures, un appel d'offres, ou de manière générale un appel public à concurrence.

L'avis d'appel public est publié vingt jours au moins avant la date limite fixée pour la réception des soumissions. Ce délai tient compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux candidats pour préparer leur soumission.

Cette publicité s'effectue :

- soit par voie d'insertion dans une publication locale habilitée à recevoir les annonces légales.
- soit par diffusion dématérialisée sur une plateforme habilitée par arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie². » (art 25 D424)

Commentaires :

- ❖ La D424 supprime le délai d'urgence de 10 jours, harmonise les délais pour tout type d'appel public (20 jours), et donne le choix de restreindre le support de publicité à une plateforme dématérialisée habilitée.
- ❖ IMPORTANT : le délai de consultation doit tenir compte « de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux candidats pour préparer leur soumission ». En règle générale, il convient de respecter un délai moyen de 4 semaines. Un délai supérieur allant jusqu'à 9 semaines peut être nécessaire lorsque le marché est complexe (construction d'un lycée, ...), lorsqu'il nécessite des études de vérification / chiffrage poussées (conception-réalisation), ou encore lorsqu'il faut mobiliser des partenaires hors territoire (spécialités).
- ❖ Voir commentaires ci-dessus pour la liste des journaux d'annonces légales (JAL), le calcul des 20 jours de délai minimal (20 jours « francs »), et l'anticipation nécessaire pour l'envoi à la publication.
- ❖ En Nouvelle-Calédonie, il y a 2 plateformes de publication habilitées², auxquelles peuvent adhérer les acheteurs soumis à la RMP :
 - www.marchespublics.nc, portée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;
 - www.marchespublics.province-nord.nc, portée par la province Nord.
- ❖ Nota : en fin de procédure, l'avis d'attribution devra être publié sur les mêmes supports de publication que ceux utilisés pour l'appel public initial. (cf. art 28-2 D424).

¹ Cet arrêté rappelle les conditions pour qu'un journal soit habilité : être publié en Nouvelle-Calédonie, faire l'objet d'une vente effective par abonnements, dépositaires ou vendeurs, ne pas consacrer à la publicité plus des deux tiers de leur surface, paraître depuis plus de six mois au moins une fois par semaine, justifier d'une diffusion d'au moins 2 500 exemplaires.

² Arrêté n° 2019-2783/GNC du 31 décembre 2019 relatif à l'habilitation des plateformes de dématérialisation des procédures de consultation des marchés publics. Cet arrêté définit également les fonctionnalités et exigences minimales nécessaires à l'habilitation d'une plateforme.

4.3 – OBLIGATIONS LIÉES A LA DÉMATÉRIALISATION

« I - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les documents et les pièces nécessaires [peuvent] [sont] établis sous format papier ou électronique [, et la signature apposée peut être respectivement manuscrite ou électronique].

[Le procédé de signature électronique mis en œuvre est conforme aux dispositions de l'article 1316-4 du code civil et les modalités sont fixées par arrêté du gouvernement]

II - Le mode de transmission retenu pour chaque marché public est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence et, à défaut, dans les documents de la consultation.

Dans l'hypothèse où plusieurs modes de transmission sont autorisés, le candidat conserve sur l'ensemble de la procédure, celui qu'il aura initialement choisi pour ses échanges de documents avec le maître d'ouvrage.

III - La maîtrise d'ouvrage peut imposer, pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 20 000 000 francs CFP hors taxes, la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

La maîtrise d'ouvrage est tenue, obligatoirement, pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 40 000 000 francs CFP hors taxes :

- de mettre à disposition de manière électronique l'avis de publicité, le dossier de consultation des entreprises ;
- d'accepter les offres transmises par voie électronique. » (art 15 D136, avec plusieurs morceaux supprimés par la D136)

A retenir :

- ❖ Trois modes de réponses sont possibles, l'acheteur public doit préciser le mode qu'il retient dans le règlement :
 - Uniquement offre papier (sous le seuil de 40 MF)
 - Uniquement offre dématérialisée (à partir de 20 MF)
 - Possibilité d'offre papier ou dématérialisée au choix du candidat ;
- ❖ Les mêmes possibilités et seuils s'appliquent aux modalités de retrait du DCE.
- ❖ A partir de 40 MF TTC (D136) HT (D424), l'acheteur est tenu de mettre à disposition de manière électronique l'avis de publicité, le dossier de consultation des entreprises, et d'accepter les offres transmises par voie électronique.
- ❖ La D424 supprime les mentions relatives à la signature de l'offre et au procédé de signature électronique sécurisée. L'acheteur public peut toutefois imposer, dans le règlement de la consultation, une signature physique par une personne habilitée, ou une signature électronique sécurisée, et en faire un motif de rejet.
- ❖ Si la signature physique ou électronique sécurisée n'est pas exigée dans le règlement de la consultation, il convient de prévoir dans le même règlement que l'acheteur public pourra demander à tout candidat présentant une offre non signée (physiquement ou électroniquement) de signer l'offre, éventuellement rematérialisée, dans un délai déterminé, afin de garantir l'engagement juridique du candidat.

Commentaires :

- ❖ L'arrêté n° 2013-347/GNC du 12 février 2013 modifié le 24 décembre 2019, relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics précise, pour les plis électroniques, les points suivants :
 - les documents de la consultation peuvent exiger une signature électronique sécurisée (cf. décret n° 2001-272 du 30/03/2001). Voir liste de fournisseurs de certificats électroniques sur le site www.marchespublics.nc ;
 - une « copie de sauvegarde » peut être fournie au cas où l'offre électronique ne peut être ouverte (art. 7, 8).
- ❖ Il convient de tenir compte du fait que la plateforme du gouvernement permet de déposer une offre avec ou sans signature sécurisée, alors que la plateforme de la province Nord exige une signature électronique sécurisée.
- ❖ En Nouvelle-Calédonie, il y a 2 plateformes de publication habilitées, auxquelles peuvent adhérer les acheteurs soumis à la RMP :
 - www.marchespublics.nc, portée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;
 - www.marchespublics.province-nord.nc, portée par la province Nord.
- ❖ L'arrêté n° 2015-2863/GNC du 8 décembre 2015 fixant les tarifs d'hébergement sur la plateforme de dématérialisation des marchés publics de la Nouvelle-Calédonie a été remplacé par une délibération n° 57 du 14 janvier 2020 modifiant ces tarifs et permettant son utilisation par les acheteurs publics soumis à la RMP et au CCP, et par les acheteurs privés listés par arrêté du gouvernement, pour leurs projets financés directement et en tout ou partie par des fonds publics sous réserve de se conformer aux principes de la commande publique.
- ❖ (D424) L'avis d'attribution doit être publié sur le support de publication initial (cf. art 28-2 D424).

4.4 – CONTENU DE L'AVIS D'APPEL À LA CONCURRENCE

D 136

« L'avis d'appel d'offres fait connaître :

- 1°) - l'objet du marché ;
- 2°) - le lieu où tout intéressé peut prendre connaissance des cahiers des charges et de toute documentation technique susceptible de l'éclairer dans l'établissement de son offre ;
- 3°) - les conditions auxquelles doivent répondre les offres et notamment le modèle suivant lequel elles doivent être présentées ;
- 4°) - le lieu et la date limite de réception des offres ;
- 5°) - le délai pendant lequel les candidats resteront engagés par les offres ;
- 6°) - le cas échéant :
 - a) les éléments de l'offre dont il sera particulièrement tenu compte lors du dépouillement pour l'attribution du marché ;
 - b) si les concurrents ont la possibilité de présenter des variantes au projet de l'administration ;
 - c) les justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées des soumissionnaires ;
 - d) le lien internet permettant de télécharger l'ensemble des pièces du marché.

En cas d'appel d'offres restreint, seules les indications référencées aux paragraphes 1° à 5° du présent article sont obligatoirement portées à la connaissance des candidats. Les éléments d'information visés au paragraphe 6° ainsi que des références particulières sont demandées en cas de besoin. » (art 25 D136)

Commentaires :

- ❖ Dans la pratique, admise par la jurisprudence, les mentions figurant aux 3°, 6°a, 6°b et 6°c, ne sont pas indiquées dans l'avis d'appel d'offres mais figurent bien dans le règlement d'appel d'offres mentionné par l'avis. C'est pourquoi la D424 a simplifié les mentions obligatoires, ce qui signifie implicitement que tous les autres détails sont contenus dans les « documents de la consultation ».

D 424

« Par appel public, on entend un appel à candidatures, un appel d'offres, ou de manière générale un appel public à concurrence.

(...)

L'avis d'appel public fait connaître :

- 1°) - l'objet du marché ;
- 2°) - les modalités par lesquelles tout intéressé peut prendre connaissance des documents de la consultation ;
- 3°) - les modalités ainsi que la date et l'heure limite de réception des soumissions.

Cet avis d'appel public est transmis aux services de la Nouvelle-Calédonie en charge de l'observatoire des marchés publics lors de l'envoi à publication. » (art 25 D424)

Commentaires :

- ❖ La D424 simplifie le contenu en n'exigeant que le strict nécessaire, et en utilisant des termes génériques :
 - « *appel public* » = appel à candidatures, appel d'offres ou appel public à concurrence, selon la procédure de mise en compétition choisie par l'acheteur ;
 - « *documents de la consultation* » = dossier de consultation, incluant le règlement de la consultation, le projet de marché à signer et compléter, les cahiers des charges, etc....
 - « *les modalités de prise de connaissance des documents de consultation* » = l'adresse physique ou dématérialisée où il est possible de les consulter ou les retirer ;
 - « *les modalités... de réception des soumissions* » = le lieu de réception, les modalités de réception (remise contre récépissé, envoi par la Poste, transmission d'une offre électronique, ...)
- ❖ La notion d'appel « public » implique que la « publicité » se fait par un moyen de diffusion auquel tous les opérateurs économiques sont réputés avoir accès.

Recommandation :

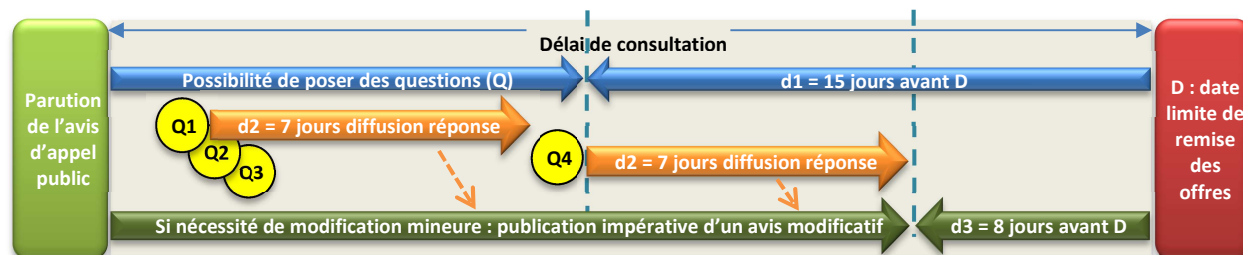
- ❖ Indiquer la date et l'heure limites de remise des offres uniquement dans l'avis d'appel public, pas dans le règlement (redondance, et risque d'incohérence en cas de modification). Le règlement de la consultation fera référence aux « date et heures limites de remise des offres indiquées à l'avis d'appel public ou ses modificatifs. »

4.5 – **CHECK-LIST DE REPONSE A UN APPEL D'OFFRES** (non exhaustive)

Point à analyser par le candidat	Incidence	§ guide
Parutions des appels d'offres	Organiser sa veille : presse habilitée, plateformes de publication	4.2 – 4.3
Règles relatives à la concurrence	En cas d'appartenance à un groupe, décider de la stratégie.	3.3.1
Exclusion des marchés publics	Vérifier que l'on n'entre pas dans un des cas de l'article 14-3 D424.	5.4.2
Qui peut signer l'offre ?	Si quelqu'un d'autre que le gérant cité au K-bis signe l'offre, joindre une délégation de signature générale ou circonstanciée.	5.4.1 – 5.4.2
Règlementation des marchés publics applicable : D136 ou D424	La D424, plus souple, entre en vigueur après le 1 ^{er} janvier 2020 mais son usage peut être anticipé si le DCE le mentionne. <i>Exception : gré à gré D136 si appel d'offres infructueux sous D136.</i>	(Page 10)
Document : avis d'appel d'offres (AAO)		
Remise des offres : format papier et / ou format électronique.	S'il est exigé ou s'il est possible de déposer une offre électronique, vérifier si une signature électronique sécurisée est exigée.	4.3
Visite des lieux	Vérifier si cette visite est obligatoire, avec émission d'un certificat de visite qui doit être joint à l'offre.	3.3.10
Comment récupérer le DCE	Recommandation forte : donner son adresse email, s'inscrire sur la plateforme de publication, pour être informé des modifications.	
Date et heure limite de remise des offres	Obligation réglementaire : délai minimal de 20 jours entre la 1 ^{ère} publication et la date limite de remise des offres.	4.4
Lieu de remise des offres	Le repérer à l'avance pour éviter de se perdre au dernier moment	4.4
Document : règlement de la consultation (ou « règlement particulier de l'appel d'offres » RPAO)		
Forme particulière du marché	En cas de marché de prestations récurrentes avec minimum et maximum, ajuster les prix unitaires en fonction du minimum.	3.2.1 – 3.3.7
Allotissement et forme des réponses	Peut-on soumissionner à un ou plusieurs lots ? A l'ensemble du marché ? En cas de réponse non conforme, élimination.	3.2.2 – 3.2.4
Variantes, options : autorisées ou interdites ?	Ne pas répondre à des variantes ou options obligatoires a pour conséquence le rejet global de l'offre. Une variante ou option non autorisée est simplement écartée.	3.3.3
Tranches	S'il y a plusieurs tranches, il faut répondre sur toutes les tranches	3.2.3
Liste des pièces relatives à la candidature (+ sous-traitants)	Elles servent à prouver les capacités juridiques, financières, techniques. En oublier une peut conduire à une élimination.	3.3.4 - 5.4
Liste des pièces de l'offre (projet de marché, mémoire technique)	Oubli d'une pièce de l'offre relative au prix, aux délais, oubli du mémoire technique = élimination sans régularisation possible.	3.1 – 5.3 à 5.5
Critères, sous-critères, notation des offres	Articuler l'offre, et notamment le prix et le mémoire technique de manière à répondre précisément sur les éléments ciblés.	3.3.5 – 3.3.6
Critères ou clauses d'insertion sociale ou professionnelle	Vérifier si l'un des critères porte sur ce point, et si le cahier des charges prescrit des clauses à ce sujet. Démarches à engager.	3.3.2
Questions, réponses, modification	Question posée hors échéances limites : pas de réponse.	3.3.11
Documents : acte d'engagement, CCAP, CCTP, etc...		
Signature, paraphes, coches, etc...	En cas de réponse incorrecte formellement, risque d'élimination	5.3 à 5.5
Caractère des prix, acomptes	Incidence sur la formation du prix « au plus juste » (compétitivité)	3.2.6 – 3.2.8
Avances, avec caution ou non	En cas de caution exigée, vérifier ses capacités avec sa banque.	3.2.7
Délais – fixés par qui ? Plafonds ?	En cas de réponse hors cadre, ou d'oubli, élimination directe.	3.2.9.2
Pénalités (CCAP)	En tenir compte dans la formation du délai et du prix	3.2.9.3 – 7.11

4.6 – GESTION DES QUESTIONS, MODIFICATIONS, PROLONGATIONS

Rappel des bonnes pratiques pour les clauses du règlement de la consultation : voir § 3.3.11 du présent guide.



4.6.1 - Questions

- ❖ La possibilité donnée aux candidats de poser des questions est principalement destinée à leur permettre de mieux comprendre le cahier des charges, de signaler des éventuelles incohérences ou imprécisions préjudiciables à la bonne formation des offres (exceptionnellement, demander une prolongation de délai ou une visite).
- ❖ Les questions doivent être écrites et adressées à l'adresse spécifiée dans le règlement (de préférence, une adresse email). Le service instructeur de l'administration peut choisir d'y répondre, soit au fil de l'eau, soit en regroupant les questions et les réponses, tant que le délai imparti par le règlement pour y répondre n'est pas dépassé.
- ❖ Le service instructeur doit renvoyer les questions (après les avoir anonymisées ¹) ainsi que les réponses correspondantes, à l'ensemble des candidats ayant retiré ou reçu le dossier, et il joint ces documents comme addendum au DCE, afin que les futurs candidats retirant le DCE bénéficient également de ces documents.
- ❖ Attention : les questions / réponses ne doivent pas être divulguées à l'ensemble des candidats, lorsqu'elles sont susceptibles de dévoiler une stratégie ou une particularité de l'offre du candidat qui a posé la question.

4.6.2 - Modifications

- ❖ Dans le cas d'un appel public, la publication d'un avis modificatif est obligatoire en cas de modification, même mineure, du DCE ou des conditions de la consultation (visites, date limite de remise des offres, etc.). Cet avis modificatif doit être publié sur les mêmes supports que l'avis d'appel public initial.
- ❖ Dans les autres cas, tous les candidats consultés doivent être informés de ces modifications, en même temps.
- ❖ Dans l'illustration ci-dessus, le délai d3 correspond à des **modifications mineures**, il est souvent fixé à 8 jours avant la date limite de remise des offres ; c'est une période sanctuarisée pour la formation finale des offres.
- ❖ Toute modification du DCE **non mineure**, qui aurait pour conséquence que les soumissionnaires soient obligés de reconsidérer leur offre en globalité ou d'une manière significative, devrait faire l'objet d'une prolongation du délai de remise des offres suffisante pour la réétude de leurs offres par les candidats.

4.6.3 - Prolongation du délai de remise des offres (recommandations)

- ❖ Modification d'une seule quantité dans le détail estimatif (DE) : la modification des offres est présumée mineure.
 - ⇒ avant l'échéance résultant de d3 : diffusion d'un avis modificatif indiquant que le DE a été modifié.
 - ⇒ si la diffusion ne peut intervenir qu'après l'échéance résultant de d3 : l'avis modificatif doit inclure une prolongation du délai de remise des offres de sorte que le laps de temps s'écoulant entre la diffusion réelle de l'avis modificatif et la nouvelle date de remise des offres soit supérieur à d3.
- ❖ Modification du CCTP pouvant entraîner une nouvelle cotation ou des recherches de fournisseur par les soumissionnaires ⇒ diffusion d'un avis modificatif indiquant que le CCTP est modifié et que la date limite de remise des offres est repoussée de sorte qu'elle soit à plus de 20 jours de la date de diffusion réelle de l'avis modificatif (délai de 20 jours en référence à la durée minimale fixée à l'article 25 de la D136).
- ❖ Modifications du DCE importantes en volume et en variété ⇒ diffusion d'un avis modificatif indiquant que le DCE est modifié sur tel et tel point, et que la date limite des offres est repoussée de sorte que **le délai initial** de remise des offres soit retrouvé entre la date réelle de diffusion de l'avis modificatif et la nouvelle date limite de remise des offres. *On repart à zéro juste après l'avis modificatif en reconduisant le délai de remise des offres initial.*

¹ Aucune mention du nom du candidat qui a posé la question, ou de tout élément qui pourrait l'identifier.

4.7 – TRANSMISSION ET CONSERVATION DES SOUMISSIONS

« I - Lorsque la soumission est transmise sur support papier :

D 136

Les offres doivent être présentées de la manière suivante : une enveloppe relative à la candidature fermée adressée à l'autorité de qui émane l'appel public, portant en suscription la référence à l'appel d'offres auquel il est répondu et la mention : "A n'ouvrir qu'en séance de dépouillement", à l'exclusion de toute désignation de l'expéditeur et contenant d'une part, les pièces prévues par les cahiers des charges, d'autre part, une seconde enveloppe fermée renfermant la soumission proprement dite.

Les offres peuvent être adressées par lettre recommandée avec accusé de réception ou déposées dans les conditions fixées par l'avis d'appel d'offres. » (I de l'art 26 D136)

« I - Lorsque la soumission est transmise sur support papier :

D 424

Les soumissions doivent être présentées de la manière suivante : une enveloppe unique fermée adressée à l'autorité de qui émane l'appel public, portant en suscription la référence à l'appel public auquel il est répondu et la mention : "A n'ouvrir qu'en séance de dépouillement", à l'exclusion de toute désignation de l'expéditeur et contenant les pièces prévues par le règlement de la consultation.

Les soumissions peuvent être adressées par lettre recommandée avec accusé de réception ou déposées dans les conditions fixées par l'avis d'appel public. » (I de l'art 26 D424)

« II - Lorsque la soumission est transmise par voie électronique :

Le soumissionnaire doit déposer [son offre] [sa soumission] sur [le profil acheteur] [la plateforme] de la collectivité publique. Les modalités du dépôt sont définies au règlement de la consultation. »

(II de l'art 26 D136, modifié par la D424)

Commentaires :

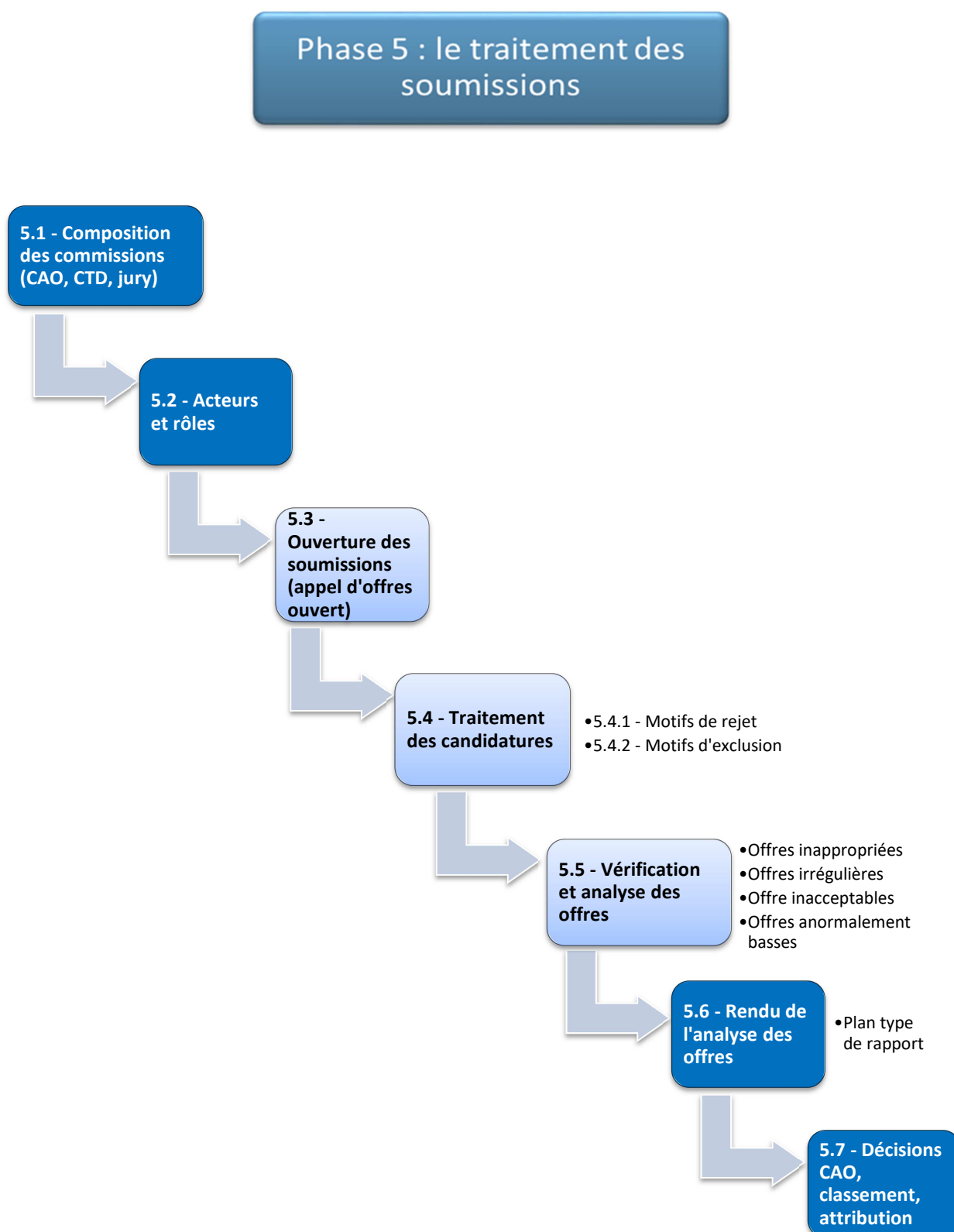
- ❖ Sous le régime de la D136, la soumission papier consiste en une **enveloppe dite « extérieure »** qui contient :
 1. les éléments de candidature permettant d'établir la capacité juridique, technique et financière du candidat, avec une attestation de régularité fiscale et sociale (qui sera vérifiée s'il gagne le marché) ;
 2. **une enveloppe dite « intérieure »** qui contient elle-même les éléments de l'offre : le projet de marché signé par le candidat, accompagné de certains éléments techniques, permettant de connaître la réponse technique, financière (prix), et de délai du candidat.
- ❖ Sous le régime de la D424, les éléments ci-dessus sont tous fournis dans **une seule enveloppe**.
- ❖ La soumission doit parvenir entièrement à l'adresse indiquée avant la date et l'heure fixées dans les documents de la consultation, quel que soit le moyen choisi (recommandé postal, dépôt en mains propres, dépôt sur une plateforme électronique). Quelle que soit la raison, aucune exception n'est tolérée, tout pli en retard sera rejeté.
- ❖ L'arrêté n° 2013-347/GNC du 12 février 2013 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics précise, pour les plis électroniques, les points suivants :
 - les documents de la consultation peuvent exiger une signature électronique sécurisée (cf. décret n° 2001-272 du 30/03/2001). Voir liste de fournisseurs de certificats électroniques sur www.marchespublics.nc ;
 - il est possible de fournir une « copie de sauvegarde » au format papier au cas où l'offre électronique ne peut pas être ouverte (cf. articles 7 et 8 de l'arrêté).

« III - A leur réception, les plis sont revêtus d'un numéro d'ordre, de l'indication de la date et de l'heure de la remise et enregistrés dans leur ordre d'arrivée sur un registre spécial. Ils doivent rester clos jusqu'au moment de leur ouverture dans les conditions fixées à l'article 27-1 ci-dessous. [Ces prescriptions sont appliquées sous la responsabilité d'un agent désigné par le chef de service intéressé.] » (III de l'art 26 D136, modifié par D424)

Bonnes pratiques

- ❖ Quel que soit le mode de transmission, les soumissions sont numérotées, enregistrées (date et heure d'arrivée), et conservées de manière sécurisée et confidentielle jusqu'à leur ouverture en commission (placard à clés, etc...) par un agent désigné à cet effet (sous le régime de la D424, il ne fait pas forcément partie du service instructeur).
- ❖ Le « registre des dépôts » signé par cet agent est transmis au président de la commission, qui, après constat de la conformité des plis remis avec le contenu du registre, lui en donne décharge en le signant et le datant.

PHASE 5 : LE TRAITEMENT DES SOUMISSIONS (procédures d'appel d'offres)



5.1 – COMPOSITION DES COMMISSIONS ET JURY

5.1.1 - La commission d'appel d'offres (appel d'offres ouvert, restreint, dialogue compétitif, gré à gré)

D 136, art 13-1 à 13-2

Au moins 6 membres à voix délibérative :

- **le président de la commission**
 - dans les collectivités territoriales (CT), « l'exécutif ou son représentant »
 - dans les établissements publics (EP), « le président du conseil d'administration (CA) ou la personne désignée » par le CA parmi ses membres.
- **au moins cinq (5) membres titulaires**
 - dans les CT, élus par l'assemblée délibérante parmi ses membres, dans le respect du principe de la représentation proportionnelle.
 - dans les EP, par le CA parmi ses membres.
 - *cinq (5) membres **suppléants** sont élus en même temps que les titulaires pour les remplacer en cas d'absence ou d'empêchement.*

Plusieurs membres à voix consultative :

- Participent, ou sont représentés :
- Le chef du service compétent ou son représentant
 - Le comptable public
 - L'ordonnateur ou son représentant
 - Le secrétaire général de la CT ou son représentant
 - Le directeur de l'EP, ou son représentant
 - « La commission peut s'adjoindre toute personne qualifiée dans le domaine de la consultation »

Les règles d'organisation et de fonctionnement sont fixées par une délibération de l'assemblée ou du CA, notamment le secrétariat et la participation avec voix consultative.

Quorum : le président et 2 membres à voix délibérative, effectivement présents.

Vote : majorité des présents, en cas d'égalité la voix du président est prépondérante.

D 424, art 13-1 à 13-6

Membres à voix délibérative (au moins 6 ou 4) :

- **le président de la commission**
 - « dans les collectivités territoriales (CT), le président de la CT ou la personne qu'il désigne »
 - « pour les communes, le Maire ou la personne qu'il désigne »
 - « dans les établissements publics (EP), le président de l'organe délibérant (OD) ou la personne désignée par l'OD. »
 - « Un ou plusieurs suppléants du président de la commission peuvent être désignés dans les mêmes conditions. »
- **au moins 3 membres titulaires pour les institutions dont l'organe délibérant (OD) compte moins de 11 membres à voix délibérative, au moins 5 membres titulaires dans les autres cas,**
 - dans les CT, élus par l'assemblée délibérante parmi ses membres, dans le respect du principe de la représentation proportionnelle.
 - dans les EP, par l'OD parmi ses membres.
 - *cinq (5) membres **suppléants** sont élus en même temps que les titulaires pour les remplacer en cas d'absence ou d'empêchement.*

Plusieurs membres à voix consultative :

- Sont invités à participer :
- Le responsable du service instructeur, lequel peut se faire assister par toute personne qualifiée dans le domaine de la consultation
 - Le comptable public ou le trésorier
 - L'ordonnateur
 - Le secrétaire général de la CT ou le directeur de l'EP
 - Toute personne dont la présence est jugée nécessaire ou prévue par les règles ci-dessous
 - Le représentant des personnes ci-dessus, librement désigné

Les règles d'organisation et de fonctionnement peuvent être fixées par l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant, notamment le secrétariat et la participation avec voix consultative, et les modalités de prévention des conflits d'intérêt*.

« Les marchés passés par le congrès sont du ressort de la CAO de la Nouvelle-Calédonie. »

Quorum : le président et 2 membres à voix délibérative, effectivement présents.

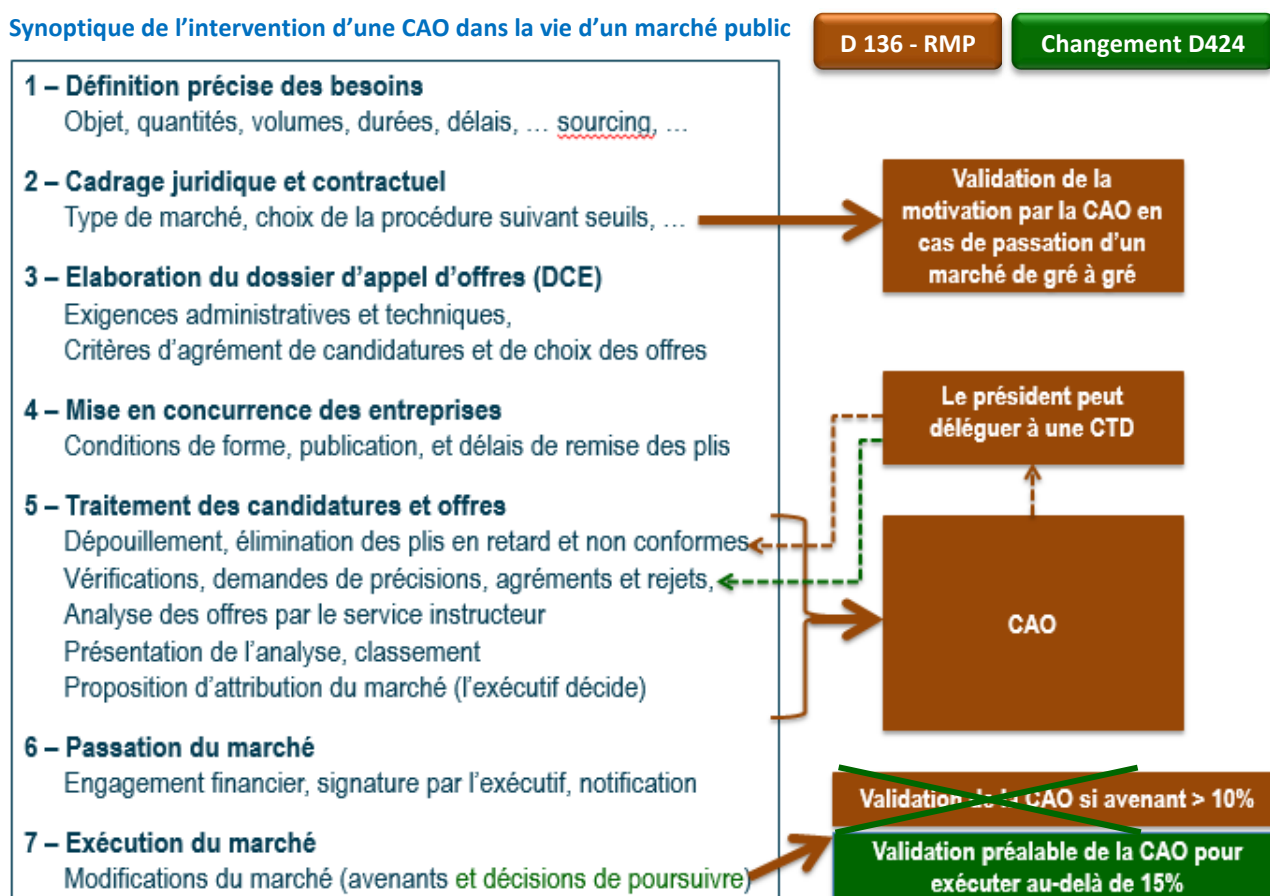
Vote : majorité des présents, en cas d'égalité la voix du président est prépondérante.

* un conflit d'intérêt s'entend comme « **toute situation dans laquelle un membre ou un participant à la commission a, directement ou indirectement, un intérêt qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.** » (art 13-5 D424)

Précisions et recommandations

- ❖ Il n'existe qu'une commission d'appel d'offres par acheteur public ; elle est une émanation de l'organe délibérant, donc le reflet de la composition politique lorsqu'il s'agit d'une collectivité publique :
 - chaque membre de la CAO est ainsi par nature un relais des décisions (délibérations budgétaires ou autres) de l'organe délibérant, et un garant de l'impartialité de l'attribution des marchés publics ;
 - dès que la composition de l'organe délibérant est modifiée pour quelque raison que ce soit, les membres de la commission d'appel d'offres doivent faire l'objet d'une nouvelle désignation par l'organe délibérant.
- ❖ Les opérations votées par l'organe délibérant, en nature et en budget, et donnant lieu à des marchés, sont soumises à des contraintes de délai et de consommation des crédits. La planification, la régularité des réunions et l'assiduité des membres de la CAO est donc essentielle pour respecter ces contraintes.
- ❖ Même si la décision finale d'attribution du marché relève de l'exécutif, un agrément (ou rejet) de candidature (ou d'offre) inapproprié par la CAO peut entraîner :
 - un risque contentieux administratif (annulation du marché, indemnisations, ...)
 - un risque pénal (délict de favoritisme¹ notamment).
- ❖ Tout ce qui se passe en commission, ainsi que les documents présentés, doivent rester confidentiels. A noter que les opérations de la CAO (ou de la CTD), les rapports présentés en séance, sont tracés par procès-verbal et devront être communiqués aux candidats évincés s'ils le demandent.
- ❖ Les membres de la CAO doivent rester vigilants par rapport aux procédures, rapports, explications présentés par les services instructeurs, et ne doivent pas hésiter à exiger tout éclairage opérationnel ou juridique, avant de se prononcer. Un membre de la CAO peut demander à porter un commentaire personnel au procès-verbal.

Synoptique de l'intervention d'une CAO dans la vie d'un marché public



¹ Délit de favoritisme : le fait pour une personne ... investie d'un mandat électif public ... ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent ... des collectivités territoriales, ... ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ... (art 432-14 du code pénal)

5.1.2 – Le jury (appel d’offres avec concours) et ses modalités de procédure particulières

La D136 précise très peu le fonctionnement d’un jury, qui est propre à chaque concours :

- le jury est désigné par décision de l’autorité signataire à l’effet d’examiner et classer les projets (art 29 D136) ;
- il propose à l’autorité signataire l’allocation des primes, récompenses ou avantages prévus par le programme du concours (art 31 D136) ;
- il donne à l’autorité signataire son avis sur l’attribution du marché (art 32 D136) ;
- avant d’émettre son avis, il peut demander à l’ensemble des concurrents ou à tel ou tel d’entre eux, d’apporter certaines modifications à leurs propositions (art 32 D136).

La D424 répare ce vide en complétant largement le texte :

« Un jury spécifique désigné pour chaque concours par décision de l’autorité visée à l’article 4, se substitue à la commission d’appel d’offres pour l’application des dispositions générales relatives aux appels d’offres.

Le président de la commission d’appel d’offres est le président du jury. Les membres titulaires de la commission d’appel d’offres font partie des membres du jury à voix délibérative. Ils peuvent se faire remplacer par leurs suppléants. Les participants au jury avec voix consultative sont identiques à ceux mentionnés à l’article 13-1.

Pour les groupements de commandes mentionnés à l’article 6-1 ci-dessus, les membres du jury sont les membres de la commission d’appel d’offres prévue au IV de l’article 6-1 précité, et les participants sont identiques à ceux prévus dans le même article.

La liste des membres à voix délibérative ou des participants au jury peut inclure des personnalités dont la présence revêt un intérêt particulier au regard de l’objet du concours. Toutefois, ces personnalités ne peuvent avoir, directement ou indirectement, un intérêt qui pourrait compromettre leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de concours. (...)

Le concours est lancé par voie d’appel public à [la concurrence] [candidatures dans les conditions prévues aux articles 25 et 26].

Les candidats désirant y participer adressent à l’administration [une demande d’autorisation de concourir en justifiant de leurs titres] [un dossier de candidature].

Seuls sont admis à [remettre des offres,] [participer au concours] les candidats dont la demande est agréée par l’autorité compétente après avis du jury.

Cet agrément ainsi que le dossier de consultation [est porté] [sont portés] à la connaissance des candidats dans un délai fixé par [l’avis de concours] [le règlement d’appel à candidatures].

Les candidats non retenus en sont informés.

Les projets sont examinés et classés par [un jury désigné à cet effet par l’autorité visée à l’article 4] [le jury] sur la seule base des critères prévus au règlement du concours après une éventuelle audition de tous les concurrents.

Les critères de sélection des candidatures et de jugement des projets ne sont ni pondérés ni hiérarchisés.

Le jury consigne dans un procès-verbal ses conclusions détaillées et propositions motivées concernant :

- le classement des projets,
- la désignation d’un ou plusieurs lauréats,
- l’attribution éventuelle de tout ou partie des primes, récompenses et avantages,
- l’attribution éventuelle d’un ou de plusieurs marchés faisant suite au concours,
- l’absence de suite à donner au concours ou la nécessité d’un second tour.

Ce procès-verbal est transmis à l’autorité visée à l’article 4. » (art 29 D424)

« Il n’est pas donné suite au concours si aucun projet n’est jugé acceptable.

Si le jury estime impossible de classer les projets, de départager les concurrents, ou juge nécessaire de compléter ou préciser le programme, l’autorité compétente peut, sur proposition motivée du jury, décider d’organiser un second tour, en demandant à tous les concurrents de présenter dans un délai déterminé des prestations nouvelles ou complémentaires, auxquelles peuvent être associées des primes, récompenses ou avantages complémentaires.

Si le concours donne lieu à la passation d’un marché, l’attribution du marché est prononcée par l’autorité visée à l’article 4 ci-dessus, après avis du jury. » (art 31 D424 pour les concours sur projets, type concours de maîtrise d’oeuvre)

« Avant d’émettre son avis, le jury peut demander à l’ensemble des concurrents ou à tel ou tel d’entre eux, d’apporter certaines précisions ou modifications à leurs propositions sans remettre en cause le principe d’égalité de traitement des candidats. » (art 32 D424 pour les concours portant sur un projet et sa réalisation, type conception-réalisation)

A retenir : le noyau du jury est la CAO, à laquelle sont ajoutés *par arrêté* des personnalités d’intérêt particulier pour le concours. Le jury se comporte comme une CAO pour les points de procédure non spécifiques d’un concours.

5.1.3 – La commission technique de dépouillement CTD (d'une CAO ou d'un jury)

L'intervention d'une CTD est prévue dans le contexte des appels d'offres, pour faire le travail de dépouillement en amont de la réunion de la CAO, ou du jury.

En effet, le dépouillement d'un appel d'offres mettant en jeu une centaine de soumissions (exemple : 25 lots pour une construction publique) peut nécessiter 8 à 10 heures de travail, réparties en plusieurs séances. Il est préférable de mobiliser pour cela des services opérationnels, sous contrôle du président de la CAO ou du jury, plutôt que des élus, membres de la CAO ou du jury, dont l'emploi du temps est chargé et souvent peu concordant.

5.1.3.1 - CTD pour une CAO

D 136, art 27

- le président de la commission d'appel d'offres
- le chef du service des finances ou le responsable du service équivalent, membre ou son représentant ;
- la personne responsable du marché, membre ou son représentant = le directeur qui exécutera le marché
- le comptable public de la collectivité, membre ou son représentant.

D 424, art 27

Minimum de 4 membres

1. le président de la commission d'appel d'offres ou son suppléant ;
2. le représentant du service instructeur ;
3. Le représentant du comptable ;
4. « Toute autre personne dont la présence est jugée nécessaire ».

Quorum pour la tenue de la CTD :

Le président + 2 membres

En pratique

- ❖ Participent souvent, également, à la CTD :
 - le rédacteur du procès-verbal de la CTD (en général, service administratif, juridique ou marchés) ;
 - un représentant du service financier et / ou du service juridique, en tant que conseil juridique.
- ❖ (D424) Le 4^e membre de la CTD - obligatoire pour respecter la règle du minimum de 4 membres - n'est pas précisé afin qu'il puisse être choisi librement par le maître d'ouvrage : directeur des services financiers, secrétaire général, adjoint au Maire, président d'une commission d'assemblée, etc....
- ❖ Le quorum est précisé à trois personnes pour éviter un quorum « naturel » à 2 personnes.

5.1.3.2 - CTD pour un jury

D 136

- Aucune disposition réglementaire.

A défaut de mieux, la composition de la CTD est souvent précisée dans l'arrêté de désignation du jury, avec le quorum correspondant.

D 424, art 29

« Certaines tâches du jury peuvent être déléguées dans les mêmes termes qu'à l'article 27 à une commission technique de dépouillement.

La composition de cette commission est fixée spécifiquement par décision de l'autorité compétente.

Elle est convoquée à l'initiative du président du jury.

La commission technique de dépouillement est composée au minimum de 4 membres y compris son président. Le quorum pour la tenue de cette commission est de 3 membres présents. »

En pratique : fixer la composition et le fonctionnement de la CTD dans l'arrêté de désignation du jury.

5.2 – ACTEURS ET RÔLES

Malgré quelques manques et imprécisions dans la rédaction de la D136¹, la plupart des acheteurs publics ont adopté des pratiques de bon sens, que la D424 a intégrées et formalisées (voir ci-dessus). Par ailleurs, la D424 intègre deux nouveautés, à savoir l'enveloppe unique et la possibilité de régulariser les offres irrégulières.

La D424 réorganise les articles 27, 27-1 et 27-2 existants, en les ordonnant comme suit :

- article 27 : les acteurs de la procédure (CAO, CTD, service instructeur) et leurs attributions
- article 27-1 : opérations de dépouillement et vérification.
- article 27-2 : opérations de sélection des candidats admis, examen des offres, classement et attribution.

« Les attributions de la **commission d'appel d'offres** telle qu'elle est prévue à l'article 13-1 de la présente délibération sont les suivantes :

- a) elle dépouille les plis reçus en réponse à la consultation et élimine les plis arrivés hors délai ;
- b) elle peut demander aux candidats de préciser ou compléter la teneur de leur soumission ;
- c) elle peut autoriser la régularisation des soumissions irrégulières ;
- d) elle interroge les candidats lorsque l'offre semble anormalement basse ;
- e) elle arrête la liste des candidats admis à concourir ;
- f) elle interagit avec les candidats notamment dans les cas prévus aux articles 14-1, 28 et 32;
- g) elle classe les offres recevables ;
- h) elle propose le ou les attributaires du ou des marchés objet de la consultation ;
- i) elle propose les suites à donner en cas de non attribution.

A l'initiative du **président de la commission d'appel d'offres**, les opérations a, b, c ou d ci-dessus peuvent être confiées à une **commission technique de dépouillement** constituée au minimum de 4 membres :

- Le président de la commission d'appel d'offres ou son suppléant,
- Le représentant du service instructeur,
- Le représentant du comptable public ou du trésorier,
- Toute autre personne dont la présence est jugée nécessaire.

Le quorum pour la tenue de la commission technique de dépouillement est de 3 membres, y compris le président.

Les séances de la commission d'appel d'offres ou de la commission technique ne sont pas publiques ; aucun candidat ne peut y assister. Toute personne participant à ces séances est tenue au secret des débats.

Le **service instructeur** est chargé des opérations suivantes :

- Vérifier et analyser les candidatures et les offres ;
- Evaluer les offres conformément au règlement de la consultation ;
- Représenter la commission, à sa demande ou à celle de son président, pour toute interaction avec les candidats prévue aux opérations b, c, d et f ;
- Etablir et présenter les rapports correspondants à la commission.

Le service instructeur peut se faire assister par un prestataire spécialisé. » (art 27 D424)

Commentaires

❖ La délégation des attributions de la CAO à la CTD, qui reste de la prérogative du président de la CAO, même s'il peut être recommandé qu'il en convienne avec les membres de la CAO, est à géométrie variable pour tenir compte des diverses sensibilités des acheteurs publics vis-à-vis de cette délégation :

- de la plus étroite : opération (a) uniquement = dépouillement des plis (comme sous le régime de la D136)
- à la plus large : opérations (a) à (d) = la CTD procède à toutes les opérations de dépouillement, vérification, questionnement des candidats, régularisation, par le biais du service instructeur (article 27-1). La CAO intervient à la fin pour les décisions finales (article 27-2). Dans ce cas, seulement 2 séances : CTD, puis CAO.

❖ Le 4^e membre (obligatoire pour respecter la règle du minimum de 4 membres) de la CTD n'est pas précisé afin qu'il puisse être choisi librement par l'acheteur public : directeur des services financiers, secrétaire général, adjoint au Maire, président d'une commission d'assemblée, etc....

¹ Exemple : à l'article 27-1 D136, il semble que les enveloppes relatives à l'offre de prix admis à concourir sont ouvertes par la CTD, alors que dans l'article 27-2 D424 c'est la CAO qui arrête la liste des soumissionnaires admis à concourir. Quid d'une offre de prix déjà ouverte par la CTD, dont le soumissionnaire ne serait pas admis à concourir par la CAO ?

5.3 – OUVERTURE DES SOUMISSIONS (APPEL D'OFFRES OUVERT)

Sous le régime de la D136, il y a deux temps pour ouvrir les soumissions, constituées d'une double enveloppe :

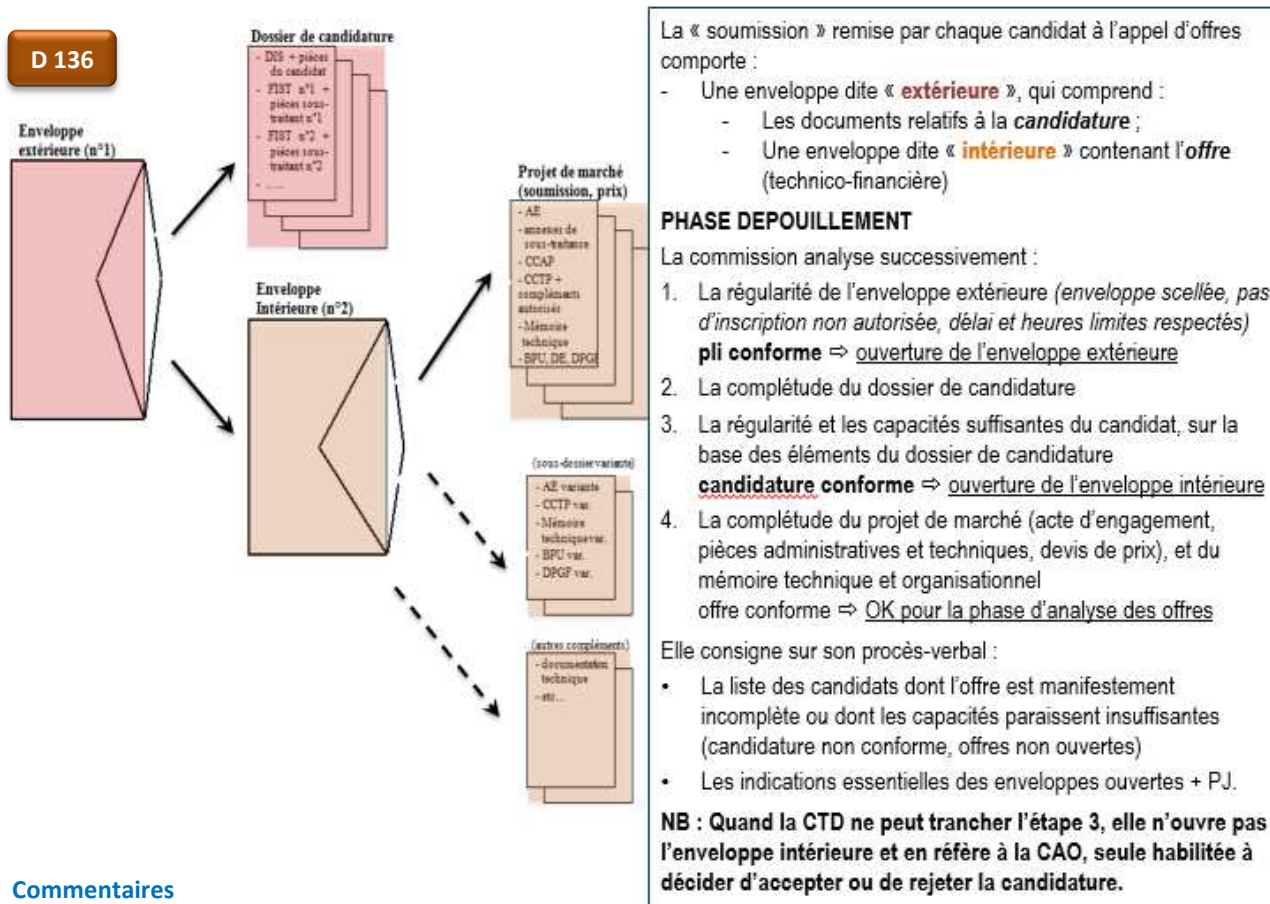
1. l'ouverture des candidatures (enveloppe extérieure) ;
2. si les offres sont complètes et que les capacités des candidats sont considérées suffisantes, l'ouverture des offres de prix (enveloppe intérieure), qui sera suivie de l'analyse technique comparative des offres.

« Seuls peuvent être ouverts les plis reçus dans les conditions fixées à l'article 26 de la présente délibération et au règlement particulier de l'appel d'offres.

Après ouverture des enveloppes, relatives à la candidature, la commission technique de dépouillement porte sur son procès-verbal la liste des concurrents qui manifestement présentent une offre incomplète ou dont les capacités paraissent insuffisantes. Les enveloppes relatives à l'offre de prix de ces candidats ne sont pas ouvertes. Elles sont annexées au procès-verbal transmis à la commission d'appel d'offres.

Les enveloppes relatives à l'offre de prix des candidats admis à concourir sont ouvertes. La commission enregistre toutes les indications essentielles y compris les pièces jointes. Le procès-verbal, (ainsi que l'analyse technique comparative des soumissions (...)) sont soumis à la CAO dans les meilleurs délais. » (art 27-1 D136)

Synoptique



Commentaires

- ❖ Lors de la séance d'ouverture des soumissions, la condition sine qua none de l'ouverture d'un pli est le respect des conditions matérielles fixées à l'article 26, à savoir : une enveloppe fermée, avec des mentions précises à l'exclusion d'autres inscriptions non autorisées, le respect du délai et de l'heure limites ;
- ❖ Toute erreur constatée dans le placement des documents dans l'une ou l'autre des deux enveloppes, est éliminatoire car l'exigence d'éléments précis dans chacune des deux enveloppes, est une des conditions de l'article 26 : « **Les offres doivent être présentées de la manière suivante : une enveloppe relative à la candidature (...) contenant d'une part, les pièces prévues par les cahiers des charges, d'autre part, une seconde enveloppe fermée renfermant la soumission proprement dite.** »
- ❖ Tout document d'engagement non signé ou signé par une personne non habilitée est un motif d'élimination.
- ❖ De jurisprudence constante, si l'enveloppe intérieure est ouverte, la commission admet implicitement que le candidat avait les capacités pour exécuter le marché : il ne pourra plus être éliminé pour ce motif par la suite.

Sous le régime de la D424, il y a un seul temps d'ouverture des soumissions, constituées d'une seule enveloppe comprenant tous les documents exigés. **Mais la CAO examinera bien, dans l'ordre, les candidatures, puis les offres.**

« I - Seuls peuvent être ouverts les plis reçus dans les conditions fixées à l'article 26 de la présente délibération et au règlement de la consultation.

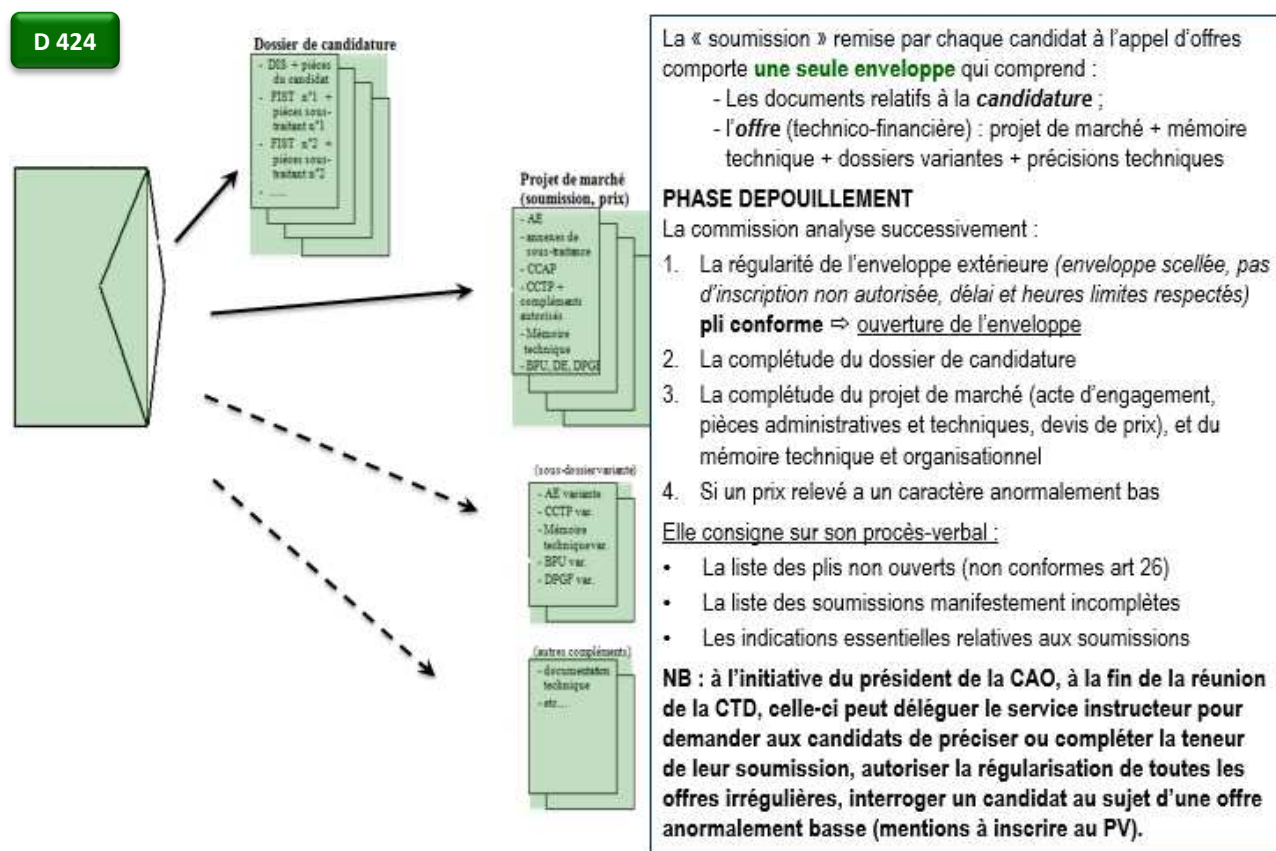
La commission consigne sur son procès-verbal :

- la liste des plis non ouverts ;
- la liste des soumissions manifestement incomplètes
- les indications essentielles relatives (aux) soumissions.

Les plis non ouverts par la commission sont rendus aux soumissionnaires concernés à leur demande, et dans le cas d'une transmission par voie électronique, supprimés.

Si la commission constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes, elle peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. » (art 27-1 D424)

Synoptique



Commentaires

- ❖ Lors de la séance d'ouverture des soumissions, la condition sine qua non de l'ouverture de l'enveloppe unique est le respect des conditions matérielles fixées à l'article 26, à savoir : une enveloppe fermée, avec des mentions précises à l'exclusion d'autres inscriptions non autorisées, le respect du délai et de l'heure limites.
- ❖ « **Les plis non ouverts sont rendus aux soumissionnaires sur leur demande.** » La rédaction de cet article n'exclut pas que, alors même que le pli n'a pas été ouvert dans le cadre de la procédure, il soit ouvert par le service instructeur dans le seul but d'identifier le candidat, afin de l'en informer et qu'il puisse demander sa restitution.
- ❖ Toute mention d'offre « signée » a été éliminée de la D424, ce qui conduit à ne pas retenir l'éventualité d'une offre (ou d'une déclaration d'intention de soumissionner) non signée ou signée par une personne non habilitée, comme motif d'élimination directe, *sauf si le règlement l'impose*. Toutefois, pour garantir l'engagement juridique du soumissionnaire, il faudra lui demander de venir signer son offre dès que possible (cf. art 5 D424).
- ❖ Il en est de même pour l'absence de signature électronique sécurisée pour une offre électronique (*sauf si le règlement l'impose*). Il faudra rematérialiser l'acte d'engagement et le faire signer par le soumissionnaire.

5.4 – TRAITEMENT DES CANDIDATURES

« **L'exécution des marchés ne peut être confiée qu'aux entreprises ayant les capacités juridiques, techniques et financières nécessaires. L'administration apprécie souverainement ces capacités au regard de l'objet du marché et de ses conditions d'exécution.** » (art 13-3 D136, complété par la D424 et renuméroté art 13-7 D424)

Même si l'appréciation par l'administration des capacités des candidats est souveraine, elle doit s'appuyer sur les éléments de preuve ou les justificatifs exigés dans le règlement de la consultation (cf. § 3.3.5 du présent guide).

5.4.1 – Motifs possibles de rejet d'une candidature

D 136

❖ Irrégularité formelle :

- déclaration d'intention de soumissionner (DIS) non signée ou signée par une personne non habilitée (voir liste des gérants au K-bis, et éventuelle délégation de signature signée par ces gérants) ;
- attestation sur l'honneur de régularité fiscale et sociale non fournie ou non signée ;
- autre élément manquant demandé dans le RPAO (minimum réglementaire : références, moyens humains, techniques, plan de charge, attestation sur l'honneur¹) ;

❖ Candidature inacceptable sur le fond :

- références ou K-bis : activité ne correspondant pas à l'objet ou à l'ampleur du marché ;
- moyens techniques, humains, ou garanties financières manifestement insuffisants ;
- chiffre d'affaires insuffisant vu le montant des prestations à exécuter dans le délai du marché² ;
- une défaillance flagrante sur un précédent marché, objectivée par des documents relatant des faits juridiques incontestables (résiliation de marché, versement de dommages et intérêts, ...) ³.

❖ Tradition de souplesse :

Il demeure possible qu'une commission d'appel d'offres (CAO), souveraine quant à l'appréciation des capacités des candidats, soit souple vis-à-vis des motifs d'irrégularité formelle, en autorisant par exemple les candidats à compléter leur dossier. Cette souplesse constitue en quelque sorte une « tradition » de la CAO qui doit être constante sur tous les appels d'offres, et pour tous les candidats, pendant tout le temps de son mandat, sous peine de se voir soupçonner de favoritisme. Elle pourrait être fixée et écrite en début de mandat.

D 424

« **Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale, fiscale et environnementale.** »

« **La commission peut demander aux candidats de préciser, compléter ou justifier la teneur de leur offre, à condition que les éléments substantiels de l'offre ne soient pas modifiés.**

Dans les mêmes conditions, elle peut aussi autoriser la régularisation des offres irrégulières dans un délai approprié, dès lors qu'elles ne sont pas anormalement basses. Si elle use de cette possibilité, elle est tenue de le faire pour tous les candidats ayant présenté de telles offres. » (4^e et 5^e alinéas du II de l'article 27-1 de la D424)

- ❖ Les mêmes motifs d'acceptation ou de rejet des candidatures que ceux de la D136 sont possibles, mais la D424 est plus explicite en permettant à la CAO d'être plus souple. Un défaut relatif à la signature n'est plus éliminatoire d'office, et il est possible d'opérer une régularisation, à condition de ne pas modifier les éléments substantiels de l'offre (prix, caractéristiques techniques fondamentales, délais) et de traiter de manière égale tous les candidats.
- ❖ S'agissant d'une rédaction pratiquement identique à celle du CCP, la doctrine et la jurisprudence métropolitaine sont applicables :
 - La CAO peut décider de faire compléter ou régulariser, mais elle n'y est jamais obligée ;
 - Cette décision peut se faire différemment, d'une procédure à l'autre.

¹ Selon la jurisprudence, un appel d'offres négligeant d'exiger un seul des éléments cités dans l'article 13-3 de la D136 est entaché d'illégalité.

² Il est recommandé de s'appuyer sur un chiffre d'affaires plancher que le règlement de la consultation indique. A titre d'information, dans le CCP, ce chiffre d'affaires plancher est plafonné à deux fois la charge financière (estimée) représentée par l'exécution du marché.

³ A titre d'information, l'article L2141-7 du CCP permet l'exclusion de candidats, qui au cours des trois dernières années, ont été sanctionnés (résiliation, versement de dommages et intérêts), mais avant l'exclusion, l'acheteur doit permettre au candidat de prouver que la situation sera différente pour le futur marché (cf. art L2141-11). Il est prudent de suivre ce type de démarche avant d'éliminer un candidat.

5.4.2 – Motifs d'exclusion des candidats de la procédure de passation (nouvel art 14-3 D424)

« I - Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics :

1°) Les personnes ou sociétés qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-6, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 441-1 à 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles Lp.1060 à Lp.1060-6 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ou pour recel de telles infractions.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent 1°) s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

2°) Les personnes ou sociétés qui :

- ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles Lp. 116-1 à Lp. 116-3, Lp. 128-1 à Lp. 128-7, Lp. 452-2 et Lp. 462-2 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie ;
- ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ;
- sont en situation de liquidation judiciaire, de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer, ou en situations équivalentes prévues par un droit étranger.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent 2° s'applique pour une durée de trois ans à compter de la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

II - Les personnes ou sociétés admises au redressement judiciaire doivent justifier qu'elles sont autorisées à poursuivre leurs activités.

III - Les acheteurs peuvent, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner à participer à la procédure de passation du marché public, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique. » (art 14-3 D424)

Commentaires

- ❖ articles 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-6 du code pénal = escroquerie, abus de confiance, blanchiment.
- ❖ articles 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2 du code pénal = concussion, corruption et trafic d'influence passifs, prise illégale d'intérêt, délit de favoritisme, détournement de fonds publics, y compris par le fait de la négligence, corruption active et trafic d'influence actifs.
- ❖ articles 441-1 à 441-9 du code pénal : faux, détention, délivrance, usage de faux, déclaration mensongère en vue d'obtenir d'une administration publique un paiement ou un avantage indu, falsification de document administratif, promesses, menaces en vue d'obtenir des documents administratifs inexacts ou falsifiés.
- ❖ articles 445-1 à 445-2-1 du code pénal : corruption privée passive/active (contexte professionnel, paris sportifs).
- ❖ article 450-1 du code pénal : association de malfaiteurs.
- ❖ articles Lp.1060 à 1060-6 du code des impôts NC : fraude fiscale, comptable, organisation de refus collectif de l'impôt, falsifications comptables, faux et usage de faux et de pièces inexacts, ...
- ❖ articles Lp 116-1 à 116-3 du code du travail NC : discrimination, harcèlement moral, harcèlement sexuel.
- ❖ articles Lp 128-1 à 128-7 du code du travail NC : infractions a/s prêt de main d'œuvre, et travail temporaire.
- ❖ articles Lp 452-2 et 462-2 du code du travail NC : emploi de travailleur étranger sans titre, travail dissimulé.
- ❖ art. 131-39 code pénal, 5° : exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus.

Mode de preuve (cf. à titre d'information l'article R2143-6 du CCP)

- ❖ La déclaration sur l'honneur indiquant que le candidat « n'est pas en situation d'incapacité juridique à soumissionner », prévue par l'article 13-7 de la D424 paraît suffisant. Il est toutefois recommandé d'ajouter dans la déclaration d'intention de soumissionner et l'acte d'engagement une déclaration de type « J'atteste sur l'honneur, n'entrer dans aucun des cas d'exclusions des marchés publics mentionnés à l'article 14-3 de la D424 ».
- ❖ En cas de doute, l'administration peut se renseigner auprès des administrations référentes, au plus tard avant que le marché lui soit attribué. *Exemple pour les condamnations pénales : extrait de casier judiciaire, bulletin n° 2.*

5.5 – VÉRIFICATION ET ANALYSE DES OFFRES (APPEL D’OFFRES OUVERT OU RESTREINT)

« II - Le service instructeur vérifie que les offres sont recevables, c’est-à-dire régulières, acceptables et appropriées. Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu’elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale, fiscale et environnementale.

Une offre est inacceptable lorsque son prix excède le seuil défini par le règlement de la consultation, en référence à l’estimation administrative ou aux ressources financières allouées au marché, retenues par le maître d’ouvrage avant le lancement de la procédure.

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu’elle n’est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences formulés dans les documents de la consultation. Une offre inappropriée est assimilable à une absence d’offre.

La commission peut demander aux candidats de préciser, compléter ou justifier la teneur de leur offre, à condition que les éléments substantiels de l’offre ne soient pas modifiés.

Dans les mêmes conditions, elle peut aussi autoriser la régularisation des offres irrégulières dans un délai approprié, dès lors qu’elles ne sont pas anormalement basses. Si elle use de cette possibilité, elle est tenue de le faire pour tous les candidats ayant présenté de telles offres.

III - Le service instructeur vérifie que les offres ne sont pas anormalement basses.

Une offre anormalement basse se définit comme présentant des caractéristiques telles que le marché ne pourra pas être exécuté jusqu’à son terme dans le respect du cahier des charges et des prix convenus, ou étant dénuée de toute réalité économique, révélant des pratiques de nature à fausser l’égalité entre les entreprises candidates.

Outre le recours à d’autres méthodes ou données pertinentes complémentaires utilisables pour cette vérification, il peut être considéré qu’une offre est anormalement basse si cumulativement elle est :

- inférieure à la moyenne arithmétique de l’ensemble des offres recevables, après application d’un abattement à cette moyenne d’un coefficient de 25%,
- inférieure à l’estimation retenue par le maître d’ouvrage après abattement par application du même coefficient fixé ci-dessus.

Dans ce cas, avant de l’éliminer pour ce motif, la commission doit interroger par écrit le candidat afin de lui faire préciser dans un délai approprié le contenu de sa proposition, justifier son prix, dans le respect de la confidentialité.

IV – Le cas échéant, l’analyse des offres est conduite en tenant compte des variantes et options **proposées par le soumissionnaire lorsqu’elles sont autorisées, ou imposées par le maître d’ouvrage**, ainsi que des tranches **prévues dans le marché**. » (art 27-1 D424)

Commentaires sur la rédaction D424

(Dans la D136, aucune définition d’une offre irrégulière, inappropriée, inacceptable, ou anormalement basse).

- ❖ Les définitions du CCP ont été reprises pour les offres irrégulières et inappropriées.
- ❖ La définition du CCP pour l’offre inacceptable n’a pas été reprise, car elle fait référence aux « crédits budgétaires », sans tenir compte du prix « normal » des prestations. L’offre inacceptable s’apprécie donc en fonction d’un seuil qui doit être précisé dans le règlement de la consultation (sans ce seuil, risque d’illégalité).
- ❖ Ce seuil d’inacceptabilité peut être précisé lot par lot, en fonction de la fiabilité des estimations, ou en fonction de la politique de restriction budgétaire de la collectivité, ce qui permet de sécuriser le rejet de certaines offres excessives pour des petits lots alors même que le total des offres tous lots confondus respecterait l’enveloppe.
- ❖ Comme pour le CCP, la CAO peut régulariser toutes les offres irrégulières, mais ce n’est pas une obligation.
- ❖ Attention : pour toute précision, complément, justification, régularisation : les éléments substantiels de l’offre (prix, délais, mémoire technique ...) ne peuvent être modifiés. En conséquence, tout prix du marché non chiffré, ou tout délai non complété, rend l’offre irrégulière, sans possibilité d’une régularisation, car celle-ci serait de nature à donner un avantage au soumissionnaire concerné par rapport aux autres soumissionnaires.

La définition de l’offre anormalement basse est issue d’une jurisprudence. La méthode arithmétique traditionnelle existant dans la D136 est conservée, mais elle peut être remplacée ou complétée par d’autres méthodes ou données pertinentes.¹ Exemple : composantes de prix inférieures à un seuil de rentabilité connu, ou un minimum réglementaire (SMIC).

¹ Voir fiche DAJ-MINEFI pour une vision plus complète sur les risques à retenir une offre anormalement basse.

5.6 – RENDU DE L'ANALYSE DES OFFRES

PLAN TYPE : RAPPORT D'ANALYSE DES OFFRES

- Objet de la consultation :
- Maître d'ouvrage, service instructeur :
- Maître d'œuvre :

1. Présentation de l'appel d'offres

- 1.1. Nature et étendue des besoins à satisfaire, présentation de l'opération dans laquelle s'inscrit le marché, présentation de l'objet du marché et de ses caractéristiques fonctionnelles.
- 1.2. Estimation financière du marché et budget générale de l'opération
- 1.3. Caractéristiques de la forme du marché : allotissement, tranches, régime des variantes et options, délais, caractère des prix, ...
- 1.4. Mode de passation du marché : procédure mise en œuvre conformément à la RMP
- 1.5. Rappel des critères de capacités, et de recevabilité, de jugement, et de notation des offres (rappel RPAO)

2. Déroulement de la procédure jusqu'à la réception des soumissions

- 2.1. Publicité initiale, délai de réponse, date limite de dépôt des offres
- 2.2. Visites, questions des opérateurs et les réponses apportées
- 2.3. Modification de la consultation, publicité et gestion des délais
- 2.4. Nombre de retraits de DCE, nombre et liste des soumissions reçues que ce soit papier ou électronique, plis remis en retard, ...
- 2.5. Commission technique de dépouillement : date, liste des plis éliminés, autres décisions de la CTD suivant délégations confiées à l'initiative du président de la commission (article 27 D424).

3. Vérifications, éliminations, analyse, notation et propositions

- 3.1. Analyse et vérification des soumissions : documents manquants, erreurs de calcul, conformité aux spécifications, analyse des variantes et options, vérification du caractère irrégulier, inapproprié, inacceptable, ou anormalement bas des offres
- 3.2. Echanges avec les soumissionnaires pour préciser, vérifier ou régulariser leurs soumissions
- 3.3. Application des critères de capacité suivant les justificatifs produits : agrément ou rejet des candidatures
- 3.4. Elimination des offres irrégulières, inappropriées, inacceptables, ou anormalement basses
- 3.5. Application des critères, sous-critères, formules de notation, aux offres recevables (au besoin, choix des scénarios relatifs aux variantes et options)
- 3.6. Tableau des notations, classement des soumissionnaires, proposition d'attributaire du marché.

EXEMPLE DE TABLEAU FINAL DE CLASSEMENT DES SOUMISSIONNAIRES

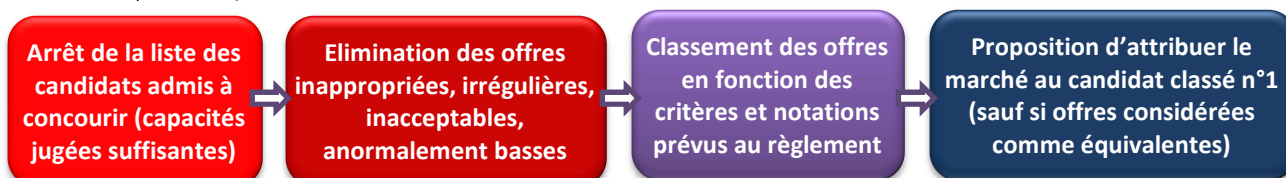
Candidat	Prix	Note critère prix	Note critère valeur technique	Note sous-critère 1 (val. tech) Moyens	Note sous-critère 2 (val. tech) Méthodes	Note globale	Classement
Note max		60	40	20	20	100	
1	27,3 MF	60,0	33,5	15,5	20,0	93,5	2
2	29,5 MF	55,6	40,0	20,0	20,0	95,6	1
3	31,3 MF	52,3	38,2	20,0	18,2	90,5	3

5.7 – DÉCISIONS CAO, CLASSEMENT, ATTRIBUTION

« I - La commission d'appel d'offres arrête la liste des candidats admis à concourir en application des principes de l'article [13-3] [13-7] de la présente délibération. Elle élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, ainsi que les offres qu'elle estime anormalement basses en justifiant sa décision suite à l'examen des éléments fournis par le soumissionnaire concerné. Elle procède au classement des offres recevables par ordre décroissant en se fondant sur une pluralité de critères clairement définis, non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. (...) »

III - La commission propose d'attribuer le(s) marché au(x) soumissionnaire(s) dont l'offre est la mieux classée.

Les opérations de la commission font l'objet d'un procès-verbal qui ne peut être rendu public, mais peut être communiqué dans le respect des conditions prévues par la législation relative au droit d'accès aux documents administratifs. Si une offre pouvant être considérée comme anormalement basse a été acceptée par la commission, elle y consigne ses motivations. Ce procès-verbal est transmis à l'autorité visée à l'article 4. » (art 27-2 D136 modifié par la D424)



En pratique

- ❖ La commission doit proposer d'attribuer le marché au candidat classé n°1, sauf à remettre en cause la notation des offres faite par les services, ou encore si deux offres sont considérées comme équivalentes.

« Dans le cas où plusieurs offres seraient tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission de dépouillement pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres. » (art 28 D136)

« S'il est impossible de départager certains concurrents pour l'attribution du marché parce qu'ils présentent des offres tenues pour équivalentes selon les termes fixés par le règlement de la consultation, la commission d'appel d'offres peut :

- soit proposer d'attribuer le marché à celui de ces concurrents dont l'offre est la moins onéreuse ;
- soit, pour départager ces concurrents, leur demander de présenter de nouvelles offres. Celles-ci sont soumises aux mêmes procédures de dépouillement et d'analyse que les offres initiales. » (art 28 D424)

- ❖ S'il existe un risque juridique lié à une erreur du RPAO ou du cahier des charges, ou aux offres elles-mêmes, la CAO peut proposer de **ne pas donner suite** à l'appel d'offres, pour motif d'intérêt général, qui doit être précisé dans le procès-verbal. La relance ne peut se faire que par un nouvel appel d'offres. L'exécutif lui-même peut décider de ne pas donner suite si le besoin n'existe plus, ou si le budget a été supprimé.

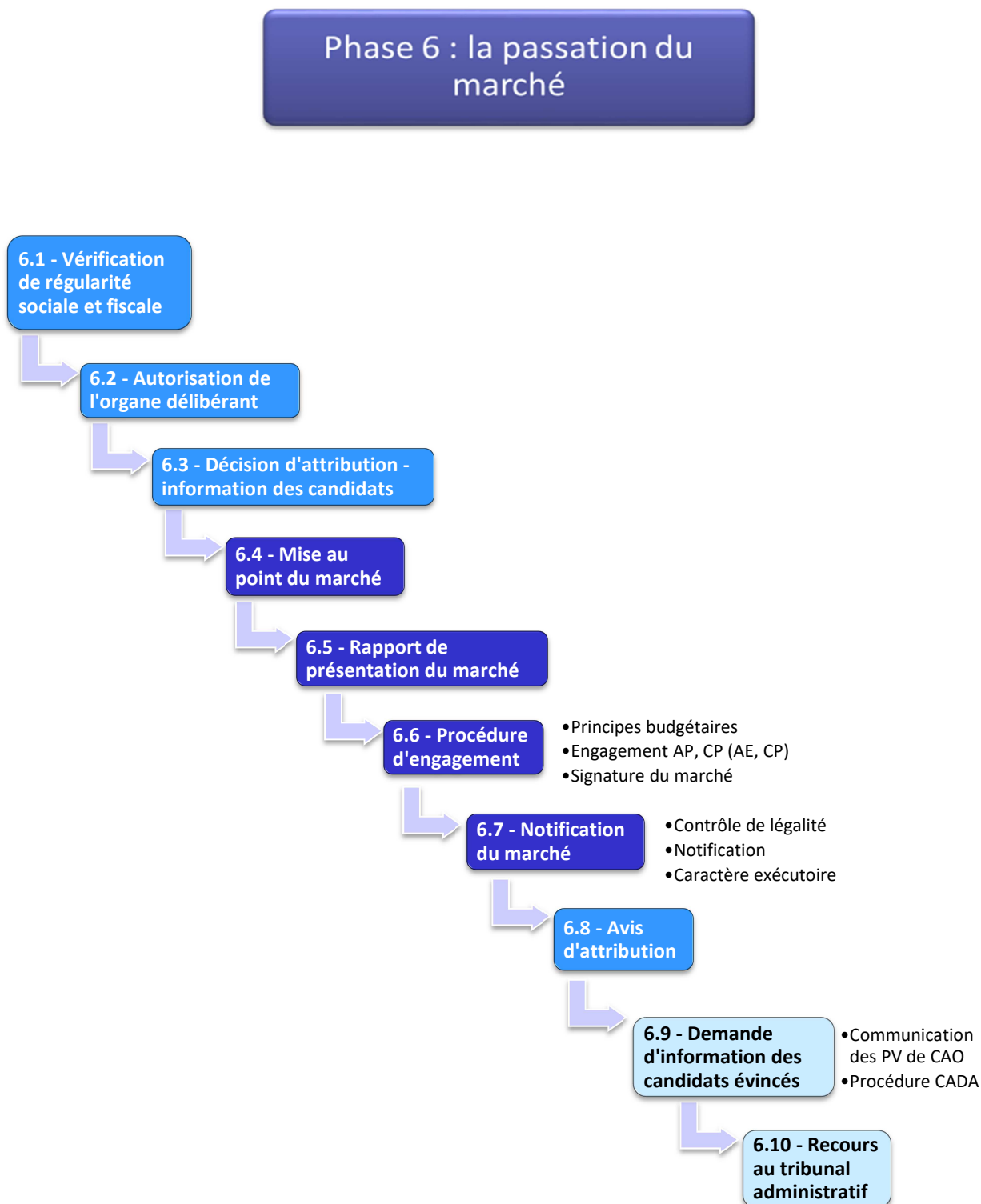
- ❖ S'il n'y a aucune offre conforme, et donc aucune offre classée, la CAO propose de déclarer l'**appel d'offres infructueux**. Dans ce cas, la CAO peut proposer de relancer la consultation :

1. soit sous forme d'appel d'offres, avec la possibilité de modifier le cahier des charges ou le RPAO ;
2. soit de gré à gré – articles 35, 5° D136 et 35-1, 1° D424 : reconsultation directe des candidats initiaux + éventuellement de nouveaux candidats, sans modification substantielle des conditions initiales de l'AO. Les délais de réponse peuvent être plus courts, une commission interne peut ouvrir les plis avec rédaction d'un procès-verbal, la régularisation des dossiers incomplets peut se faire directement par le service instructeur.
3. soit de gré à gré – article 35-2, 5° D424 *s'il n'y a eu que des offres inappropriées (ou aucune offre)* => possibilité de consultation directe d'un soumissionnaire de son choix, sans mise en concurrence.

Pour les procédures de gré à gré, le dossier ne repassera en CAO que si le montant du marché est supérieur à 60 MF (travaux) ou 40 MF (fournitures et services). Le rapport précisera alors les candidats consultés, les critères, les offres (avec PV d'ouverture), leur notation et leur classement, et la proposition d'attribution.

- ❖ L'exécutif valide ou non les propositions de la CAO (classement, attribution, appel d'offres sans suite, appel d'offres infructueux, procédure de relance). Il est recommandé qu'il le fasse directement sur le procès-verbal, par exemple sur un formulaire à cocher et à signer, à la suite des signatures des membres de la commission.
- ❖ Si l'exécutif ne valide pas les propositions de la CAO, et modifie le classement ou l'attribution, il est tenu de le justifier. Il demeure toujours libre de ne pas donner suite, pour motif d'intérêt général qu'il justifie.

PHASE 6 : LA PASSATION DU MARCHÉ



6.1 – VÉRIFICATION DE RÉGULARITÉ FISCALE ET SOCIALE

« 1°) Le marché ne [pourra] [peut] être attribué au [candidat] [soumissionnaire] retenu et [à] ses sous-traitants éventuels [ne peuvent être acceptés] que sous réserve :

- de la production des attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents [prouvant qu'il a satisfait à ses] [relatifs à leurs] obligations fiscales et sociales ;
- de la production de l'autorisation de poursuivre leur activité en cas de redressement judiciaire ;
- que les documents de l'offre servant de base au marché aient été signés par leurs soins.

Sauf stipulations différentes dans le règlement de la consultation, le délai de production des attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent est fixé à [dix][quinze] jours à compter de la notification de la demande.

2°) Si le [candidat retenu] [soumissionnaire] ne peut produire les certificats ou documents mentionnés au 1-, son offre est rejetée. Dans ce cas, l'élimination est prononcée par décision de l'autorité visée à l'article 4. [Celle-ci présente la même demande] [La même demande est présentée] au [candidat] [soumissionnaire] suivant dans le classement des offres. Si nécessaire et sous réserve du maintien de l'offre de prix par le [candidat] [soumissionnaire], cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

3°) Le [candidat] [soumissionnaire ou le sous-traitant] domicilié à l'extérieur de la Nouvelle-Calédonie doit produire un certificat émanant des administrations et organismes compétents de son pays d'origine attestant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré par le pays d'origine, il peut être remplacé par une déclaration sous serment, ou dans les Etats où un tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays.

Ces certificats doivent être rédigés en langue française ou être accompagnés d'une traduction en langue française dont l'exactitude est certifiée par un traducteur assermenté auprès des tribunaux (français ou du pays du candidat) dont le nom et l'adresse sont indiqués.

4°) Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui peuvent être obtenus directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

L'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation peuvent prévoir que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui lui ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables. » (art 13-4 D136, modifié en art 13-8 D424)

Commentaires

- ❖ Sauf stipulation différente du règlement de consultation, le délai limite de production des attestations est de 10 jours (D136) / 15 jours (D424). Sans production des documents dans le délai prescrit, **l'offre doit être rejetée¹**, quand bien même la décision d'élimination prise par l'autorité habilitée lui serait notifiée plusieurs jours après².
- ❖ La demande écrite doit être notifiée au titulaire potentiel par tout moyen permettant de donner date certaine – courrier ou email avec récépissé. Le service instructeur le fait selon les délégations habituelles. Phrase à intégrer dans la demande écrite : « Le non-respect du délai imparti entraînera automatiquement votre élimination. »
- ❖ Attestations fiscales : en trois volets (payeur de la Nouvelle-Calédonie, receveur des douanes, direction des services fiscaux) – délivrées en janvier de l'année en cours, valides jusqu'à l'année suivante.
- ❖ Attestation CAFAT (ou RUAMM en cas de travailleur indépendant) : l'attestation exigible est celle qui correspond au dernier trimestre échu. Elle peut être délivrée par la CAFAT 15 jours après la fin du mois qui suit ce trimestre.
- ❖ La D424 n'exige plus que les attestations prouvent que le candidat a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.
- ❖ Nouveautés introduites par la D424 : attestations en français, possibilité de lien internet pour vérifier directement et gratuitement, possibilité d'indiquer de ne pas fournir à nouveau ce qui a déjà été fourni et qui reste valable.

¹ L'élimination est obligatoire sous peine d'entacher la procédure d'illégalité. La circonstance que ces documents soient transmis à l'administration après l'expiration du délai mais avant que le courrier d'élimination ne soit envoyé n'a aucune incidence sur l'obligation d'éliminer le candidat.

² La réglementation ne prescrit aucun délai pour l'envoi du courrier informant le candidat de son élimination. Ce courrier peut donc être envoyé en même temps que les courriers d'attribution et de rejet des offres envoyés aux autres soumissionnaires en fin de procédure (cf. art 28 RMP).

6.2 – AUTORISATION DE L'ORGANE DELIBERANT

❖ Pour la Nouvelle-Calédonie – cf. loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (LO)

- ⇒ Le président du gouvernement « est ordonnateur des dépenses de la Nouvelle-Calédonie. Il signe tous les contrats au nom de celle-ci. » (article 134 LO).
- ⇒ Le président du congrès « est ordonnateur des dépenses ... du congrès » (article 70 LO).
- ⇒ La délibération du congrès relative au budget précise que « les ordonnateurs du budget de la Nouvelle-Calédonie sont autorisés, chacun en ce qui le concerne, à lancer les opérations, passer les marchés et avenants, ... signer toutes conventions, ... tous contrats et avenants, ... dans la limite des inscriptions budgétaires. » *Cette autorisation concerne également le président du sénat coutumier pour ce qui le concerne.*

❖ Pour les provinces – cf. loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (LO)

- ⇒ Le président peut recevoir délégation, pour la durée de son mandat, de l'assemblée de province, pour lancer et signer les marchés et leurs avenants lorsque les crédits sont inscrits au budget. (cf. article 177-1 LO)
- ⇒ Si la délégation précédente n'est pas mise en œuvre, la délibération de l'assemblée chargeant le président de souscrire un marché déterminé peut être prise avant le lancement de la procédure de passation, et comporte obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché¹. (cf. article 177-2 LO)
- ⇒ La délibération de l'assemblée de province relative au budget peut autoriser le président de l'assemblée :
 - « à contracter les engagements juridiques nécessaires à la mise en œuvre des programmes prévus en section d'investissement du budget; à approuver tous baux, contrats, conventions et leurs avenants dans la limite du montant des autorisations de programme et d'engagement ou des inscriptions budgétaires en dépenses et en recettes. ».
 - « prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés ainsi que toute décision concernant leurs avenants lorsque les crédits sont inscrits au budget, et signer tous marchés, conventions, contrats de toute nature (études, travaux, programmes d'investissement) et leurs avenants nécessaires à l'exécution de la section d'investissement / fonctionnement, dans la limite des inscriptions budgétaires ou du montant des autorisations de programme / d'engagement. »
- ⇒ Hormis les cas précédents, l'assemblée de province peut déléguer à son bureau de prendre les délibérations autorisant l'exécutif à signer chaque marché (préciser l'identité de l'attributaire et le montant du marché).

❖ Pour les communes - cf. articles L122-19 à L122-21 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie :

- ⇒ Le Maire peut recevoir délégation, en tout ou partie et pour la durée de son mandat, du conseil municipal pour **lancer** et signer les marchés de gré à gré de montant inférieur à 40 MF (cf. art 35.9° D136, et 35-1, 2° et 3° D424).
- ⇒ Par ailleurs, la délibération du conseil municipal chargeant le maire de souscrire un marché déterminé peut être prise avant le lancement de la procédure de passation de ce marché. La délibération comporte alors obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché¹.
- ⇒ Si ces délégations permanente ou anticipée ne sont pas mises en œuvre, la délibération du conseil municipal autorisant le Maire à signer le marché doit comporter l'identité de l'attributaire et le montant du marché.

❖ Pour les établissements publics et les groupements d'intérêt public (GIP) « locaux »

- ⇒ Sauf dispositions statutaires plus précises, la délibération du conseil d'administration autorisant l'exécutif (président du conseil d'administration ou directeur de l'établissement public – cf. article 209-18 LO) à signer le marché doit comporter au minimum l'identité de l'attributaire et le montant du marché.

Commentaires

- ❖ Il est bien entendu plus efficace, d'un point de vue opérationnel, de prévoir une délégation permanente ou une délégation annuelle de l'organe délibérant à l'exécutif pour l'habilier à signer les marchés, le vote du budget et la représentation de l'organe délibérant en CAO étant réputés suffisants pour l'information des élus.
- ❖ Cela n'est pas possible pour les communes de Nouvelle-Calédonie², qui peuvent toutefois prévoir une délégation anticipée, propre à chaque marché¹.

¹ L'inconvénient est que la délibération de délégation anticipée prise par l'assemblée de province ou par le conseil municipal, votée publiquement et publiée, renseigne les opérateurs économiques sur le montant estimé du marché, ce qui peut fausser la sincérité du prix.

² A noter que le Code Général des Collectivités Territoriales permet aux communes de métropole de donner délégation permanente au Maire.

6.3 – DECISION D'ATTRIBUTION - INFORMATION DES CANDIDATS

(...) la liste des concurrents qui manifestement présentent une offre incomplète ou dont les capacités paraissent insuffisantes. Les enveloppes relatives à l'offre de prix de ces candidats ne sont pas ouvertes. » (art 27-1 D136)

« Les enveloppes des soumissionnaires éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes et, dans le cas d'une transmission par voie électronique, supprimées. » (art 27-2 D136)

« Les attributions de la commission d'appel d'offres ... sont les suivantes : (...) a) elle dépouille les plis reçus en réponse à la consultation et élimine les plis arrivés hors délai. » (art 27 D424) *Nota : cela peut être délégué à la CTD.*

« Les plis non ouverts par la commission sont rendus aux soumissionnaires concernés à leur demande, et dans le cas d'une transmission par voie électronique, supprimés. » (art 27-1 D424)

« Le [chef de service intéressé] [service instructeur], après décision de l'autorité visée à l'article 4 ci-dessus, avise les soumissionnaires de l'acceptation ou du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Dans le cas où il n'a pas été donné suite à un appel d'offres, tous les candidats en sont avisés. » (art 28 D136 modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ (D136) La non ouverture de l'enveloppe intérieure contenant l'offre de prix, pour cause de dossier de candidature incomplet, de capacités insuffisantes, ou de redressement judiciaire sans autorisation de poursuivre, donne lieu à restitution de cette enveloppe intérieure sans l'ouvrir.
- ❖ (D424) La non ouverture de l'enveloppe unique, pour cause d'arrivée hors délai, ne donne lieu à restitution que sur demande du candidat.
- ❖ Après vérification de la régularité sociale et fiscale de l'attributaire potentiel, et habilitation de l'organe délibérant si celle-ci n'existait pas déjà, l'autorité signataire du marché (l'« exécutif ») doit prendre une **décision** (écrite) relative à l'acceptation de l'offre ou du rejet de la candidature et de l'offre de chaque candidat.
- ❖ Le service instructeur avise alors chaque candidat du sort final de sa soumission. Une pratique courante est que le service instructeur transmet la décision de l'exécutif à chaque candidat.

Exemple de décision défavorable avec motifs (D424)

« Après analyse des offres en séance de la commission d'appel d'offres en date du [date], je vous informe

- ☐ Que votre candidature a été écartée pour les motifs suivants :
 - ☐ Défaut de capacité juridique : [activité sans rapport avec l'objet du marché, signataire non habilité, autorisation de poursuivre vos activités non fournie alors que vous êtes en redressement judiciaire]
 - ☐ Défaut de capacité technique : [références, moyens humains et techniques insuffisants]
 - ☐ Défaut de capacité financière : [chiffre d'affaires, niveau d'assurance, etc... insuffisants]
- ☐ Que votre offre a été écartée pour les motifs suivants :
 - ☐ Elle a été jugée irrégulière car elle n'était pas conforme aux exigences du DCE : [pli arrivé hors délais, document manquant, prix non renseigné, non respect du cahier des charges, etc....]
 - ☐ Elle a été jugée inacceptable financièrement car d'un montant supérieur au seuil défini dans le règlement, à savoir : [montant estimation administrative ou ressources financières allouées]
 - ☐ Elle a été jugée inappropriée car elle ne correspond pas à l'objet du marché.
 - ☐ Elle a été jugée anormalement basse, les éléments justificatifs que vous avez produits n'ayant pas suffi à prouver ni à expliquer de manière satisfaisante la cohérence du bas niveau de votre prix.
 - ☐ Elle a été jugée recevable, mais n'a pas été classée la meilleure parmi les autres offres recevables.

Pour information, ci-après un extrait du tableau de classement final des offres recevables :

Candidat	Prix	Critère prix	Critère valeur technique	Sous-critère 1 Moyens	Sous-critère 2 Méthodes	Note globale	Classement
Note max ->		60	40	20	20	100	
Attributaire	29,5 MF	55,6	40,0	20,0	20,0	95,6	1
Vous	27,3 MF	60,0	25,0	15,0	10,0	85,0	4

Vous pouvez, si vous le souhaitez, formuler un recours devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie dans le délai de 2 mois suivant la notification de la présente décision. »

6.4 – MISE AU POINT DU MARCHÉ

Principes juridiques

- ❖ Dans une procédure d'appel d'offres, les clauses du marché sont réputées intangibles. La mise au point consiste donc en l'apport de précisions ou rectifications matérielles (arrondis, terme oublié, ...) et mineures des composantes de l'offre, afin d'en améliorer les conditions de mise en œuvre et de compréhension par les parties.
- ❖ La mise au point ne peut entraîner une modification du DCE, ni une modification de l'offre de prix, des délais ou de l'offre technique de l'attributaire, sauf « *erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue* »¹, à examiner au cas par cas.
- ❖ Elle ne peut être effectuée unilatéralement : aucune des parties ne peut donc l'imposer.

Règles de calcul et d'arrondi, sens de calcul dans un tableau de chiffres

- ❖ Tous les résultats de calcul concernant des montants en francs, doivent être arrondis à l'entier ⇒ on garde l'entier inférieur si la 1^{ère} décimale est 1 à 4, on garde l'entier supérieur si la 1^{ère} décimale est 5 à 9.
- ❖ Si le tableau a été élaboré avec le tableur Excel, l'option « calcul à la précision affichée » doit être cochée afin que les résultats des opérations de multiplication avec des chiffres à virgules soient automatiquement arrondis au format affiché (pas de conservation des décimales non affichées dans le tableur).
- ❖ Pour les tableaux, choisir **un sens de calcul** de la TGC par acteur distinct, afin que la facturation soit cohérente.

Entreprise générale BAT+

Chap.	Libellé	Montant HT
1	Gros-œuvre	24 526 328
2	VRD	3 800 624
3	Toiture	5 678 941
4	Menuiseries	6 988 758
5	Plomberie	1 965 874
6	Electricité	2 647 091
7	Peinture	1 533 980
Total tous chap. HT		47 141 596
TGC 6%		2 828 496
Total TTC		49 970 092

Groupement conjoint avec mandataire ABC

Lots	Libellé	Titulaire lot	Montant HT	TGC 6%	Montant TTC
1	Gros-œuvre	ABC	24 526 328	1 471 580	25 997 908
2	VRD	Terra	3 800 624	228 037	4 028 661
3	Toiture	Toit+	5 678 941	340 736	6 019 677
4	Menuiseries	Men-NC	6 988 758	419 325	7 408 083
5	Plomberie	Soplomb	1 965 874	117 952	2 083 826
6	Electricité	SCE	2 647 091	158 825	2 805 916
7	Peinture	Propaint	1 533 980	92 039	1 626 019
Somme des montants HT tous lots			47 141 596	2 828 494	49 970 090
Somme des TGC tous lots			2 828 494		
Somme des montants TTC tous lots			49 970 090		

Pratiques habituelles pour la signature de l'attributaire après mise au point

- ❖ Chaque entreprise titulaire ou sous-traitante doit fournir son RIB et son KBIS (ou immatriculation au répertoire des métiers) actualisé, afin de vérifier les signataires habilités. Ceux-ci peuvent fournir une copie de délégation de signature à un membre de leur personnel qui peut alors signer le marché.
- ❖ Le représentant du titulaire du marché doit signer à la fin de l'acte d'engagement, à l'emplacement qui lui est réservé, en rajoutant lisiblement à la main, le nom de la personne qui signe, en toutes lettres, ainsi que la mention « Lu et accepté » en toutes lettres. Idem pour les annexes de sous-traitance (titulaire + sous-traitants).
- ❖ L'entreprise peut rajouter son tampon qui doit correspondre à la dénomination de l'entreprise dans le marché.

Signatures et paraphes

- ❖ Tant que l'acte d'engagement renvoie aux pièces contractuelles, seule la signature de l'acte d'engagement par l'attributaire est nécessaire ; aucun paraphe n'est requis ni sur les pages de l'acte d'engagement ni sur les pages des autres documents contractuels. Le DCE contenant toutes les pièces et conservé par l'administration (et rendu public lors de l'appel d'offres) fait foi en ce qui concerne les pièces et leur contenu.
- ❖ Toutefois, par souci de sécurité juridique, le rédacteur pourra s'inspirer des différentes pratiques ci-dessous :
 1. paraphe de toutes les pages de toutes les pièces du marché, avec signature du seul acte d'engagement ;
 2. paraphe de toutes les pages et signature de la dernière page pour toutes les pièces du marché ;
 3. signature à la dernière page de tous les documents du marché sans aucun paraphe.

¹ Cf. CE, 21 septembre 2011, n° 349149 – un prix unitaire très bas de 22 € a pu légitimement être corrigé à 220 €.

6.5 – RAPPORT DE PRESENTATION DU MARCHÉ

« Tout projet de marché ou d'avenant fait l'objet d'un rapport qui :

- 1°) définit la nature et l'étendue des besoins à satisfaire ainsi que le montant prévu de l'opération ;
- 2°) expose l'économie générale du marché ou de l'avenant, son déroulement prévu, ainsi que le prix envisagé ;
- 3°) motive le choix du mode de passation adopté et notamment, le cas échéant, le recours au délai d'urgence, au marché de gré à gré, au marché à bons de commandes ou à un marché-cadre, ainsi que les mesures prises pour assurer la compétition entre les candidats.
- 4°) rend compte du déroulement de la procédure. » (art 40 RMP)

Commentaire

- ❖ En général, ce rapport est rédigé par le service instructeur, il est signé par la personne responsable du marché.
- ❖ Il peut comprendre des indications complémentaires relatives notamment aux références budgétaires et aux engagements comptables (cf. § suivant du présent guide).

Exemple de plan type :

« Le présent rapport de présentation concerne le marché n° _____ relatif à _____ .

I – Nature et étendue des besoins à satisfaire

I.1 – Contexte général de l'opération

Dans le cadre de _____ , la collectivité a décidé de _____ .

Le montant global de l'opération est estimé à _____ .

La réalisation du projet nécessite la mise en place de plusieurs marchés, dont le présent marché.

Etat d'avancement : les marchés relatifs à _____ ont déjà été passés pour un montant global de _____ .

I.2 – Objet du présent marché et prévisions d'exécution

Le présent marché consiste en l'exécution des prestations suivantes : _____ .

Elles seront exécutées dans un délai de _____ mois à compter de la notification du marché, prévue au _____ trimestre _____. Le montant du marché est de _____ F TTC. Les prix sont révisibles.

II – Procédure de passation du marché

II.1 – Choix du mode de passation du marché

Il a été fait appel à la procédure de l'appel d'offres ouvert, conformément à l'article _____ de la D136/D424.

Les prestations ont été réparties dans les lots suivants : _____

II.2 – Déroulement de la procédure

Un avis d'appel d'offres ouvert est paru le _____ dans la presse : _____ .

Un modificatif est paru le _____ pour informer les candidats des modifications suivantes : _____ .

La date limite de remise des offres était le : _____ à _____ , soit un délai de _____ jours.

_____ candidats ont remis un pli avant la date et l'heure limites.

Ces plis ont été dépouillés en séance de la commission _____ en date du _____ .

Lors de la séance en date du _____ , _____ candidats ont été admis à concourir par la commission.

_____ offres ont été déclarées irrégulières. La commission a autorisé tous les candidats à régulariser leur offre.

Nombre final d'offres irrégulières : 2 , inacceptables : 3, inappropriées : 0, anormalement basses : 1.

Après présentation du rapport d'analyse des offres réalisée par le service instructeur, la commission d'appel d'offres en date du _____ a proposé de retenir _____ pour l'attribution du marché.

Les certificats de régularité fiscale et sociale demandés le _____ ont été remis complets et réguliers le _____ .

Le projet de marché a été approuvé en séance du _____ par le conseil _____ .

III – Incidence financière

III.1 – Financement en place (références budgétaire, AP, montant, bilan global des dépenses en annexe).

III.2 – Engagement proposé (décomposition TTC, provision révision de prix, engagement sur AP et sur CP).

En conclusion, j'ai l'honneur de soumettre à l'approbation le présent projet de marché à passer avec _____ pour un montant de _____ F TTC. »

6.6 – PROCÉDURE D'ENGAGEMENT

6.6.1 – Principes généraux de la comptabilité publique ¹

- ❖ Les opérations successives de dépenses sont l'engagement, la liquidation, l'ordonnancement, puis le paiement.
 - ⇒ L'engagement est l'acte juridique par lequel un organisme public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle il résultera une dépense. Il est pris par le représentant qualifié de l'organisme public agissant en vertu de ses pouvoirs. Il respecte l'objet et les limites de l'autorisation budgétaire.
 - ⇒ La liquidation consiste à vérifier la réalité de la dette et à arrêter le montant de la dépense. Elle comporte la certification du service fait, c'est-à-dire l'attestation que la prestation a été exécutée et correspond aux exigences du marché, et la détermination du montant de la dépense conformément aux justificatifs produits.
 - ⇒ L'ordonnancement est l'ordre, quel qu'en soit sa forme, donné par l'ordonnateur au comptable de payer la dépense. Le document correspondant est appelé le mandat, l'émission du mandat est appelée mandatement.
 - ⇒ Le paiement est l'acte par lequel l'organisme se libère de sa dette. C'est le comptable public qui procède, en général, à un virement bancaire sur le compte du prestataire.

6.6.2 - Principes budgétaires ²

- ❖ Le budget de l'année est voté avant le début de l'année budgétaire par l'organe délibérant de l'acheteur public. Il peut y avoir un budget primitif (BP) pour commencer l'année, et un budget modificatif ou supplémentaire (DM, BS) en cours d'année. Le budget définit, suivant une structure budgétaire propre à chaque acheteur public :
 - des **autorisations de programme (AP)** qui constituent la limite supérieure des dépenses qui peuvent être engagées, cumulées d'année en année, pour un investissement donné, jusqu'à sa clôture.
 - des **crédits de paiement (CP)** qui constituent la limite supérieure des dépenses qui peuvent être ordonnées ou payées pendant l'année en cours pour cet investissement.

En pratique

- ❖ En général, on inscrit une AP (ou une AE*) pour couvrir le montant d'une opération qui se poursuit et se terminera au terme de plusieurs années. Chaque année, on inscrira uniquement les CP nécessaires aux paiements de l'année considérée. La somme des CP inscrits ne pourra excéder le montant de l'AP en vigueur³. La dépense finale peut être inférieure au montant de l'AP.

Illustration : inscriptions de CP chaque année pour la construction d'un dispensaire X – Total de l'AP = 525 MF.

Année 2019	Année 2020	Année 2021	Année 2022	Année 2023
Etudes préliminaires	Concours	Etudes conception	Appel d'offres	Travaux
CP = 3 MF	CP = 10 MF	CP = 12 MF	CP = 150 MF	CP = 250 MF
AP = 525 MF				

- ❖ On se contente d'inscrire des CP (sans AP) sur une année budgétaire lorsqu'on est sûr que toutes les dépenses se feront dans l'année, ou lorsqu'il s'agit de dépenses récurrentes (pas de fin, donc pas d'AP).

* Les mêmes principes existent pour les dépenses de fonctionnement. « AP » ⇒ AE (autorisation d'engagement).

6.6.3 – Engagement du marché

6.6.3.1 – Engagement comptable / juridique

- ❖ Bien qu'ils soient concomitants et indissociables, on distingue :
 - ⇒ L'engagement juridique, né de la signature du marché public successivement par l'attributaire et par l'autorité signataire, suivie par sa notification à l'attributaire. Il crée une obligation des deux parties, et notamment une obligation de faire par le titulaire du marché, et une obligation de payer par l'administration.
 - ⇒ L'engagement comptable, qui verrouille, dans le budget disponible de l'acheteur public, le montant correspondant au marché, en vue du paiement des prestations lorsqu'elles seront exécutées par le titulaire.
- ❖ En pratique, l'engagement comptable préparé par les services financiers est signé par l'autorité (ou le directeur financier par délégation) sous forme de bon d'engagement, juste avant que l'autorité ne signe le marché.

¹ Cf. décret n° 2012-1246 du 7/11/2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

² Cf. articles 209-5, 209-6 et 209-17 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

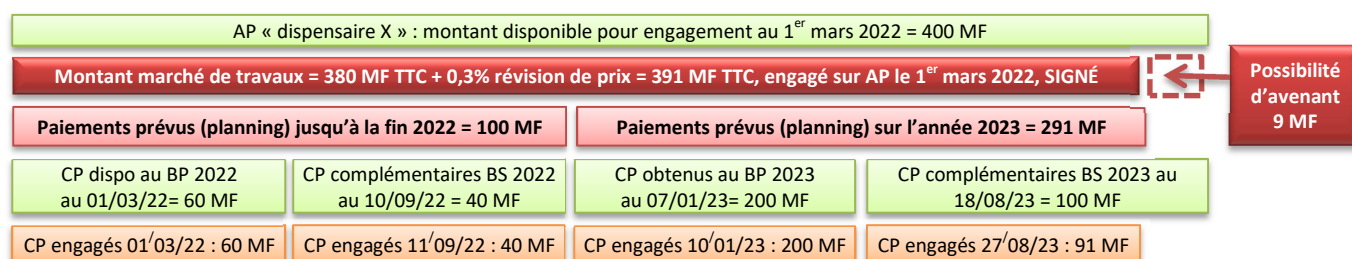
³ Chaque année, lors de chaque session budgétaire (vote du budget primitif, ou du budget supplémentaire), le montant d'une AP peut être révisé.

6.6.3.2 - Montant du marché à engager

- ❖ Le montant à engager est le montant TTC du marché mis au point en intégrant les éventuelles variantes et options que l'acheteur public a retenues pour être intégrées au marché, à l'issue de la décision d'attribution.
- ❖ En cas de tranches, seul l'engagement du montant de la tranche ferme est obligatoire. L'engagement du montant des autres tranches (conditionnelles) se fera préalablement à la notification de l'exécution desdites tranches.
- ❖ En général, le montant TTC à engager ne comprend pas les variations de prix ; on peut toutefois les estimer et les engager à la signature du marché, en tant que « provisions pour révision ou actualisation de prix ».

6.6.3.3 – Engagement du montant du marché lorsqu'une AP correspondant à l'objet du marché existe

- ❖ Le montant du marché public est engagé en totalité sur le montant disponible pour engagement de l'AP. Après engagement du marché, le montant de l'AP disponible pour d'autres engagements, en est diminué d'autant. **Impossible d'engager le montant du marché, et donc de signer le marché, si le montant d'AP est insuffisant.**
- ❖ L'engagement des CP disponibles nécessaires au paiement des prestations sur l'année budgétaire en cours peut se faire au moment de l'engagement du marché s'ils sont disponibles, ou plus tard, après obtention de ces CP par virement de CP depuis une autre opération, ou rajout de CP au budget supplémentaire, etc...
- ❖ *Exemple : engagement du marché de travaux de construction du dispensaire X (voir page précédente)*



- ❖ *Nota* : Dans la D424, l'offre inacceptable n'est pas définie comme excédant les « crédits budgétaires disponibles » (CCP métropole), mais comme excédant un seuil fixé par le règlement de la consultation, en référence soit aux ressources financières allouées au marché, soit à l'estimation administrative. En conséquence, le vote d'AP ou CP complémentaires pour une opération déjà inscrite au budget, afin de permettre l'engagement d'une offre retenue qui excéderait l'AP ou les CP disponibles lors de la consultation, ne remet pas en cause la mise en compétition.

6.6.3.4 – Engagement du montant du marché en l'absence d'AP

- ❖ Le montant du marché public est engagé en totalité sur le montant disponible pour engagement des CP correspondant à l'objet du marché. Après engagement du marché, le montant des CP disponibles pour d'autres engagements, en est diminué d'autant. **Impossible d'engager le montant du marché, et donc de signer le marché, si le montant des CP disponibles pour engagement est insuffisant.**
- ❖ Exception pour les marchés fractionnés (art 33 RMP : marchés à commandes, de clientèle, à bons de commandes, marchés cadres, marchés à tranches, marchés forfaitaires annuels reconductibles), l'engagement sur CP se fait :
 - à hauteur du montant du bon de commande avant signature du bon de commande ;
 - à hauteur du montant de la tranche avant signature de l'ordre de service notifiant l'exécution de la tranche ;
 - à hauteur du montant annuel reconduit, avant signature de l'ordre de service de reconduction d'un marché dont le montant annuel est déjà fixé (forfaitisé) et commandé au début de l'année.

6.6.4 – Signature du marché

- ❖ En pratique, le rapport de présentation qui est joint au projet de marché, comporte souvent, en plus de la liste réglementaire des points à présenter (cf. art 40 RMP, § 6.5 du présent guide), les références budgétaires, et des indications sur les provisions de révision de prix, et le montant des engagements à effectuer sur AP et /ou sur CP.
- ❖ Après avoir pris connaissance du rapport, et vérifié le bon engagement comptable du marché, l'autorité signataire habilitée signe à la fin de l'acte d'engagement « pour acceptation de l'offre du soumissionnaire », puis le marché signé est retourné au service instructeur.

6.7 – NOTIFICATION DU MARCHÉ

6.7.1 – Formalités relatives au contrôle de légalité

- ❖ Dans les 15 jours suivant sa signature par l'autorité signataire (exécutif), l'administration transmet un exemplaire du marché au haut-commissaire (HC), dont les services sont chargés du contrôle de légalité.
- ❖ En vertu des articles 204 (congrès, gouvernement, provinces) et 204-1 (établissements publics et groupements d'intérêt public de la Nouvelle-Calédonie et des provinces) de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, et des articles L121-39-1 à L121-39-3 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie :
 - Les « conventions relatives aux marchés » sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur notification aux intéressés, ainsi qu'à leur transmission au HC (ou son représentant dans la province).
 - Le haut-commissaire défère au tribunal administratif (...) les actes qu'il estime contraires à la légalité, dans les deux mois de la transmission qui lui en est faite. *(Il s'agit d'un contrôle a posteriori)*
 - Outre le recours direct dont elle dispose, une personne physique ou morale lésée par un acte des autorités de la Nouvelle-Calédonie, des autorités provinciales ou communales peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au HC de mettre en oeuvre la procédure ci-avant.
- ❖ Liste indicative des pièces à transmettre en matière de commande publique (source : HC DLAI, avril 2019, régime D136) :

PIECES DE LA PROCEDURE
Rapport de présentation (article 40 D136/CP) : - Nature, étendue des besoins à satisfaire - Montant prévu de l'opération - Economie générale du marché (déroulement + prix envisagé) - Choix du mode de passation - Mesures prises pour assurer la compétition entre les candidats - Déroulement de la procédure - Si urgence ou marché de gré à gré : motivation (article 34 et 35 D136/CP)
Délibération de l'organe décisionnel - autorisation à lancer la procédure AO et à la signer *
Publicité AAPC - Objet du marché - Lieu prise de connaissance - Conditions de réponse des offres - Lieu et DLRO ** - Délai d'engagement des offres - Lettre de consultation
Règlement de la consultation ou RPAO
PV CAO, lequel doit comprendre : - Noms et qualité des personnes qui y ont siégées - Analyse des candidatures - Analyse et classement des offres - Attribution du marché
Rapport d'analyse des offres
PIECES CONTRACTUELLES
Acte d'engagement CCAP CCTP BPU ou décomposition du prix global et forfaitaire Détail quantitatif et estimatif
PIECES DE L'ATTRIBUTAIRE
Attestations fiscales ⁴ Attestations sociales KBIS Références de l'entreprise Déclaration d'intention de soumissionner
SOUS-TRAITANCE
• Si déclaration au moment de l'offre : (article 76-1 D136/CP) Annexe sous-traitance signée + mentions obligatoires : - nature des prestations, - montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant - nom - dénomination sociale - adresse - modalités de règlement des sommes - conditions de paiement - modalités de variation des prix
Attestations fiscales Attestations sociales KBIS Référence de l'entreprise
CAS PARTICULIER
Si redressement judiciaire : Justificatif jugement TMC autorisant la poursuite d'activité (article 14 D136/CP)

* cf. § 6.2 du présent guide.

** DLRO = date limite de remise des offres

6.7.2 – Notification du marché

« Sauf [stipulation] [disposition] contraire du règlement d'appel d'offres la notification du marché sur appel d'offres sans concours doit être effectuée dans le délai de deux mois à compter de la date fixée pour la réception des offres. Dans le cas d'un appel d'offres avec concours le [programme] [règlement] du concours fixe le délai pendant lequel le candidat proposé reste engagé vis-à-vis de l'administration.

A l'expiration des délais ci-dessus fixés et si le marché n'a pas été notifié, le cocontractant potentiel est libre de renoncer à l'entreprise par déclaration écrite. S'il n'a pas usé de cette faculté avant la notification, il est engagé irrévocablement par cette notification. » (art 28-1 D136 modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ Après sa signature par l'autorité mentionnée à l'article 4 du RMP, une copie du marché (sans plans) est d'abord transmise, avec les éléments de procédure nécessaires, au contrôle de légalité, qui en accuse réception.
- ❖ Une copie du marché (signé par l'exécutif), certifiée conforme à l'original, est alors notifiée à l'attributaire :
 - ⇒ Soit par envoi postal en recommandé avec accusé de réception ;
 - ⇒ Soit par remise directe en mains propres, contre récépissé daté, apposé soit à la fin de l'acte d'engagement, soit sur la copie d'un ordre de service de notification du marché spécialement rédigé à cet effet.
- ❖ Le marché n'a d'existence légale qu'à compter de sa notification à l'opérateur économique.
- ❖ Cette notification n'emporte ordre de commencer l'exécution des prestations que si cela est prévu par le marché. En général, un ordre de service (marché de travaux) ou un bon de commande (marché à bons de commande) est nécessaire avant tout commencement d'exécution.
- ❖ Attention : même lorsque le délai d'engagement spécifié par le règlement de la consultation est dépassé, l'entreprise qui veut se dégager de son engagement doit le faire par écrit avant la notification du marché, faute de quoi cette notification l'engagera irrévocablement.
- ❖ **Attention** : Lorsqu'une entreprise attributaire se désiste de son engagement alors que les délais et règles de notification du marché ont été respectés, l'acheteur public peut décider que le surcoût éventuel de la passation d'un autre marché pour se substituer à elle lui sera répercuté¹, même si le marché ne lui est pas encore notifié. Si le marché a été notifié, il est alors résilié « aux frais et risques » de l'entreprise.

6.7.3 – Rendu exécutoire

« V. - Le président du congrès, le président de la commission permanente, le président du sénat coutumier, le président du gouvernement, le président de l'assemblée de province certifient sous leur responsabilité, chacun en ce qui le concerne, le caractère exécutoire des actes qu'ils émettent. » (art 204 de la loi organique, idem art 204-1 pour les actes des établissements publics et des groupements d'intérêt public de la Nouvelle-Calédonie et des provinces).

« Le maire certifie, sous sa responsabilité, le caractère exécutoire de ces actes. » (art L.121-39-1 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie).

« La preuve de la réception des actes par le HC peut être apportée par tout moyen. L'accusé de réception qui est immédiatement délivré peut être utilisé à cet effet, mais n'est pas une condition du caractère exécutoire des actes. »

En pratique

- ❖ Lors de la transmission de la copie du marché signé par l'exécutif et des pièces annexes au contrôle de légalité, une copie supplémentaire de l'acte d'engagement est revêtue du tampon de récépissé (avec date) des services du HC, et rendue à la collectivité.
- ❖ Une copie certifiée conforme du marché est notifiée au titulaire (selon le cas, il accuse réception sur un encart à la fin de l'acte d'engagement, ou sur un ordre de service, ou c'est l'accusé de réception de l'envoi postal qui fait foi).
- ❖ Le service instructeur « certifie le caractère exécutoire du marché » par une mention signée sur l'acte d'engagement original, sous réserve des délégations de signature accordées par l'exécutif au chef du service.
- ❖ La mention « Certifié exécutoire le » apposée sur l'acte d'engagement comporte une date qui est forcément identique ou postérieure à la date de récépissé du contrôle de légalité et à la date de notification au titulaire.

¹ Voir CAA Paris, 30 septembre 2014, n° 12PA02325 – CAA Bordeaux, 26 mai 2011, n° 10BX01504 – CE 24 novembre 2010, n° 330648.

6.8 – AVIS D'ATTRIBUTION

« Dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, le représentant légal de la collectivité ou de l'établissement porte à la connaissance du public le nom du titulaire ainsi que le montant du marché par un avis d'attribution [publié par voie de presse et/ou diffusé sur son profil acheteur.]

[publié sur les mêmes supports de publication que ceux utilisés pour l'appel public initial.]

Cette disposition s'applique également dans le cas des marchés de gré à gré passés en vertu de l'article 35-1 -1°) et 35-2 -5°) à la suite d'un appel public infructueux.

L'avis d'attribution est transmis aux services de la Nouvelle-Calédonie en charge de l'observatoire des marchés publics lors de l'envoi à publication. » (art 28-1 D136 modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ La publication de l'avis d'attribution est le point de départ de certains délais de recours contentieux (cf. § 6.10).
- ❖ La D424 met en cohérence les modes de publication entre l'appel public et l'avis d'attribution, et introduit l'obligation de publier le résultat des procédures de gré à gré menées suite à un appel public infructueux.

Exemples d'avis d'attribution

- ❖ Marché classique :

« Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a attribué, suite à l'avis d'appel d'offres paru le 15 décembre 2018 le marché concernant :

Objet : réfection des voiries du stade Numa Daly

Titulaire : entreprise Voirie NC - Montant TTC : 22.536.648 F TTC

Date de notification du marché : 25 mai 2019 »

- ❖ Marché unique comportant plusieurs lots, attribué à un groupement, suite à un appel d'offres infructueux :

« Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a attribué, suite à l'avis d'appel d'offres paru le 15 décembre 2018, à la déclaration d'appel d'offres infructueux, et à la procédure de gré à gré lancée le 25 février 2019, le marché unique suivant comportant plusieurs lots :

Objet général : réfection de la toiture de la salle de gymnastique

Lot 1 : démantèlement de la toiture

Titulaire : Démonte NC - Montant TTC : 5.005.142 F TTC

Lot 2 : renforcement charpente et couverture

Titulaire : Charpente NC - Montant TTC : 15.899.603 F TTC

Lot 3 : réfection de l'éclairage suspendu

Titulaire : Elec NC - Montant TTC : 1.542.000 F TTC

Date de notification du marché : 15 juillet 2019 »

- ❖ Lots séparés donnant lieu à plusieurs marchés, l'un à commandes, l'autre de clientèle :

« Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a attribué, suite à l'avis d'appel d'offres paru le 15 décembre 2018, plusieurs lots concernant :

Lot 1 : nettoyage salle de gym Nouméa

Titulaire : Nettoie NC

Marché à commandes : montant mini TTC = 2.000.000 F TTC, montant maxi TTC = 3.000.000 F TTC

Date de notification du marché : 2 mai 2019.

Lot 2 : nettoyage salle de gym Paita

Titulaire : Net net

Marché de clientèle : montant indicatif non contractuel¹ = 1.567.370 F TTC

Date de notification du marché : 12 mai 2019. »

¹ Un marché de clientèle (D136), ou un marché à bons de commandes ou un marché cadre sans mini ni maxi (D424), ne comportent pas de montant prédéterminé, mais on peut citer le montant du devis estimatif test du candidat, utilisé pour la comparaison des offres, ce qui permet aux concurrents de se situer par rapport à leur propre offre. Autre pratique : utiliser l'expression « montant non déterminé à l'avance ».

6.9 – DEMANDE D'INFORMATIONS PAR LES CANDIDATS (CADA)

6.9.1 – Principe de liberté d'accès aux documents administratifs

- ❖ Cf. code des relations entre le public et l'administration (CRPA), partie applicable à la Nouvelle-Calédonie.
- ❖ En marchés publics, l'acheteur doit communiquer les documents relatifs à la procédure à toute personne qui en fait la demande, y compris les candidats évincés, un particulier, un élu ou même une entreprise non candidate.
- ❖ Le demandeur doit préciser clairement le document qu'il souhaite se faire communiquer et indiquer sous quelle forme il souhaite cette communication (papier ou électronique). L'administration n'a pas d'obligation à transmettre par voie numérique un document non numérisé et disponible en version papier. Elle peut permettre la consultation sur place si le document demandé est volumineux ou si le nombre de document est important.
- ❖ La Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) peut être saisie par les demandeurs qui n'obtiennent pas l'accès aux documents. Elle n'a pas de pouvoir de sanction (office réservé au juge administratif).

6.9.2 - Points de vigilance

- ❖ Une information est protégée par le secret des affaires si les critères cumulatifs suivants sont remplis :
 - elle n'est pas généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leurs secteurs d'activités ;
 - elle revêt une valeur commerciale effective ou potentielle qui résulte de son caractère secret ;
 - elle fait l'objet de mesures de protection raisonnables pour demeurer secrète, compte tenu des circonstances.
 - Par exemple, sont susceptibles de constituer une information protégée : un savoir-faire, une connaissance technologique ou technique ou bien encore des données commerciales (exemples, les moyens techniques et humains, la certification de système qualité, le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires...).
 - En pratique, si une information est/ou semble être une donnée protégée par le secret des affaires, il est recommandé d'occulter ladite information avant de transmettre les documents demandés.
- ❖ « Les notes et classements des entreprises non retenues ne sont communicables qu'à celles-ci, chacune en ce qui la concerne. [...] En revanche, les notes, classements et éventuelles appréciations de l'entreprise lauréate du marché sont librement communicables » aux tiers¹.
- ❖ Lorsque le marché considéré correspond à un besoin répétitif ou récurrent, susceptible d'être remis régulièrement en concurrence, la communication du détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire à une entreprise concurrente risquerait de porter atteinte à la concurrence lors du renouvellement du contrat. Dans ce cas, l'acheteur n'est pas tenu de communiquer ces documents². Seule l'offre globale est communicable.

6.9.3 – Procédures et délais suite à une demande de communication

Choix de l'administration de communiquer les documents demandés :		
NON		OUI
refus tacite	refus exprès	réponse expresse
elle s'abstient de répondre pendant plus d'un mois : décision implicite de refus de communiquer les documents.	L'Administration choisit de ne pas communiquer ET répond au demandeur en motivant sa réponse ET en indiquant les voies de saisine de la CADA	Le document remplit-il les conditions suivantes ? : 1. il n'est pas diffusé publiquement 2. le marché est signé (avant signature du marché, les documents de la procédure sont considérés comme préparatoires et non communicables) 3. il ne contient pas d'éléments protégés par le secret des affaires. Sinon, ces éléments doivent être occultés avant transmission des documents demandés. Délai pour répondre : 1 mois
Saisine de la CADA par le demandeur :		
Le demandeur peut saisir la CADA dans un délai de 2 mois à compter de la décision de refus explicite ou implicite.		Si le document fourni ne satisfait pas le demandeur (document tronqué, erreur de document fourni...), il devra attendre 1 mois révolu à compter de sa demande initiale avant de saisir la CADA.
La CADA instruit la demande, interroge l'administration, et émet un avis au demandeur et à l'administration :		
Si avis favorable à la communication, l'administration a un mois à partir de la notification de l'avis de la CADA pour se conformer ou non.		
Si persistance du refus de l'administration		
Saisine du tribunal administratif NC par le demandeur, en vue d'obtenir une injonction de produire le document		

¹ Avis CADA du 10 avril 2014 SNCF, n°20141034

² Avis CADA du 23 juin 2011 Président du conseil général de la Meuse, n° 20112647

6.9.4 – Tableau récapitulatif des documents communicables (CADA 2018)

Documents demandés (en bleu les avis de la CADA)	Communicables sans réserves	Communicables après occultation des mentions protégées au titre du secret industriel et commercial	Non Communicables
1) Les documents de la consultation			
Avis d'appel public à la concurrence	X		
CCAP et CCTP, règlement de la consultation, plans et autres documents annexes mis à la disposition des candidats, bordereau de prix unitaire "vierge"	X		
Avis d'attribution	X		
2) les documents établis par le pouvoir adjudicateur après remise des candidatures ou des offres			
Liste des candidats admis à présenter une offre	X		
Rapport de présentation du marché (20161507)		X	
Procès-verbal d'ouverture des plis, des candidatures ou des offres (20161509)	X		
Rapport d'analyse des offres (20161692, 20172534), éléments de notation et de classement, (20161512)		X Sont communicables les mentions qui concernent l'attributaire à l'exception de celles couvertes par le secret industriel et commercial. Attention : les mentions qui se rapportent aux autres candidats (sauf demandeur) ne sont pas communicables	
Méthode de notation utilisée (20172534)		X	
Echanges avec les candidats lors de l'éventuelle négociation, questions posées et réponses, régularisations... (20170969, 20170879)		X	
Lettre de notification du marché (20162113)		X	
3) La candidature et l'offre de l'attributaire			
Lettre de candidature (20170927)		X	
Dossier de candidature		X Ne doivent pas être communiqués : les moyens techniques et humains, la certification de système qualité, les certifications ; les mentions du chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics	
État annuel des certificats reçus		X	
Offre de prix globale (20161692)	X		
Offre de prix détaillée contenue dans le bordereau des prix unitaires (BPU), la décomposition des prix globaux et forfaitaires (DPGF) ou le détail quantitatif estimatif (20161106, 20161778)			X
Mémoire technique, détail technique et financier de l'offre, devis (20172802)			X
Marques et produits proposés dans son offre par le candidat retenu	Communicables si c'est l'objet même du marché (marché de fournitures) : 20164396, 20173027)		Non communicable s'il s'agit d'un marché de travaux : les matériaux proposés relèvent du procédé technique qui est protégé (20170927, 20165913)
Acte d'engagement et ses annexes (20161134)		X après occultations des coordonnées bancaires ou RIB et de l'annexe financière	
4) Les dossiers des entreprises non retenues			
Dossier de candidature			X
Offre de prix globale	X		
Détail technique et financier de l'offre			X
5) Les pièces relatives à l'exécution du marché public			
Bons de commande et factures (20172207, 20172420)		X	
Ordres de service (20172207)		X	
Procès-verbal de réception (20171870, 20165665)		X	
Décompte final, décompte global et définitif (20174139)		X	
Calendrier d'exécution (20170927)		X	
Avenants (20170879)		X	
Acte de sous-traitance, (20174112)		X	
Pièces justificatives à l'appui du règlement financier		X	

Cf. également : <https://www.cada.fr/administration/marches-publics>

6.10 – RECOURS POSSIBLES CONTRE LA PROCEDURE DE PASSATION

6.10.1 - Les procédures d'urgence (référés)

6.10.1.1 - Le référé précontractuel (RPC), jusqu'à la signature du marché

- ❖ But : empêcher la passation d'un marché qui méconnaîtrait les obligations de publicité et de mise en concurrence.
- ❖ Personnes habilitées à engager ce référé : les concurrents évincés¹, le haut-commissaire dans le cadre de son contrôle de légalité, dans une moindre mesure, les « concurrents potentiels », c'est-à-dire les candidats empêchés de déposer une candidature en raison de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence.
- ❖ Dès notification du recours à l'acheteur public, il doit suspendre la signature du marché (maxi 21 jours).
- ❖ Pouvoirs du juge : ordonner à l'acheteur public de recommencer la procédure ou la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé..., suspendre et annuler la procédure.

NOTA : Afin de donner le temps nécessaire à l'exercice d'un RPC, le CCP exige d'informer les candidats évincés de la date à laquelle le marché sera signé, cette date devant respecter un délai dit de « stand still » (16 ou 11 jours) compté à partir de l'envoi de cette information. Cette exigence n'existe pas pour les marchés sous D136 ou D424.

6.10.1.2 - Le référé contractuel (RC), après la signature du marché (jusqu'à 31 jours après publication de l'avis d'attribution)

- ❖ But : sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après signature.
- ❖ Personnes habilitées à engager le référé : les mêmes personnes que pour le référé précontractuel.
- ❖ Si l'acheteur public a respecté la suspension de signature que lui impose un référé précontractuel, ou s'est conformé à la décision du juge du référé précontractuel, aucun référé contractuel ne peut être exercé².
- ❖ Les deux référés sont possibles lorsque l'administration a donné des informations erronées ou incomplètes ou n'a donné aucune information au concurrent évincé l'empêchant ainsi de mettre en œuvre le référé précontractuel.
- ❖ Pouvoirs du juge : prononcer la mesure la plus adéquate, l'annulation du contrat ou une mesure de substitution (résiliation, réduction de la durée du contrat, pénalité financière...).

6.10.2 - Les autres recours liés à la passation du marché

6.10.2.1 - Le recours de plein contentieux, ou contentieux de pleine juridiction (RCPJ)

- ❖ Ouvert aux candidats ou concurrents évincés, dans le délai de 2 mois à compter de leur information (lettre de rejet avec information sur l'attributaire, ou à défaut avis d'attribution).³
- ❖ Egalement ouvert aux tiers⁴ que la passation du marché peut léser, de manière suffisamment directe et certaine.⁵
- ❖ Moyens restreints « aux vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».
- ❖ Le juge dispose de pouvoirs étendus (résiliation, modification de clauses, annulation totale ou partielle, indemnisation, poursuite du contrat) qu'il module en fonction de la nature du vice entachant le marché. Il veille à la préservation de la sécurité juridique et de l'intérêt général.

6.10.2.2 - Le recours pour excès de pouvoir (REP), (dans le délai de 2 mois après notification ou publication de l'acte attaqué)

- ❖ Il n'a pas pour objet la contestation du contrat lui-même, il est dirigé contre les actes détachables, avant signature du marché, par exemple la décision de signer le contrat, d'écarter une offre ou d'attribuer un marché... Après signature du marché, il faudra faire un recours en contestation de validité (RCPJ).
- ❖ Ouvert uniquement au haut-commissaire dans le cadre du contrôle de légalité, les autres tiers utilisant le RCPJ.
- ❖ L'annulation de l'acte n'impliquera pas forcément la nullité du contrat, il faudra passer à un RCPJ pour cela.

¹ CE, 3 octobre 2008, n° 305420 (SMIRGEOMES)

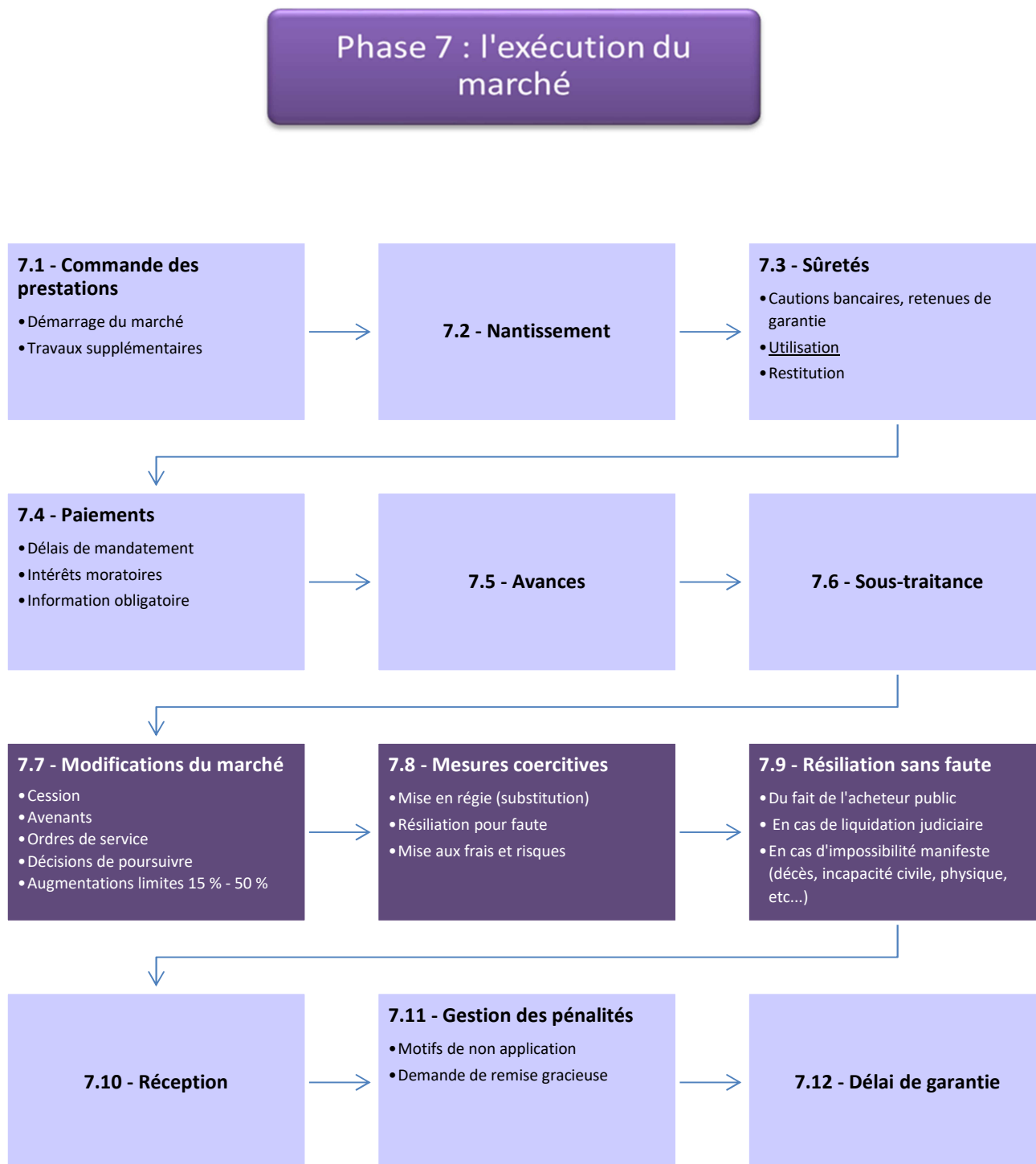
² Article L 551-14 du code de justice administrative

³ CE, 16 juillet 2007, n° 291545 (Société Tropic)

⁴ CE, ass., 4 avril 2014, n° 358994 (Département de Tarn-et-Garonne)

⁵ Cf. CE, 11 mai 2011, n° 337927 (Société lyonnaise des eaux)

PHASE 7 : L'EXÉCUTION DU MARCHÉ



7.1 – COMMANDE DES PRESTATIONS

7.1.1 - Démarrage des prestations du marché

- ❖ L'ordre de commencer les prestations objet du marché peut être implicite à la notification du marché, mais en général, c'est la notification d'un ordre de service de démarrage des travaux (marché de travaux) ou la notification d'un bon de commande (marché à bons de commande) qui vaut ordre de commencement d'exécution. Cf. CCAP.
- ❖ Le commencement des prestations est réputé être ordonné, soit à partir du lendemain de la notification dans le cas d'un marché de travaux (art 5.1 CCAG travaux), ou le jour même de la notification dans le cas d'un marché de fournitures et services (art 10.11 du CCAG fournitures courantes et services). Le CCAP peut également prévoir que l'ordre de démarrer les prestations fixe une date postérieure précise à laquelle les prestations doivent commencer. C'est cette date qui établit le début du délai d'exécution du marché, ou des bons de commande.
- ❖ Article 45.6 du CCAG Travaux : « Dans le cas où le marché prévoit que les travaux doivent commencer sur un ordre de service intervenant après la notification du marché, si cet ordre de service n'a pas été notifié dans le délai fixé par le marché ou, à défaut d'un tel délai, dans les six mois suivant la notification du marché, l'entrepreneur a le droit d'obtenir la résiliation du marché. Il perd ce droit si, ayant reçu l'ordre de commencer les travaux, il n'a pas, dans le délai de quinze jours, refusé d'exécuter cet ordre et demandé par écrit la résiliation du marché. »

7.1.2 - Travaux supplémentaires

« **Article 14** du CCAG Travaux : Règlement du prix des ouvrages ou travaux non prévus

14.1. Le présent article concerne les ouvrages ou travaux dont la réalisation ou la modification est décidée par ordre de service et pour lesquels le marché ne prévoit pas de prix.

14.2. Les prix nouveaux peuvent être soit des prix unitaires, soit des prix forfaitaires.

Sauf indication contraire, ils sont établis sur les mêmes bases que les prix du marché, notamment aux conditions économiques en vigueur le mois d'établissement de ces prix.

S'il existe des décompositions de prix forfaitaires ou des sous-détails de prix unitaires, leurs éléments, notamment les prix d'unité contenus dans les décompositions, sont utilisés pour l'établissement des prix nouveaux.

14.3. L'ordre de service mentionné au 1 du présent article, ou un autre ordre de service intervenant au plus tard quinze jours après, notifie à l'entrepreneur des prix provisoires pour le règlement des travaux nouveaux ou modificatifs.

Ces prix provisoires sont arrêtés par le maître d'oeuvre après consultation de l'entrepreneur. Ils sont obligatoirement assortis d'un sous-détail, s'il s'agit de prix unitaires, ou d'une décomposition, s'il s'agit de prix forfaitaires, cette décomposition ne comprenant aucun prix d'unité nouveau dans le cas d'un prix forfaitaire pour lequel les changements prescrits ne portent que sur les quantités de natures d'ouvrages ou d'éléments d'ouvrage.

Les prix provisoires sont des prix d'attente qui n'impliquent ni l'acceptation du maître de l'ouvrage ni celle de l'entrepreneur ; ils sont appliqués pour l'établissement des décomptes jusqu'à la fixation des prix définitifs.

14.4. L'entrepreneur est réputé avoir accepté les prix provisoires si, dans le délai d'un mois suivant l'ordre de service qui lui a notifié ces prix, il n'a pas présenté d'observation au maître d'oeuvre en indiquant, avec toutes les justifications utiles, les prix qu'il propose.

14.5. Lorsque la personne responsable du marché et l'entrepreneur sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet, s'ils ne sont pas incorporés dans un avenant, d'un état supplémentaire de prix forfaitaires ou d'un bordereau supplémentaire de prix unitaires, signé des deux parties. »

Points complémentaires :

Articles 15 à 17 du CCAG Travaux : (Sauf exceptions et conditions particulières décrites dans ces articles) « l'entrepreneur est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché ».

Art 2.51 et 2.52 : sauf exceptions, l'entrepreneur se conforme strictement aux ordres de service (OS) reçus, et sous peine de forclusion, il doit formuler ses réserves sur ces OS, dans les 15 jours après leur notification.

7.2 - NANTISSEMENT

« Tous les marchés passés en exécution des dispositions de la présente délibération sont susceptibles de faire l'objet de **cession ou de nantissement**. Les dispositions du présent titre sont applicables aux conventions par lesquelles peuvent être affectés en nantissement les marchés faisant l'objet de la présente délibération.

La cession ou le nantissement de créance peuvent être opérés soit selon les termes des articles 1689 et suivants du code civil, soit selon les dispositions fixées par les articles L.313-23 et suivants du code monétaire et financier. »

(art 96 D136 complété D424)

« L'autorité qui a traité avec l'entrepreneur ou fournisseur remet à celui-ci, à sa demande, une copie certifiée conforme de l'original du marché revêtu de la mention suivante :

“Exemplaire unique délivré en vue de la cession ou du nantissement prévu par l'article 96 de la délibération [n° 136 du 1^{er} mars 1967] [relative à la réglementation des marchés publics]”. (...)

« Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir à concurrence du montant des prestations qui doivent lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie certifiée conforme du marché revêtu de la mention indiquée à l'article 97 et, le cas échéant, de l'avenant ou de l'acte spécial désignant un sous-traitant admis au paiement direct doit être remise à chaque sous-traitant bénéficiaire de ce paiement direct, à sa demande. » (art 97 D136 modifié D424)

Commentaires

- ❖ La cession de créances ou le nantissement d'un marché public sont des procédés qui permettent à une entreprise titulaire d'un marché ou sous-traitante, d'obtenir de la part d'un tiers (souvent un établissement de crédit) un paiement rapide du montant des prestations exécutées (copie d'une facture ou d'un état d'acompte certifiée par l'administration) en contrepartie d'un intéressement, le tiers concerné se substituant au titulaire (ou au sous-traitant) pour la réception des paiements effectués par le comptable public postérieurement.
- ❖ La D424 intègre la possibilité explicite d'utiliser la cession de droit commun prévue par les articles 1689 et suivants du code civil (applicables en NC), en complément de la cession Dailly (articles L313-23 et suivants du code monétaire et financier) déjà largement pratiquée dans le contexte bancaire. Intérêt : la cession de droit commun permet au titulaire de céder ses créances à son fournisseur (qui n'est pas un établissement de crédit), ce qui remédie au problème d'impossibilité de paiement direct d'un fournisseur (qui n'est pas un sous-traitant).
- ❖ Le support du transfert de la dette au tiers est un exemplaire de l'acte d'engagement revêtu d'une mention spéciale : “Exemplaire **unique** délivré en vue de la cession ou du nantissement prévu par l'article 96 de ... ».
- ❖ Sous le régime de la D136, plusieurs pratiques ont lieu : remise systématique à la notification du marché, ou remise sur demande. La D424 introduit le fait que les opérateurs doivent le demander pour l'obtenir.

Incidence des sous-traitants

- ❖ Le montant des prestations que le titulaire envisage de confier à des sous-traitants est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire est autorisé à céder ou à donner en nantissement. (article 96-1 RMP)
- ❖ L'article 97-1 précise que pour accepter un sous-traitant postérieurement à la notification du marché, le titulaire doit restituer l'exemplaire unique destiné au nantissement qui lui a été éventuellement remis, afin qu'un autre exemplaire lui soit remis pour tenir compte de la diminution du montant cessible ou nantissable.
- ❖ Précisions sur la restitution de l'exemplaire unique :
 - En cas d'acte spécial intégrant un nouveau sous-traitant, doit être restitué l'exemplaire unique du marché ou du dernier avenant, destiné à la cession ou au nantissement, délivré antérieurement **au titulaire**, ou en cas d'impossibilité de le restituer, attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement démontrant qu'il n'y a pas d'obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée. Ou attestation signée du titulaire, de perte, ou encore de non demande et de non réception de l'exemplaire unique.
 - En cas d'acte spécial modificatif, doit également être restitué l'exemplaire unique de l'acte spécial ou de l'avenant, destiné à la cession ou au nantissement, délivré antérieurement **au sous-traitant**, ou en cas d'impossibilité de le restituer, attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement démontrant qu'il n'y a pas d'obstacle à la modification du montant sous-traité. Ou attestation signée du sous-traitant, de perte, ou encore de non demande et de non réception de l'exemplaire unique.

7.3 - SURETES (GARANTIES FINANCIERES)

❖ Voir articles 77 et suivants de la RMP, ainsi que le § 3.2.10 du présent guide.

7.3.1 – Principes généraux

- ❖ Si le marché comporte un délai de garantie, la constitution d'une sûreté est obligatoire, sauf s'il s'agit d'un marché, d'un lot ou d'une partie de lot qui est réservé à une structure d'insertion (art 14-2 D424) ¹.
- ❖ Le marché doit indiquer le montant des sûretés, exprimé en % du montant du marché, dans les limites suivantes :
 - 1,5% à 5% du montant du marché TTC, éventuellement modifié par les avenants (D136) ;
 - 1,5% à 3% du montant du marché HT, sans considération pour les avenants (D424).
- ❖ Les trois formes de sûretés sont les suivantes :
 1. Le cautionnement : c'est une somme d'argent ou un titre reçu par le comptable public (cf. art. 90 à 92 RMP). C'est une forme de sûreté inusitée, compte tenu des deux alternatives ci-dessous, moins impactantes financièrement.
 2. La retenue de garantie : c'est un montant prélevé sur les acomptes payés au fur et à mesure de l'exécution du marché jusqu'à ce que le cumul atteigne le montant du cautionnement, et versé sur un compte géré par le comptable public. Sous le régime de la D136, les modalités de calcul ne sont pas explicites. Sous le régime de la D424, sauf stipulation différente du marché, le taux est appliqué sur les montants de base HT des acomptes, hors avances, hors variation de prix, jusqu'à concurrence du montant des sûretés.
 3. La caution personnelle et solidaire : c'est, en pratique, une caution délivrée par la banque du titulaire du marché, mise à la disposition de l'acheteur public. En contrepartie, le titulaire verse un % de cette caution à sa banque.
L'engagement de la caution personnelle et solidaire doit être établi selon un modèle fixé par un arrêté du conseil des ministres (D136), ou du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (D424) ².
- ❖ Le futur titulaire du marché a toujours le droit de choisir librement l'un de ces trois modes de sûreté.
- ❖ Les paiements directs à un sous-traitant ne peuvent subir une retenue de garantie. Il est recommandé d'inclure dans le CCAP une clause de type: « *Lorsque le titulaire présente une demande de paiement d'un sous-traitant, il doit obligatoirement présenter une sûreté couvrant ce paiement, faute de quoi la demande est rejetée.* »

7.3.2 – Utilisation des sûretés

L'objet des « sûretés » est de garantir « ... **la bonne exécution du marché, y compris les obligations liées au délai de garantie, et le recouvrement des sommes dont le titulaire pourrait être reconnu débiteur au titre du marché, y compris pour les frais d'assurance obligatoire ou les frais de coactivité interentreprises précisés dans le marché, ainsi que le prélèvement des pénalités.** » (art 77 D136, modifié par la D424)

- ❖ Sous le régime de la D136, les sûretés ne peuvent être utilisées que pour remédier à des réserves intervenant lors de la réception ou pendant l'année de garantie ³. En général, il s'agit de faire intervenir une entreprise tierce, payée sur ces sûretés, après mise en demeure restée infructueuse.
- ❖ Sous le régime de la D424, elles peuvent être utilisées pour toutes les causes possibles : la bonne exécution du marché, y compris les obligations liées au délai de garantie, et le recouvrement des sommes dont le titulaire pourrait être reconnu débiteur au titre du marché, y compris pour les frais d'assurance obligatoire ou les frais de coactivité interentreprises précisés dans le marché, ainsi que le prélèvement des pénalités.

7.3.2.1 – Cas des travaux (articles 40.6, 43.2, 48.1 du CCAG travaux, article 80 RMP)

¹ Voir les autres exceptions prévues aux articles 83 (titulaires semi-publics, délégataires de services publics, structures d'insertion par le travail), 84 (marchés de gré à gré après avis de la CAO, 87-1 (entreprises immatriculées au répertoire des métiers ou au RIDET sous conditions spécifiques).

² Arrêté n° 2019-2455/GNC du 26 novembre 2019 fixant le modèle de caution personnelle et solidaire pour les marchés passés sous la D424.

³ Cet usage limitatif des sûretés est toujours intégré au code de la commande publique 2019 : « Article R2191-32 - La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiées au moment de la réception. »

La mise en œuvre pratique de l'utilisation des sûretés financières pour le cas de travaux de reprise de désordres pendant l'année de garantie peut être décomposée selon les phases suivantes :

1. Constat:

- que les réserves de réception n'ont pas été levées dans les délais notifiés, en référence à l'annexe du procès-verbal de réception listant les réserves de réception et à la décision de réception avec réserves qui a fixé la date limite de levée des réserves ;
- ou qu'il n'a pas été remédié aux désordres apparus pendant le délai de garantie, en référence à la lettre particulière de signalement du désordre, notifiée pendant le délai de garantie.

Ce constat peut se faire sous forme de procès-verbal rempli sur site, après convocation des acteurs (maître d'ouvrage, maître d'œuvre, entreprise titulaire, exploitant, etc...) pour lui donner un caractère contradictoire, mais il peut aussi consister en un écrit de l'exploitant sur site qui constate la subsistance du désordre. Il est essentiel que ce constat se fasse au plus tard avant la fin du délai de garantie, éventuellement déjà prolongé.

2. Notification du constat au titulaire par lettre, avec mise en demeure d'exécuter les travaux de remédiation dans un délai spécifié (minimum 10 jours sauf urgence, cf. art. 48.1 CCAG), après quoi l'exécution des prestations de levée des réserves ou de réparation des désordres sera effectuée par une entreprise tierce aux frais du titulaire par prélèvement sur ses sûretés financières.

*Il est essentiel que cette notification soit faite **avant** la fin du délai prévu à l'article 80 de la RMP au-delà duquel les sûretés financières sont libérées automatiquement, soit 1 mois après la fin du délai de garantie.*

La lettre doit préciser qu'« il est fait opposition à la levée des sûretés constituées auprès ... » du détenteur de sûreté correspondant (comptable public ou établissement bancaire). Ce dernier doit en recevoir copie dans le même délai, afin que la sûreté correspondante ne soit pas libérée.

3. Pendant le délai de mise en demeure, recherche (par le maître d'œuvre en général, ou par les services de l'acheteur public) d'entreprises susceptibles d'effectuer les réparations ou levées de réserves, et obtention d'au moins un devis. L'article 40.6 du CCAG évoquant une exécution par une entreprise tierce « aux frais et risques » du titulaire, il ne semble pas nécessaire de mettre en œuvre une véritable concurrence ni de chercher à optimiser le prix des prestations, sauf pour rester en deçà du montant des sûretés.

4. A l'issue du délai de mise en demeure restée infructueuse, notification par lettre à l'organisme détenteur de la sûreté (comptable public ou organisme bancaire), pour l'informer du résultat infructueux de la mise en demeure, du lancement des travaux de remédiation, et de la remise prochaine d'une facture à payer après exécution des prestations de reprise par l'entreprise tierce.

Sont joints à cette lettre la mise en demeure, et le devis de l'entreprise tierce (avec dates travaux prévues).

Très important : une copie de ces documents est notifiée au titulaire du marché avant début des travaux.

5. Exécution des travaux de remédiation par l'entreprise tierce, constat écrit (par le maître d'œuvre en général, ou par les services de l'acheteur public) de la bonne exécution, émission de la facture, et envoi de ces deux documents à l'organisme détenteur de la sûreté pour paiement. Copie en est faite au titulaire du marché.

7.3.2.2 – Cas des fournitures courantes et services

- ❖ Les 5 phases ci-avant peuvent être mises en œuvre de la même façon, mais dans le contexte propre aux fournitures et services, et sous réserve de les prévoir explicitement dans le CCAP, le CCAG FCS ne précisant rien.
- ❖ Il peut arriver dans certains cas qu'aucune entreprise tierce ne puisse intervenir à la place du titulaire du marché (prestations trop spécifiques, technologie propriétaire, etc...). L'acheteur public en est réduit à prolonger le délai de garantie, la seule motivation du titulaire pour remédier aux défauts consistant alors à récupérer le montant des sûretés. En effet, elles représentent pour lui, soit de l'argent immobilisé (cas de la retenue de garantie), soit un plafonnement des cautions accordées par sa banque pour d'autres affaires futures.

7.3.3 – Restitution des sûretés

- ❖ Le cautionnement ou la caution personnelle et solidaire qui la remplace, est libérée automatiquement après le délai d'un mois suivant l'expiration du délai de garantie, ou en l'absence de délai de garantie, après le délai d'un mois suivant la réception des travaux, fournitures ou services (art 80 RMP), sauf si l'administration a fait opposition auprès de l'organisme de crédit (avec copie au titulaire) en faisant état de réserves non levées.
- ❖ Sous le régime de la D424, la retenue de garantie bénéficie de la même libération automatique (par le comptable de l'acheteur public), si l'administration ne s'y est pas opposée dans les mêmes délais.

7.4 – PAIEMENTS

7.4.1 – Principes fondamentaux de la comptabilité publique ¹

- ❖ Les opérations successives de dépenses sont l'engagement, la liquidation, l'ordonnancement, puis le paiement.
 - ⇒ L'engagement est l'acte juridique par lequel un organisme public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle il résultera une dépense. Il est pris par le représentant qualifié de l'organisme public agissant en vertu de ses pouvoirs. Il respecte l'objet et les limites de l'autorisation budgétaire.
 - ⇒ La liquidation consiste à vérifier la réalité de la dette et à arrêter le montant de la dépense. Elle comporte la certification du service fait, c'est-à-dire l'attestation que la prestation a été exécutée et correspond aux exigences du marché, et la détermination du montant de la dépense conformément aux justificatifs produits.
 - ⇒ L'ordonnancement est l'ordre, quel qu'en soit sa forme, donné par l'ordonnateur au comptable de payer la dépense. Le document correspondant est appelé le mandat, l'émission du mandat est appelée mandatement.
 - ⇒ Le paiement est l'acte par lequel l'organisme se libère de sa dette. C'est le comptable public qui procède, en général, à un virement bancaire sur le compte du prestataire.
- ❖ Sous réserve des exceptions prévues par les lois et règlements, le paiement ne peut intervenir avant (...) l'exécution du service (...). Toutefois, des avances et des acomptes peuvent être consentis (...) aux entrepreneurs et fournisseurs (...).
- ❖ Le décret du 2 septembre 1996 modifié portant établissement de la liste des pièces justificatives des paiements des collectivités publiques de Nouvelle-Calédonie et de leurs établissements publics² comporte la nomenclature des pièces nécessaires aux paiements. *L'article 50 du décret n° 2012-1246 du 7/11/2012 indique que « Lorsqu'une opération de dépense n'a pas été prévue par une nomenclature mentionnée ci-dessus, doivent être produites des pièces justificatives permettant au comptable d'opérer les contrôles mentionnés aux articles 19 et 20. »*

7.4.2 – Forme des demandes de paiement

- ❖ Pour les marchés de travaux, le CCAG travaux prévoit un système d'acomptes :
 - un décompte provisoire récapitule toutes les prestations réalisées depuis le début de l'exécution du marché ;
 - un acompte est la différence entre deux décomptes successifs ;
 - le solde de tout compte est opéré par un décompte général définitif (DGD) signé de toutes les parties.
- ❖ Pour les marchés de services ou de fournitures, le CCAG fournitures courantes et services prévoit soit un système d'acomptes, soit un système de factures ou mémoires adapté aux particularités du marché. En cas d'émission de bons de commandes, le paiement de chaque bon de commande est considéré comme paiement définitif (art. 8.3).

Intérêt des systèmes :

- ❖ **Le système des décomptes**, relativement complexe, se base sur un montant cumulé depuis le début du chantier, des travaux effectués, des révisions de prix, et de tous les autres accessoires de calcul :
 - Il permet de suivre l'avancement de l'ensemble du marché.
 - Si un indice de révision n'est pas encore disponible, on pourra rajouter la révision une fois l'indice paru, au montant cumulé des révisions de prix applicable au décompte du mois en cours. La soustraction avec le décompte précédent permet de noyer dans l'acompte (différence entre les deux décomptes) tous les réajustements (révisions de prix tardives, corrections d'erreurs détectées tardivement) apparus *a posteriori*.
- ❖ **Le système des factures** est plutôt adapté au paiement de prestations isolées et / ou bien identifiées dans le marché, dont le prix ne varie plus ensuite (prix fermes, actualisés, ou révisés pour une période longue) :
 - Marchés de prestations de services dont chaque prestation a un montant déterminé, et qui suit la précédente lorsque cette dernière est entièrement terminée et validée par l'acheteur public. Exemple : marché d'études.
 - Marchés à bons de commandes révisés au plus annuellement : les prix unitaires sont modifiés par ordre de service ou par avenant, en amont de la nouvelle période, selon ce qui est prévu dans le CCAP.
 - Il est recommandé de faire un suivi de l'avancement global en indiquant le montant cumulé sur la facture.

¹ Cf. décret n° 2012-1246 du 7/11/2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

² (JORF 5/09/1996 – pages 13200 à 13201) (JONC 24/09/1996 – pages 3720 à 3744) + décret n° 2013-512 du 17/06/2013 (JORF n° 140 du 19/06/2013 page 10186)

7.4.3 – Délais de mandatement.

« [A compter du 31 mars 2017, le délai de mandatement d'un marché public, acomptes et solde, ne peut excéder 36 jours. Ce délai est ramené à 30 jours à compter du 1er janvier 2018.]

[Le délai de mandatement d'un marché public, acomptes et solde, ne peut excéder 30 jours.]

Le délai de mandatement court à partir des termes périodiques ou du terme final fixés par le marché ou lorsque le marché n'a pas fixé de tels termes à partir de la réception par l'administration de la demande du titulaire ou de la transmission par celui-ci à l'administration de la demande de son sous-traitant. Cette demande doit être adressée à la personne responsable du marché ou à toute personne désignée par le marché par lettre recommandée avec avis de réception postal ou lui être remise contre récépissé dûment daté et inscrit sur un registre tenu à cet effet.

(...)

Le délai de mandatement ne peut être suspendu qu'une seule fois et par l'envoi au titulaire [huit] [cinq] jours avant l'expiration du délai d'une lettre selon l'un des modes ci-dessus, lui faisant connaître les raisons qui, imputables au titulaire, s'opposent au mandatement et précisant les pièces à fournir ou à compléter.»

(art 71 D136 modifié D424)

Commentaires

- ❖ Le délai de mandatement est variable selon la date à laquelle le marché a été passé :
 - Avant le 31 mars 2017, le délai de mandatement est de 45 jours ;
 - Entre le 31 mars 2017 et le 31 décembre 2017, le délai de mandatement est de 36 jours ;
 - A compter du 1^{er} janvier 2018, le délai de mandatement est de 30 jours, sous la D136 ou la D424.
- ❖ Changement majeur introduit par la D424 : le délai de mandatement court à partir de la réception de la demande de paiement par l'administration.
- ❖ NB : Le délai de vérification maximal du maître d'œuvre lorsqu'il intervient pour vérifier les factures est de : minimum 8 jours (D136), minimum 7 jours et maximum 14 jours (D424). Cf. art 72-1 RMP.

7.4.4 – Intérêts moratoires

« Le défaut de mandatement dans le délai prévu au premier alinéa du présent article fait courir de plein droit, sans formalité, de manière automatique, au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant, des intérêts moratoires. Le bénéficiaire ne peut renoncer à ce droit. Toute clause contraire dans un marché public est réputée non écrite. » (art 71 D136 modifié D424)

« I - Les intérêts moratoires sont calculés sur le montant des droits à acomptes, ou à paiement par solde à un taux égal au taux de l'intérêt légal en matière commerciale en vigueur localement majoré de [deux] [quatre] points. » (art 72 D136 modifié D424)

Commentaires

- ❖ En cas de dépassement du délai de mandatement, des intérêts moratoires calculés sur les sommes dues et mandatées en retard, sont rajoutés à ces sommes. Leur taux est de :
 - Taux d'intérêt légal en matière commerciale en vigueur localement + 2 % (D136)
 - Taux d'intérêt légal en matière commerciale en vigueur localement + 4 % (D424)
- ❖ Conformément à l'article L.313-2 du code monétaire et financier dont l'application en Nouvelle-Calédonie est prévue à l'article L.743-3 du même code, un arrêté du ministre chargé de l'économie (Etat) précise, avant le début de chaque semestre, les deux taux d'intérêt légal applicables pour ledit semestre :
 1. l'un applicable lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels ;
 2. le second dans tous les autres cas (donc pour le cas des marchés publics).
- ❖ Une recherche sur le site www.legifrance.gouv.fr permet d'obtenir le dernier arrêté en vigueur :
 - Cliquer « Les autres textes législatifs et réglementaires »
 - Nature du texte « Arrêté »
 - Rechercher par mots « taux intérêt légal »
- ❖ La formule à appliquer est la suivante :

Montant des intérêts moratoires = (nombre de jours de retard par rapport à la fin du délai de mandatement) / 365 x (taux d'intérêts moratoires) x montant TTC de la facture ou de l'acompte.

Exemple de calcul des intérêts moratoires

- ⇒ Montant de la facture : 1.060.000 FCFP TTC
 - Point de départ du délai de mandatement : 13 / 02 /2020
 - Délai de mandatement applicable : 30 jours
 - Fin du délai de mandatement : 14 / 03 /2020
 - Date à laquelle le mandatement est émis : 24 / 03 / 2020
- ⇒ Nombre de jours de retard : 10 jours
 - L'arrêté du 23 décembre 2019 fixe pour le 1^{er} semestre 2020, comme taux d'intérêt légal : 3,15 % (particuliers) et 0,87 % (professionnels).
 - Taux des intérêts moratoires : 0,87 % + 4 % = 4,87 %
- ⇒ Montant des intérêts moratoires = $10 / 365 \times 4,87 \% \times 1.060.000 = 1.414$ FCFP, soit 0,4 % par mois de retard.
- ⇒ En comparaison, les taux pratiqués par le secteur bancaire en cas de découvert sont 2 à 4 fois plus élevés.

« II – Les intérêts moratoires sont mandatés en même temps que le mandatement du principal. » (art 72 D136 modifié D424)

Commentaires

- ❖ Dans le texte original porté au congrès, cette phrase comportait les mentions complémentaires suivantes, qui préexistaient dans la D136.: « Le défaut de mandatement de tout ou partie des intérêts moratoires lors du mandatement du principal entraîne une majoration de 5 % du montant de ces intérêts par mois de retard. Le retard auquel s'applique le pourcentage est calculé par mois entiers décomptés de quantième à quantième. Toute période inférieure à un mois entier est comptée pour un mois entier. » Pour une raison inconnue (erreur de version informatique ?), ces mentions n'ont pas été reconduites dans le texte de la D424.

« III - Le mandatement qui sera effectué en l'absence de fonds disponibles pour le paiement des prestations est assimilable au défaut de mandatement.

Dans ce cas, les intérêts moratoires sont dus jusqu'au jour où la collectivité ou l'établissement contractant, disposant des fonds pour procéder au règlement effectif des prestations en cause, adresse à cet effet un ordre écrit de versement au comptable assignataire. La date de l'ordre de versement est portée par écrit à la connaissance du titulaire par le représentant légal de la collectivité ou de l'établissement contractant le jour même de l'émission de l'ordre. » (ajout de la D424 à l'article 72)

Commentaire

- ❖ En cas de mandatement en l'absence de fonds, le délai de mandatement continue à courir jusqu'au réapprovisionnement des fonds. A noter que ces dispositions existaient avant 2016, et avaient été supprimées. Elles ont été réintroduites par la D424.

« Lorsque des éléments accessoires détachables du prix de base du marché tels que la révision ou l'actualisation des prix sont erronés, le mandatement doit être effectué sur la base des autres éléments de l'acompte ou du solde. Le mandatement intervenant ultérieurement pour ces éléments accessoires ne donne droit à intérêts moratoires que sur la base des délais correspondant à la remise des éléments accessoires corrigés. » (ajout de la D424 à l'article 71)

Commentaire

- ❖ Cette disposition rend obligatoire de mandater le principal (prix de base du marché), même en cas d'erreur de révision, ceci afin de ne pas pénaliser les titulaires concernant des paiements importants.
- ❖ Les intérêts moratoires concernant des éléments accessoires erronés ne peuvent être décomptés que sur des retards concernant le délai de mandatement démarrant à la fourniture des éléments corrigés. Dans le cas où les paiements sont opérés par états d'acompte mensuels, lorsque ces éléments corrigés ne sont fournis que dans le décompte suivant, les délais de mandatement s'alignent donc avec ceux de ce décompte.

7.4.5 – Informations relatives au délai de mandatement

« A compter du 1er juin 2020*, toutes les personnes morales citées à l'article 1er doivent mettre en place ou adhérer à un système de délivrance automatisé de récépissé, précisant la date et l'heure de dépôt des documents de paiement ou, à défaut d'un service facturier. Leur registre est mis à disposition du public, sous format dématérialisé et papier. »

(art 71 D136 modifié D424)

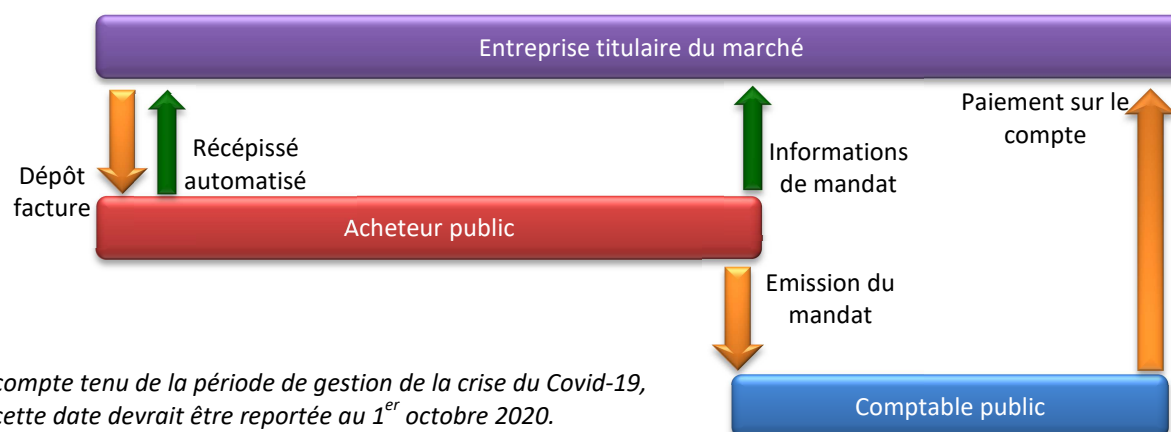
« IV – L'acheteur public est tenu d'informer, sans délai, par écrit ou par voie dématérialisée, le titulaire du marché de la date et du montant du mandat, ainsi que de la référence du document de paiement correspondant (facture ou décompte). »

(art 72 D136 modifié D424)

❖ Alors que rien n'existait sous le régime de la D136, la D424 impose pour les marchés passés sous son régime une information systématique des opérateurs économiques au début et à la fin du délai nécessaire au mandatement.

⇒ Système de récépissé automatisé des factures (à/c du 1er juin 2020*)

⇒ Communication des informations de mandat (n°, date, référence)



* compte tenu de la période de gestion de la crise du Covid-19, cette date devrait être reportée au 1^{er} octobre 2020.

7.4.6 – Recours des opérateurs économiques pour le paiement effectif des intérêts moratoires

L'Article 208-11 de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999 indique la conduite à tenir par le comptable du territoire et des provinces. S'agissant des communes, les mêmes dispositions sont mentionnées à l'article L 263-23 du code des juridictions financières.

« Dans le cadre des commandes publiques, lorsque des intérêts moratoires ne sont pas mandatés en même temps que le principal, ce dernier étant d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret, le comptable assignataire de la dépense en informe l'ordonnateur et le haut-commissaire dans un délai de dix jours suivant la réception de l'ordre de paiement. Dans un délai de quinze jours, le haut-commissaire adresse à l'ordonnateur une mise en demeure de mandatement. A défaut d'exécution dans un délai d'un mois, le haut-commissaire procède d'office, dans un délai de dix jours, au mandatement de la dépense. Toutefois, si, dans le délai d'un mois dont il dispose, l'ordonnateur notifie un refus d'exécution motivé par une insuffisance de crédits disponibles ou si, dans ce même délai, le haut-commissaire constate cette insuffisance, celui-ci, dans un délai de quinze jours à compter de cette notification ou de cette constatation, saisit la chambre territoriale des comptes dans les conditions fixées à l'article 208-3. Le haut-commissaire procède ensuite au mandatement d'office dans les quinze jours suivant la réception de la délibération inscrivant les crédits ou sa décision réglant le budget rectifié. »

Le seuil mentionné à l'article 208-11 et à l'art L263-23 a été défini par l'article 4 du décret 92-162 du 20 février 1992.

« Les procédures de mandatement d'office ou d'inscription d'office prévues, s'agissant de la Nouvelle-Calédonie, des provinces et de leurs établissements publics, à l'article 208-11 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée susvisée et, s'agissant des communes, à l'article L. 263-23 du code des juridictions financières sont mises en œuvre lorsque le montant du mandat correspondant au règlement du principal, tel qu'il est défini aux articles précités, est supérieur à 549 000 F CFP. »

Toute personne qui y a intérêt peut saisir le haut-commissaire d'une demande d'inscription d'office au budget de la collectivité et de mandatement d'office d'une dépense obligatoire (les intérêts moratoires répondent à ce qualificatif). Cf. les dépenses obligatoires définies aux articles L263-21 et 263-22 du code des juridictions financières pour les communes, et aux articles 84 et 183 de la loi organique 99-209.

7.5 – AVANCES

7.5.1 – Modalités de demande et de versement

« [L'avance est versée :

- au titulaire dans un délai de 30 jours à compter de la date de notification du marché ;
- au sous-traitant bénéficiant du paiement direct dans un délai de 30 jours à compter de la signature par le maître d'ouvrage de l'acte spécial de sous-traitance.

Le titulaire ou le sous-traitant peut refuser le versement de l'avance.]

[Lorsqu'elle est prévue par le marché, l'avance est réputée être demandée par le titulaire dès notification du marché, ou par le sous-traitant bénéficiant du paiement direct dès notification du marché, de l'avenant ou de l'acte spécial approuvant cette sous-traitance, sauf refus exprimé dans la soumission ou la demande d'acceptation de sous-traitance, ou exprimé suite à la notification.

Si une caution est exigée conformément à l'article 81, cette demande ne peut être acceptée qu'après fourniture de ladite caution. Le délai de mandatement prévu à l'article 71 s'applique à compter de la date où la demande d'avance est acceptable.] » (art 53 D136, modifié par la D424)

Commentaires

- ❖ Les modalités prévues par la D136 souffrent de défauts juridiques et opérationnels :
 - il est question de délais de versement, donc de paiement, au lieu de délais de mandatement ;
 - il est parfois interprété que si l'entreprise ne peut produire la caution exigée par l'article 81 dans un délai suffisant pour permettre le paiement sous 30 jours, l'avance ne peut tout simplement pas être versée.
- ❖ La D424 répare ces défauts en instaurant une date de démarrage du délai de mandatement standard (article 71) à compter de la notification du marché ou de l'acte spécial de sous-traitance, ou si la caution de couverture de l'avance est exigée, à compter de la fourniture de cette caution. Ceci permet à l'entreprise de déclencher sa demande d'avance à n'importe quel moment de l'exécution du marché, en produisant sa caution.
- ❖ La demande de l'avance prévue au marché est réputée tacite, sauf refus explicite posé par écrit par l'entreprise. Le refus par l'entreprise de l'avance prévue au marché peut être exprimé à plusieurs moments, y compris lors de la consultation (dans les pièces du projet de marché, est souvent incluse une case à cocher « refus »).

7.5.2 – Remboursement des avances sur les acomptes

« I. Les avances sont remboursées, à un rythme fixé par le cahier des clauses administratives particulières, par déduction sur les sommes dues ultérieurement au titre d'acomptes ou de solde.

Le remboursement doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant hors taxes du marché hors sommes payées directement aux éventuels sous-traitants.

II. Dans le silence du marché public, le remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées par ce dernier atteint 40 % du montant du marché hors taxes hors sommes payées directement aux éventuels sous-traitants.

III. Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités mais en référence au montant des sommes qui lui sont payées directement. » (art 57 D136, complété par la D424)

Commentaires

- ❖ Les bornes de remboursement par défaut indiquées dans la RMP impliquent un taux d'avance $\leq 40\%$ (remboursement commençant à 40% par défaut, et terminé obligatoirement à 80% d'exécution du marché).
- ❖ Si le CCAP ne précise pas les modalités de remboursement, exemple de clauses à introduire par avenant :

« L'entreprise peut demander une avance selon un taux maximal de 25% par rapport au montant des sommes qui lui sont affectées soit en tant que titulaire, soit en tant que sous-traitant.

Si elle le souhaite, elle précise le taux qu'elle souhaite dans l'acte d'engagement. A0 est l'avance calculée en appliquant ce taux au montant des sommes qui lui sont affectées.

Le montant de l'avance à inclure dans le décompte des sommes à payer (en complément de l'avancement cumulé des travaux), noté A, est déterminé en fonction de l'avancement des travaux, noté T (en %) :

 - Entre 0% et 40% d'avancement travaux, $A = A0$
 - Entre 40% et 80% d'avancement travaux, $A = A0 \times (80 - T) / (80 - 40)$
 - Entre 80% et 100% d'avancement, $A = 0$. »

7.6 – SOUS-TRAITANCE

❖ Voir la définition de la sous-traitance et les principes généraux au § 3.2.4.3 du présent guide.

« La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité et sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant une partie de l'exécution du contrat d'entreprise conclu avec le maître d'ouvrage.

Le titulaire d'un marché public de travaux ou de services peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de l'administration contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance. (...)

Dans le cas où la demande est présentée après la conclusion du marché, le titulaire de celui-ci, soit remet contre récépissé à l'administration contractante, soit lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une déclaration spéciale contenant les renseignements susmentionnés, accompagnée des attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents relatifs aux obligations fiscales et sociales du sous-traitant et des justificatifs de capacités juridiques, techniques et financières demandés par l'administration.

Le titulaire doit en outre établir que la cession ou le nantissement de créance résultant du marché ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant en produisant soit l'exemplaire unique du marché qui lui a été délivré, soit une attestation du comptable public assignataire de la dépense ou du trésorier . » (art 3 D136 complété D424)

« Les dispositions prévues aux articles 58 à 76 s'appliquent aux sous-traitants définis à l'article 3 sous réserve des dispositions particulières ci-après.

Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est supérieur ou égal à 500 000 francs CFP hors taxes, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'administration contractante est payé directement pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

En deçà du seuil ci-dessus, l'administration peut décider de procéder au paiement direct du sous-traitant, à condition que celui-ci le demande et que le titulaire l'accepte.

L'ensemble de ces dispositions s'applique également aux sous-traitants de second rang.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par le marché, un avenant, ou un acte spécial.

Y sont précisés : la nature des prestations sous-traitées, le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant, - le montant prévisionnel des sommes à payer directement au sous-traitant, les modalités de règlement de ces sommes. » (art 76-1 D136, complété par la D424)

Changements principaux introduits par la D424 :

- ❖ Paiement direct du sous-traitant (ST) même sous le seuil de 500.000 F si titulaire, ST, et acheteur sont d'accord.
- ❖ Paiement direct des ST de second rang, c'est-à-dire lorsqu'un ST, appelé alors « sous-traitant de premier rang » (ST1R) sous-traite lui-même à un ST, appelé « sous-traitant de second rang » (ST2R) :
 - ⇒ Sous le régime de la loi de 1975 sur la sous-traitance étendue à la Nouvelle-Calédonie jusqu'en 1994, les ST1R qui souhaitaient sous-traiter à un ST2R, doivent :
 - soit lui fournir une caution personnelle et solidaire (caution bancaire) ;
 - soit établir une délégation de paiement signée par le ST1R, le ST2R et l'acheteur public dont le résultat final est le paiement direct au ST2R.
 - ⇒ La D424, dans le cadre de la compétence réglementaire de la Nouvelle-Calédonie en matière de sous-traitance depuis la loi organique de 1999, prend le raccourci d'offrir le paiement direct aux ST2R.

Procédure d'élaboration d'un acte spécial de sous-traitance

- ❖ L'acte spécial tient lieu d'avenant au marché uniquement dédié à l'acceptation de l'acceptation d'un sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement (paiement direct, montant sous-traité, etc...) ou leur modification.
- ❖ La signature d'un acte spécial requiert donc la signature du titulaire du marché, du ST (voire des ST1R et ST2R), et de l'autorité signataire, ainsi que des opérations de modification d'engagement comptable vis-à-vis du titulaire et des sous-traitants (dégagement, engagement), le montant du marché ne variant pas.
- ❖ La procédure est identique à celle d'un marché et d'un avenant, avec la nécessité d'un rapport de présentation qui présente le sous-traitant et les modifications d'engagement, mais sans formalités de contrôle de légalité.

7.7 – MODIFICATIONS DU MARCHÉ

Dans l'absolu, le principe général de la définition aussi exacte que possible des spécifications permettant de répondre aux besoins de l'acheteur, avant la mise en concurrence, ne devrait pas entraîner de modifications du marché pendant son exécution. La réalité est toute autre, et il faudra dans certains cas modifier le marché, *acte contractuel*, par un *acte contractuel modificatif*, l'avenant, en veillant à pas remettre en cause la mise en concurrence initiale.

7.7.1 - Cession

La cession d'un marché consiste en la substitution du titulaire d'un marché par un autre opérateur économique.

Il s'agit en principe d'une modification substantielle du contrat, qui nécessite de faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence, sauf dans les cas suivants :

- lorsqu'elle intervient en application d'une clause de réexamen ou d'une option du contrat initial ;
- lorsqu'elle intervient à la suite d'une opération de restructuration de société, dans un contexte de rachat, fusion, acquisition ou insolvabilité. La continuation de l'exécution du marché est assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement mais à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Une cession qui n'entre pas dans une de ces hypothèses ne peut être envisagée au profit d'un autre titulaire ¹.

L'autorité qui a signé le contrat est compétente pour délivrer l'autorisation de cession du marché. Une cession non autorisée entraîne, d'une part pour le titulaire une résiliation du marché pour faute, et d'autre part pour l'acheteur qui la contractualise, un risque de sanction pénale pour délit de favoritisme ².

7.7.2 – Limites de la modification d'un marché

1. Même si l'administration a le pouvoir de modifier unilatéralement un contrat elle ne peut le faire que dans le cas de motif d'intérêt général ³ et ne peut modifier substantiellement le contrat initial ⁴.
2. Il est possible d'inclure dans un marché public des travaux, fournitures ou services supplémentaires, qui sont devenus nécessaires, à une double condition cumulative, que l'acheteur doit démontrer :
 - impossibilité de changer de titulaire pour des raisons économiques ou techniques : interchangeabilité ou interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial (soit des « liens étroits » ³ entre les prestations supplémentaires et celles du marché) ;
 - inconvénient majeur ou augmentation substantielle des coûts (de résiliation anticipée ³ notamment).
3. Enfin, si des circonstances extérieures que l'acheteur ne pouvait raisonnablement prévoir lors de l'établissement du contrat initial, compte tenu de la nature, des caractéristiques du projet, des pratiques, cette hypothèse relève de la notion de sujétions techniques imprévues qui recouvrent toutes les difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution ⁵.

Dès lors, toute modification qui ne rentre pas dans les hypothèses précitées est considérée comme substantielle et doit donner lieu à l'organisation d'une nouvelle procédure.

Est considérée comme substantielle et est qualifié de nouveau contrat soumis aux règles de la commande publique :

- l'introduction de conditions qui si elles avaient figuré dans la procédure initiale auraient permis l'admission de soumissionnaires autres ou de retenir une offre autre ;
- la modification du prix entraînant le franchissement d'un seuil déterminant une procédure de passation différente de celle du marché initial, qui aurait modifié l'ouverture à la concurrence et l'attribution ⁶ ;
- l'extension du marché à des services ou prestations non initialement prévus et dissociables des prestations initiales ou qui modifient la nature des prestations. ⁷

A retenir : toute modification du marché doit être motivée, soit par une demande légitime de l'acheteur public, soit par des circonstances d'exécution ou des événements extracontractuels ¹.

¹ Avis du Conseil d'Etat n° 364 803 du 8 juin 2000

² Article 432-14 du code pénal

³ CE, 23 déc. 2016, n° 397096

⁴ CE, 17 février 1978, Compagnie française d'entreprises, n° 99436 ; CE, 14 mars 1980, CITREM, n° 03417

⁵ CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445

⁶ Toutefois, la régularité d'un tel avenant doit être appréciée au regard de son caractère prévisible ou imprévisible lors de la passation du contrat initial. En cas de sous-évaluation volontaire, ou de scission artificielle en deux opérations distinctes, l'avenant est irrégulier. S'il s'agit de circonstances imprévisibles, telles que des sujétions techniques imprévues, la modification du marché initial s'impose alors afin, notamment, de permettre la poursuite des travaux prévus initialement. (CE, 1/04/98, M. Coesnon, n°150702 - CE, 29/04/02, Commune de Dunkerque, n° 235738)

⁷ CE, 30 janvier 1995, Sté Viafrance, n° 151099, CE, 28 juillet 1995, société Jeanne d'Arc, n°143438, CE, Sect. Fin., avis, 8 juin 2000, n° 364803

7.7.3 – Avenant

Le régime des avenants a été considérablement modifié et simplifié par la D424.

⇒ Rédaction applicable aux marchés passés sous le régime de la D136 :

« **Toute modification du montant, de la durée ou des délais d'exécution d'un marché rend obligatoire la passation d'un avenant.**

Toute modification du montant d'un marché par avenant supérieure à 15% du montant initial est interdite.

La personne responsable du marché doit proposer, à l'autorité visée à l'article 4 de la présente délibération, de soumettre le projet d'avenant au marché à la commission d'appel d'offres dès lors que celui-ci est supérieur à 10% du montant du marché initial. » (art 40 D136)

⇒ Rédaction applicable aux marchés passés sous le régime de la D424 :

« **I – Lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant fixé par le marché, la poursuite des prestations est subordonnée :**

- soit à la conclusion d'un avenant ;
- soit, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par l'autorité compétente.

Un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.

II – L'avenant est un acte contractuel.

1°) Tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant du marché supérieure à 15 % est subordonné, avant l'exécution des prestations correspondantes, à l'avis de la commission d'appel d'offres. L'économie du marché ne doit en aucun cas être bouleversée.

2°) L'avis de la commission d'appel d'offres est recueilli pour tout projet d'avenant qui pris individuellement, est inférieur à 15% du montant initial du marché, mais dont le cumul avec le ou les avenant(s) précédents(s) a pour effet de majorer le montant initial de plus de 15%.

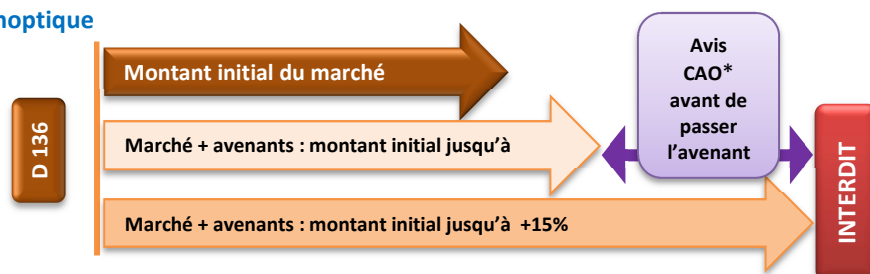
3°) Pour les marchés à bons de commandes et marchés-cadres, le dépassement du seuil de 15% s'apprécie par rapport au montant maximal s'il existe.

4°) Pour les marchés à tranches, les tranches fermes et conditionnelles affermies servent à calculer ce montant.

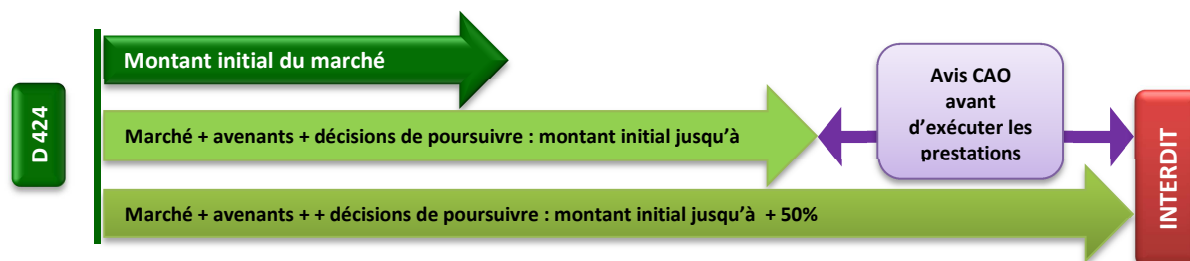
5°) L'avenant est approuvé et notifié dans les mêmes formes que le marché initial.

6°) Toute augmentation du montant du marché supérieure à 50% du montant initial est interdite. » (art 40-1 D424)

Synoptique



* Souvent, les prestations portant le marché à une augmentation inférieure à 10 % ont déjà été exécutées ou ont déjà fait l'objet d'un avenant ; l'avis de la CAO sur un avenant supérieur à +10 % devient donc contraint par ces prestations déjà exécutées.



Commentaires

- ❖ L'encadrement du montant des avenants a pour but de ne pas remettre en cause la mise en concurrence initiale.
- ❖ En effet, changer de manière importante la nature des prestations d'un marché ou leur volumétrie, autrement dit « bouleverser l'économie du contrat », signifie que la mise en concurrence initiale aurait peut-être conduit à un attributaire du marché différent, ce qui met en échec les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

¹ Par exemple, accorder à l'entreprise des délais supplémentaires de type congés de fermeture annuelle, remet en cause l'appel d'offres initial.

Exemples :

1. Ajouter de l'entretien d'espaces verts dans un marché d'entretien multi-technique électricité / climatisation, avec une augmentation – modeste – de 5% du montant du marché.
 ⇒ *Les prestataires d'entretien d'espaces verts n'ont pas de liberté d'accès à ces prestations car le titulaire pourra choisir librement comme sous-traitant tel ou tel d'entre eux.*
 2. Remplacer l'ensemble des murs qui devaient être construits en béton banché lors de l'appel d'offres, par des murs construits en agglomérés lors de l'exécution, avec une diminution du montant du marché.
 ⇒ *Les entreprises qui pratiquent la construction en agglos n'ont pas répondu à l'appel d'offres initial et ont donc été exclues de la mise en concurrence alors qu'elles auraient pu y être incluses.*
 3. Rajouter au lot électricité des climatiseurs dans tous les locaux, alors qu'il n'en était pas prévu initialement, ce qui augmente le montant du lot de 40 %.
 ⇒ *Le titulaire du marché peut fixer librement ses prix de climatiseur sans lien avec les prix de son marché, et sans concurrence, ce qui remet en cause l'appel d'offres initial.*
 4. Rajouter des fonctionnalités pour une prestation intellectuelle de sorte que son montant augmente de 20 %.
 ⇒ *La réponse et le concept proposés par les concurrents à l'appel d'offres initial auraient pu être différents.*
 5. Augmenter la quantité de repas à livrer de 25% par rapport aux prévisions du marché.
 ⇒ *Les prix unitaires proposés par les concurrents à l'appel d'offres initial et le titulaire auraient pu être bien plus intéressants, et le résultat de la mise en concurrence différente.*
 6. Augmenter le linéaire de pieux compte tenu d'une profondeur réelle du substratum de 18 m au lieu de la profondeur de 12 m indiquée par l'étude de sol, ce qui implique une augmentation du prix global de 50 %.
 ⇒ *On peut soutenir que tout candidat aurait été sujet aux mêmes aléas, imprévisibles, et que les prix unitaires de ce type de prestation ne dépendent pas de la profondeur, rendant l'avenant licite.*
- ❖ Les exemples 1 et 2 montrent que le % d'augmentation du prix n'est pas le seul qui compte : un avenant d'un montant modeste en raison de la compensation des plus et des moins, peut tout de même être illicite.
 - ❖ Si le bouleversement est trop important, il est nécessaire de lancer une nouvelle procédure de marché.
 - ❖ La simple présentation d'un avenant interroge immédiatement sur une remise en cause éventuelle de l'appel d'offre initial, et crée un risque juridique. Il est donc très important de définir aussi précisément que possible les besoins à satisfaire, leur volume et leurs spécifications, avant de lancer cet appel d'offres initial (article 7 RMP).

Commentaires sur les nouvelles dispositions D424

- ❖ Jusqu'au seuil de 15% d'augmentation, l'avenant est réputé ne pas bouleverser l'économie du marché, ou dit autrement, ne pas introduire de modification substantielle¹ compte tenu de son montant.
- ❖ Au-dessus de ce seuil, le service instructeur devra, avant exécution des prestations, démontrer à la CAO que l'économie du marché n'est pas bouleversée¹ pour obtenir son avis favorable.
- ❖ Le plafond de 50% d'augmentation est un seuil réglementaire formel. En plusieurs cas, la jurisprudence administrative considère que l'économie du marché est bouleversée bien en deçà (à partir de 10-15%).

Rapport de présentation

- ❖ En référence à l'article 40 de la RMP, et afin de faciliter la compréhension des conditions de passation de l'avenant, le service instructeur doit présenter un « rapport de présentation » dont le plan peut être le suivant :
 - Nature et étendue des besoins à satisfaire, montant prévu de l'opération ;
 - Marché initial ou avenants précédents : résumé des procédures suivies, montant, état d'avancement ;
 - Objet de l'avenant, notamment travaux supplémentaires (TS) avec leur liste classée par catégories, par exemple « changement de programme demandé par l'utilisateur » « sujétions techniques imprévues » ;
 - Nouveau montant du marché après avenant, avec % d'augmentation par rapport au montant initial, afin de vérifier le respect des seuils de 10, 15 ou 50 % et la procédure applicable (passage en CAO ou non).
- ❖ Rappel : l'avenant et son rapport de présentation doivent être adressés au contrôle de légalité.

¹ Pour justifier le non bouleversement de l'économie du contrat, voir définition de modifications non substantielles : CCP art R2194-7, 1°, 2° et 3°.

7.7.4 – Modification des délais contractuels

- ❖ Les marchés régis par la D136 doivent obligatoirement faire l'objet d'un avenant pour toute modification du délai.
- ❖ Sous la D424, l'exécution du chantier, des **travaux** peut être suspendue, pas le délai contractuel. Celui-ci doit impérativement être prolongé, soit **par ordre de service** (CCAG travaux art.19.21 et 19.22), soit par avenant.
- ❖ Sous la D424, dans un marché régi par le CCAG **fournitures courantes et services**, la prolongation de délai fait l'objet d'une **décision signée par la personne responsable du marché** et notifiée au titulaire (CCAG FCS art. 10.3).
- ❖ Il est recommandé, à chaque modification du délai, de calculer et d'indiquer explicitement la nouvelle date de fin du délai contractuel, puis de repartir de cette date pour les modifications suivantes.

En effet, les délais supplémentaires successifs peuvent être exprimés en unités diverses (jours calendaires, jours ouvrés, report au 1^{er} jour ouvrable lorsque la fin du délai tombe dans un jour non ouvrable, ...), ce qui fait que leur somme ajoutée à la date de début du délai peut ne pas correspondre à la date de fin calculée au fur et à mesure.

C'est la dernière date de fin calculée de manière successive qui doit être prise en compte.

Cette dernière date de fin permet alors, par différence avec la date de démarrage, de calculer le délai supplémentaire global, qui sera exprimé dans les unités jugées pertinentes (mois, semaines, jours calendaires).

7.7.5 – Outil de modification avant avenant : l'ordre de service (cf. § 7.1.2)

- ❖ Le CCAG fournitures courantes et services ne prévoit pas d'ordre de service, mais le marché peut en prévoir.
- ❖ Le CCAG travaux prévoit qu'il est possible de notifier à l'entreprise titulaire du marché, l'exécution de travaux supplémentaires par ordre de service du maître d'œuvre (cf. article 14 du CCAG travaux). Après accord entre l'acheteur public et l'entreprise sur les prix définitifs, un avenant est conclu.
- ❖ **Attention** : délais de régularisation des ordres de service par avenant :
 - ⇒ Les articles 75 et 76 de la RMP prévoient les dispositions suivantes pour prendre en compte un ordre de service prescrivant des modifications :
 - un délai de 6 mois pour passer l'avenant fixant le prix définitif des modifications ;
 - en cas de désaccord ne permettant pas d'aboutir, un délai de 3 mois dans lequel l'acheteur doit fixer par décision unilatérale un montant permettant de payer l'entreprise ;
 - à compter de l'expiration des 6 + 3 = 9 mois, des intérêts moratoires jusqu'à la conclusion d'un accord contractuel. La D424 précise que cet accord contractuel peut être un avenant ou transaction.
- ❖ Remarque : l'article 13.11 du CCAG travaux indique que « Si des ouvrages ou travaux non prévus ont été exécutés, les prix provisoires mentionnés au 3 de l'article 14 sont appliqués tant que les prix définitifs ne sont pas arrêtés. » Ces prix provisoires sont ceux notifiés par ordre de service, et doivent donc être inclus dans le décompte des travaux. Toutefois, ce décompte ne peut excéder le montant du marché ou de son dernier avenant.

7.7.6 – Décision de poursuivre

« III – La décision de poursuivre est un acte unilatéral.

1°) La décision de poursuivre est signée par l'autorité visée à l'article 4. La faculté de prendre une décision de poursuivre doit être prévue par les cahiers des charges du marché.

2°) La décision de poursuivre n'est applicable que dans le cas d'une augmentation du volume des prestations figurant au marché et à la condition expresse qu'elles soient rémunérées conformément aux prix et selon les termes du marché.

3°) La décision de poursuivre est approuvée et notifiée dans les mêmes conditions et formes qu'un avenant, y compris l'avis préalable de la commission d'appel d'offres au-delà des seuils prévus au II ci-dessus. » (art 40-1 D424)

Commentaires

- ❖ A la différence de l'avenant, qui est un acte contractuel – entre les deux parties – nécessitant leur accord préalable, la décision de poursuivre n'est signée que par l'acheteur public.
- ❖ Cet outil doit être prévu dans le marché, et peut être utile lorsque le délai de passation de l'avenant est incompatible avec la nécessité de continuité immédiate de l'exécution du marché (exemple de terrassement menaçant une voie de circulation), ou encore lorsque le titulaire refuse de signer tout avenant, empêchant la poursuite de l'exécution du marché.

7.7.7 – Décompte des % d'augmentation limites (art 40-1 D424)

« IV - En cas de coexistence d'avenant(s) et de décision(s) de poursuivre, les seuils précisés au II ci-dessus s'appliquent à leur somme.

V - Les seuils précisés au II ci-dessus ne prennent pas en compte les prestations intégrées dans le marché par avenant à la suite d'une procédure d'appel d'offres ou de la procédure de gré à gré visée à l'article 35-1, 1°). »

Commentaires

- ❖ Pour apprécier les seuils d'augmentation du marché initial sous la D424, il faut additionner le montant cumulé des avenants et des décisions de poursuivre.
- ❖ L'objectif de l'encadrement des avenants est de ne pas bouleverser l'économie d'un marché initial.
- ❖ Si un appel d'offres en lots séparés donne lieu à la passation d'un marché unique regroupant une partie de ces lots, et que les autres lots, déclarés infructueux initialement, sont intégrés ultérieurement par avenant au marché, après remise en compétition conforme à la RMP, le montant de ces lots n'est pas décompté dans les augmentations limites, car il s'agit d'intégrer le montant initial des derniers lots, sans augmenter le montant initial des premiers lots.
- ❖ Dans le cas d'un marché unique en groupement conjoint regroupant plusieurs lots, les augmentations limites ne s'appliquent pas au montant de chaque lot, mais au montant global du marché unique, tous lots confondus.¹

7.7.8 – Cas particulier des marchés de maîtrise d'oeuvre

- ❖ Dans un marché à prix provisoires, les conditions exactes de la détermination du prix définitif doivent être incluses dans le marché initial ou dans un avenant intervenant avant l'expiration du premier tiers de la durée d'exécution du marché. Comme l'indique l'article 9-1 de la D424 (qui reprend la majeure partie de l'article 36 de la D136 supprimé par la D424), les marchés de prestations intellectuelles peuvent être passés à prix provisoires.
- ❖ C'est le cas général des marchés de maîtrise d'œuvre passés selon les principes des réglementations métropolitaines successives définissant les missions et conditions de rémunération des maîtres d'œuvre privés (cf. décret n° 73-207 du 28/02/1973, décret n° 93-1268 du 29/11/1993, et livre IV du CCP 2019). Rappel : ces réglementations n'ont pas été étendues à la Nouvelle-Calédonie en ce qui concerne les acheteurs locaux soumis à la RMP. Leurs principes peuvent toutefois être repris dans les marchés en tant que clauses contractuelles.
- ❖ Pour rappel, la maîtrise d'œuvre est une mission d'architecture et d'ingénierie consistant à concevoir entièrement un ouvrage (bâtiment, ouvrage d'art, infrastructure, route, etc...), à aider l'acheteur public (appelé maître d'ouvrage) à sélectionner les entreprises chargées d'exécuter les travaux, et à suivre l'exécution desdits travaux.
- ❖ La plupart des marchés de maîtrise d'œuvre prévoient un engagement au respect d'un coût des travaux fixé à différentes étapes du processus opérationnel du projet, et la vérification de cet engagement aux étapes suivantes. Le prix du marché de maîtrise d'œuvre est provisoire lors de la signature du marché, puis il évolue en fonction de ces étapes pendant le projet, ce qui donne lieu à la conclusion d'avenants modifiant ce prix. Exemple :

Etape du projet	Coût des travaux + tolérance	Incidences sur le prix de la maîtrise d'œuvre, en cas de non respect de la tolérance
Sélection du maître d'œuvre : phase de concours habituellement	Estimation prévisionnelle provisoire : Co, tolérance To	(Forfait provisoire = Fp)
Avant-Projet Définitif (APD)	Coût prévisionnel des travaux : Cp, tolérance Tp	Reprise des études, ou diminution de Tp et Tt, ou pénalité plafonnée à 15% => Forfait définitif Fd
Appel d'offres pour les marchés de travaux	Coût de référence des travaux : Cref = montant des meilleures offres travaux	Pas d'incidence sur Fd : reprise du dossier d'appel d'offres, ou acceptation des offres travaux.
Optimisation des marchés de travaux (relance, négociation)	Coût de la réalisation des travaux : Ct = montant des marchés travaux, tolérance Tt	
Chantier	Ct = Ct + travaux supplémentaires (TS) demandés par le maître d'ouvrage	Fd est augmenté d'un % des travaux supplémentaires correspondant à la reprise d'étude (entre 3 et 10%)
Fin des travaux	Coût constaté : C = montant final des travaux (y compris TS de toute nature)	Fd est diminué de 20% du dépassement de la tolérance, avec un plancher de minoration de 85 % Fd.

¹ Cf. CE, Entreprise Mateos c/ CHT NC, 19 janvier 2011, n°316783

7.8 – MESURES COERCITIVES : MISE EN REGIE, RESILIATION

- ❖ Lorsque l'exécution du marché est défaillante ou non conforme, outre les sanctions pécuniaires que constituent les pénalités, d'autres types de sanctions sont possibles :
 - ⇒ la mise en régie, qui consiste à pallier temporairement la défaillance du titulaire, soit en se substituant à lui, soit en lui substituant un tiers, aux frais et risques dudit titulaire, sans rompre les relations contractuelles ;
 - ⇒ la résiliation du marché pour faute, qui consiste à mettre fin définitivement et par anticipation, au marché.
- ❖ Il s'agit de pouvoirs de sanctions inhérents au droit public que les parties ne peuvent pas supprimer, étant de plein droit sans nécessité qu'ils soient prévus dans le marché ¹.

7.8.1 – Motifs

- ❖ Toute défaillance sérieuse et grave du titulaire du marché, non justifiée par une cause de force majeure, est un motif valable d'application des mesures coercitives.
- ❖ Le CCAG **travaux** définit en son article 48.1 comme motivation suffisante toute situation où le titulaire « ne se conforme pas aux dispositions du marché ou aux ordres de service ».
- ❖ Le CCAG **fournitures courantes et services** (FCS) implique en son article 32.1 une mise en régie aux frais et risques « en cas d'inexécution d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard ». L'article 28 de ce même CCAG FCS donne une liste précise de motivations de résiliation aux torts du titulaire.

7.8.2 – Mise en demeure préalable

- ❖ De jurisprudence constante, l'acheteur public ne peut prendre de mesures coercitives sans mise en demeure écrite préalable, sauf dispense prévue par le CCAG visé par le marché ou prévue explicitement par le CCAP.
- ❖ La mise en demeure doit indiquer les manquements aux obligations contractuelles, menacer d'une sanction coercitive, inviter le titulaire à présenter ses observations ² et fixer un délai d'exécution ³.
- ❖ Dispositions particulières :
 - ⇒ Pour les marchés régis par le CCAG **Travaux**, le délai de mise en demeure ne peut être inférieur à 10 jours, sauf stipulation contraire du marché (art. 48.2).
 - ⇒ Le CCAG **FCS** prévoit 2 étapes : d'abord une information sur la sanction envisagée avec invitation au titulaire à présenter ses observations dans un délai de 15 jours, et ensuite, la mise en demeure (art. 28.2).

7.8.3 – Mise en régie aux frais et risques

- ❖ Modalités particulières pour les marchés visant le CCAG travaux ou le CCAG FCS:
 - ⇒ Le CCAG **travaux** prévoit les modalités suivantes :
 - constatations contradictoires (art. 48.3) ;
 - autorisation donnée au titulaire de suivre l'exécution des travaux mis en régie sans pouvoir entraver les ordres du maître d'œuvre (art. 48.5) – **Important : il convient à cet effet de notifier préalablement au titulaire les devis ou contrats de travaux passés avec les tiers intervenant** ;
 - les excédents de dépenses, par rapport au prix du marché, qui resteraient à la charge du titulaire, sont précomptés sur les sommes lui restant dues ⁴, ou à défaut, sur ses sûretés éventuelles ⁵ (art. 48.6).
 - ⇒ Le CCAG **Fournitures Courantes et Services** prévoit que la substitution peut se faire à équivalence de prestations (art. 32.2), et que le titulaire ne peut y prendre part ni directement, ni indirectement (art. 32.3). L'excédent de dépense qui en résulte est à la charge du titulaire (art. 32.4) ⁶.

¹ Pour la mise en régie, cf. CE ass. 9 nov. 2016, société Fosmax LNG, req. n° 388806.

Pour la résiliation, cf. CE 30 sept. 1983, SARL Comexp, req. n° 26611 et CE 23 nov. 2016, req. n° 392227. Par contre, la résiliation partielle paraît impossible sans clause spéciale (cf. CAA Bordeaux 10 avril 2012, Smicotom, req. n° 11BX01120).

² CAA Nancy 6 décembre 2007, société IDEX énergie est, req. n° 06NC00808

³ CE 9 novembre 1988, Commune de Freistroff, req. n° 69450

⁴ Voir art. 13.12, 7°) du CCAG travaux : le projet de décompte peut comprendre le montant à déduire égal à cet excédent de dépenses.

⁵ « à défaut », c'est-à-dire lorsqu'il ne reste plus de paiement à effectuer au titre du marché ⇒ courrier à la Banque ou au comptable public.

⁶ Le CCAG FCS n'indique pas de quelle manière répercuter les excédents de dépenses au titulaire :

- on pourrait indiquer au CCAP du marché que « les excédents de dépenses, par rapport au prix du marché, correspondant à une exécution aux frais et risques du titulaire sont appliqués comme des pénalités sur les documents de paiement comme il est dit à l'article 8.2. ».
- on pourrait également s'appuyer sur la définition des sûretés, et par analogie avec le CCAG travaux, saisir les éventuelles sûretés constituées.

- ❖ La mise en régie est une procédure de substitution temporaire pendant laquelle les relations contractuelles ne sont pas rompues, mais qui doit nécessairement déboucher :
 - ⇒ Soit sur le retour à l'exécution normale du marché, si le titulaire justifie des moyens nécessaires ;
 - ⇒ Soit sur la résiliation du marché « aux torts du titulaire » ou « pour faute du titulaire ».

Nota : selon le CCAG travaux, la décision de résiliation « pour faute » ne peut être prise qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la décision de mise en régie (cf. art. 48.3).

7.8.4 – Résiliation pour faute du titulaire

- ❖ La résiliation pour faute est décidée unilatéralement par l'acheteur public et doit être solidement motivée.
A défaut, le juge administratif peut remettre en cause la résiliation pour faute, en cas d'insuffisance de la gravité de la faute, ou en raison des difficultés imprévisibles rencontrées par le titulaire, ou encore inverser la responsabilité et prononcer la résiliation aux torts de l'administration en raison de ses propres manquements ¹.
- ❖ En principe, aucune indemnité n'est due au titulaire du marché. L'administration peut même lui faire supporter les conséquences financières dont il est responsable : frais de mise en sécurité, mise en conformité, etc...
- ❖ Pour un marché de **travaux** régi par le CCAG travaux (articles 48 et 45) :

En cas de résiliation simple, la décision :

1. Rappelle la date de la mise en demeure, les délais impartis, et constate son caractère infructueux ;
2. Fixe la date de convocation sur le lieu des travaux pour les opérations de réception des travaux en l'état ;
3. Fixe la date d'effet de la résiliation, qui est la même que celle de convocation sur les lieux pour la réception ;
4. *Arrête le montant des prestations exécutées constituant la nouvelle base du marché (sans nécessité d'avenant), sous réserve des constats faits à la réception, et des modalités prévues aux articles 45.3 et 45.4.*
5. Rappelle que le décompte final devra être présenté dans les délais prévus à l'article 13.32 du CCAG travaux.

En cas de résiliation aux frais et risques de l'entreprise (art. 48.4), la décision le précise et indique ce qui suit :

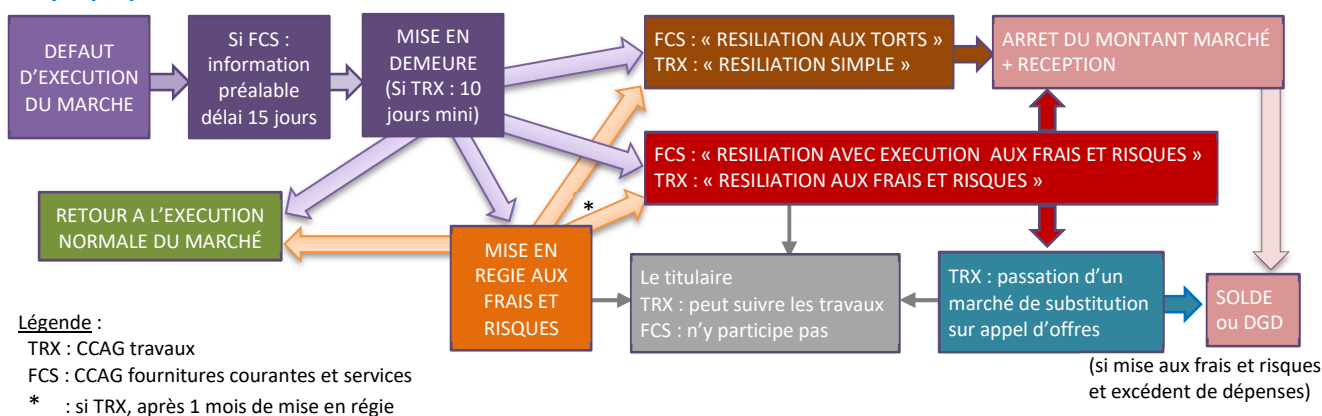
6. Un nouveau marché sera passé sur appel d'offres pour achever les travaux ;
7. Un exemplaire de ce marché lui sera notifié pour qu'elle puisse suivre son exécution (cf. article 48.5 ²) ;
8. Le décompte général du marché résilié ne lui sera notifié qu'après règlement définitif du nouveau marché ;
9. L'éventuel excédent de dépenses sera prélevé sur les sommes lui restant dues ou, à défaut, sur ses sûretés éventuelles, sans préjudice des droits à exercer contre elle en cas d'insuffisance.

- ❖ Pour un marché de **fournitures courantes ou de services** régi par le CCAG FCS, la décision de résiliation peut être simplement « aux torts du titulaire » ou être complétée par une « exécution à ses frais et risques » (art. 28.1, 32.1). *Le montant des prestations exécutées est arrêté par la décision de résiliation, sans nécessité d'avenant.*

En cas d'exécution aux frais et risques du titulaire :

- ⇒ Le titulaire n'est pas admis à prendre part, ni indirectement ni directement, à l'exécution des prestations correspondantes (art. 32.3), ce qui semble rendre inutile de lui communiquer les contrats correspondants ;
- ⇒ L'augmentation des dépenses correspondantes est à sa charge (art. 32.4) ³.

❖ Synoptique mesures coercitives :



¹ CE 8 janv. 1958, Crouzat – CE 4 mars 1991, département de la Haute-Loire – CE 12 mars 1999, SA Meribel 92

² Cf. TA NC n° 1500258 du 26 nov. 2015, entreprise des travaux du Nord

³ Voir note de bas de page n° 6 à la page précédente.

7.9 – RESILIATION SANS FAUTE DU TITULAIRE

Outre la résiliation *pour faute* du titulaire examinée au § 7.8.4 du présent guide, on peut distinguer trois types de résiliations sans faute du titulaire :

7.9.1 – Du fait de l’acheteur public

- ❖ La faculté pour l’acheteur de résilier le marché pour motif d’intérêt général existe même en l’absence de clauses contractuelles. Il constitue une prérogative de la puissance publique, exorbitante du droit commun.
- ❖ La décision de résiliation pour motif d’intérêt général fait état de la date d’effet de la résiliation, du montant des prestations arrêté au titre du marché, et des modalités de réception ou de transfert de propriété.
- ❖ Ce type de résiliation ouvre droit à l’indemnisation intégrale du titulaire, sur justificatifs, à raison des bénéfices escomptés sur la partie du marché qui ne sera pas exécutée du fait de la résiliation, et des frais d’investissement qui ne pouvaient être amortis que sur le marché résilié.
- ❖ CCAG FCS, art. 31 : la demande d’indemnisation doit être présentée dans le mois qui suit la notification de la décision de résiliation. En cas de marché à quantités fixes de durée inférieure à 5 ans, l’indemnité est égale au produit du montant contractuel qui ne sera pas exécuté, par un % fixé par le marché ou, à défaut, celui de 4%.
- ❖ *Nota - CCAG travaux, art. 47 : le marché peut être résilié aux torts du maître d’ouvrage lorsque certaines limites d’ajournement des travaux ou de non paiement successif des acomptes, sont dépassées.*

7.9.2 – En cas de procédure de sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire

- ❖ Les procédures collectives qui s’appliquent aux entreprises en difficulté sont :
 1. la procédure de **sauvegarde** : l’entreprise est en activité et n’est pas encore en cessation de paiement : un plan de sauvegarde étale le remboursement des dettes, et un administrateur judiciaire peut être nommé ;
 2. le **redressement** judiciaire : en cessation de paiement, mais réputée viable, l’entreprise poursuit son activité selon un plan de redressement (inférieur à 10 ans), et un administrateur judiciaire peut être nommé ;
 3. la **liquidation** judiciaire : les procédures précédentes ayant échoué et n’étant plus envisageables, l’activité de l’entreprise s’arrête définitivement, un mandataire judiciaire « liquidateur » est nommé.
- ❖ La résiliation ne peut être prononcée que si l’acheteur public a mis en demeure l’administrateur ou le liquidateur, et que celui-ci a indiqué renoncer à la poursuite du marché ou n’a pas répondu dans le délai d’un mois.¹
- ❖ Ce type de résiliation ne peut justifier aucune indemnité pour le titulaire, ni être prise à ses frais et risques.
- ❖ *Nota* : l’acheteur public doit, sous peine de forclusion, déclarer ses créances (pénalités, dépenses aux frais et risques, solde négatif...), via son comptable public, auprès de l’administrateur ou du liquidateur dans le délai de 2 mois à compter de la publication du jugement². Toutefois, les sûretés financières (caution bancaire, ou retenue de garantie) et la fixation du solde du marché par le juge administratif sont considérées comme indépendantes³.

7.9.3 – En cas d’impossibilité manifeste

- ❖ CCAG FCS, art. 25 : En cas de décès ou d’incapacité civile du titulaire, l’ayant droit, le curateur ou le tuteur peuvent continuer le marché s’il s’agit de fournitures sauf si son attribution reposait sur la capacité personnelle du titulaire et que l’acheteur public décide de ne pas continuer. S’il s’agit de services, le marché continue si l’acheteur l’accepte. Si le marché ne peut continuer, la résiliation est prononcée, sans indemnisation possible.
- ❖ CCAG FCS, art. 27 : « En cas d’incapacité physique manifeste et durable du titulaire compromettant la bonne exécution du marché », ou « en cas d’évènement n’étant pas du fait du titulaire qui rend absolument impossible l’exécution du marché, si le titulaire le demande », la résiliation est prononcée sans indemnisation possible.
- ❖ CCAG travaux, art. 46.1 et 46.2 : la résiliation est prononcée sans possibilité d’indemnisation, en cas de décès ou d’incapacité civile sauf si la continuation par les ayants droit ou le curateur est acceptée par l’acheteur public, ainsi que dans le cas d’incapacité physique manifeste et durable de l’entrepreneur.

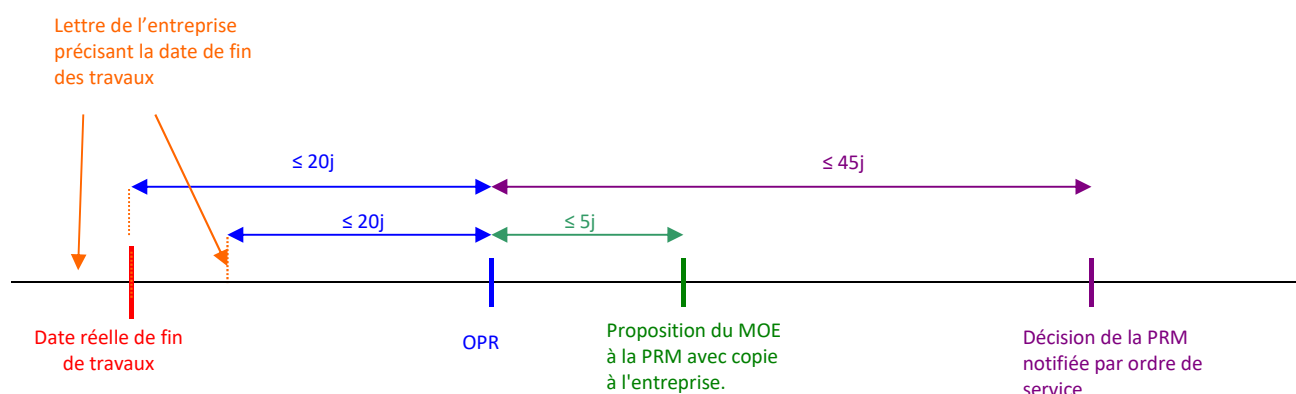
¹ Voir pour plus de détail les articles L. 622-13, L. 631-14, L.641-11-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Cette obligation de mise en demeure est plus contraignante que les CCAG travaux et FCS (art. 46.3 et 26) qui visent un délai d’un mois « après la décision de justice ».

² Cf. bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), journal d’annonce légale (JAL), ou mentions portées au registre du commerce et des sociétés (RCS). La mise en place par l’acheteur public d’une veille automatisée sur Infogreffe est recommandée.

³ Cf. CE, 14 juin 2000, N° 199585 ; CAA Paris, 15 juin 2010, N° 08PA05801 ; TC, 23 mai 2005, n° 3447 ; CA Orléans, 13 juin 2013, n° 12/03043.

7.10 – RECEPTION

7.10.1 – Cas des travaux (résumé CCAG travaux art 40 et 41)



7.10.1.1 – Détail des étapes

Lettre de l'entrepreneur

La procédure de réception est déclenchée par l'entreprise qui informe par écrit la personne responsable du marché (PRM) et le maître d'œuvre (MOE) de la date réelle de fin de travaux.

L'indication d'une date postérieure à la date contractuelle, emporte déclaration implicite de retard et entraîne l'application automatique des pénalités de retard prévues au marché.

Opérations préalables à la réception (OPR) :

Le MOE a un délai de 20 jours pour procéder aux opérations préalables à la réception (OPR), à compter de la réception de la lettre de l'entreprise (si elle est postérieure à la date annoncée de fin de travaux) ou de la date de fin de travaux (si cette lettre est antérieure à la date annoncée de fin des travaux).

Il s'agit d'un constat contradictoire sous forme de procès-verbal (PV) entre l'entreprise et le MOE comprenant en annexes :

- ⇒ les épreuves non réalisées et non concluantes prévues au marché,
- ⇒ les prestations non réalisées prévues au marché,
- ⇒ les imperfections et malfaçons,
- ⇒ la remise en état des lieux et la propreté du chantier.

Ce PV, ainsi que ses annexes, doivent impérativement être remplis sur place, de manière manuscrite, et signés par l'entreprise et le MOE.

Proposition du MOE

Le constat des OPR conduit à une proposition du MOE à la PRM de réceptionner, ne pas réceptionner, ou réceptionner avec réserves, ces « réserves » étant constituées par les points listés dans les annexes ci-dessus.

Cette proposition doit être formulée dans les 5 jours, et l'entreprise doit en recevoir copie.

Décision de la PRM

Suite à la proposition du MOE, intervient la décision de la PRM, qui fixe, si celle-ci décide de réceptionner, la date d'effet de la réception. Sauf si l'ouvrage ne peut être réceptionné, la date d'effet de la réception est identique à la date indiquée par l'entreprise et donc à la date contractuelle.

Si aucune décision de la PRM n'est notifiée à l'entreprise dans les 45 jours suivant le PV des OPR, les propositions du MOE, telles qu'elles sont formulées, et dont l'entreprise a reçu copie, sont considérées comme acceptées. La PRM doit donc impérativement prendre sa décision et la notifier en temps utile.

7.10.1.2 – implications de la réception

La réception est un acte important ayant des répercussions juridiques. En effet, lors de la réception, la propriété de l'ouvrage est transférée de l'entreprise au maître d'ouvrage (MOA). Ce transfert de propriété s'accompagne d'un transfert de responsabilités (notamment au niveau de l'entretien de l'ouvrage et de sa garde).

Pour réceptionner un ouvrage, celui-ci doit donc impérativement être utilisable conformément à sa destination. Les utilisateurs doivent pouvoir en prendre possession et l'utiliser dans toutes les conditions normales de confort et de sécurité.

Toute réserve (prestation non exécutée, imperfection, malfaçon) s'opposant à une utilisation conforme à la destination de l'ouvrage, doit conduire à refuser la réception.

Exemple : réseaux d'assainissement, systèmes de sécurité incendie non opérationnels.

La date de réception marque le début de l'année de garantie (pendant laquelle l'entreprise est tenue à une obligation de parfait achèvement), et de la responsabilité décennale.

7.10.1.3 – Réserves de la réception

Dans le cas d'une réception avec réserve, à compter de la date de réception, l'entreprise doit « lever les réserves » mentionnées dans le PV des OPR dans le délai fixé par le MOE ou le MOA.

Ce délai ne peut dépasser, à compter de la date d'effet de la réception :

- 3 mois en ce qui concerne la réalisation des prestations non exécutées,
- 9 mois pour la reprise des imperfections et malfaçons.

Si l'entreprise ne lève pas les réserves dans les délais prescrits, le MOA peut utiliser ses sûretés (retenue de garantie ou caution bancaire) pour faire exécuter les travaux par une entreprise tierce. Cf. § 7.11 du présent guide.

Cas particulier des épreuves : si ces dernières sont prévues au CCAP et ne sont pas concluantes, le MOA peut reporter la date d'effet de la réception.

7.10.2 – Cas des fournitures ou services (extraits du CCAG fournitures courantes et services)

Article 15 : livraison

« 15.1. Les fournitures livrées par le titulaire doivent être accompagnées d'un bulletin de livraison ou d'un état dont le modèle peut être imposé par la personne publique.

15.2. La livraison des fournitures est constatée par la délivrance d'un récépissé au titulaire ou par la signature d'un double du bulletin de livraison ou de l'état. »

L'article 16 prévoit également les modalités de surveillance en usine le cas échéant.

Article 20 : opérations de vérification

La personne responsable du marché PRM (ou son représentant) procède aux vérifications qualitatives et quantitatives nécessaires, que le titulaire soit présent ou non.

Le délai de vérification avant décision est de 15 jours, sauf stipulation contraire du marché. Il court :

- soit à compter de la livraison de la fourniture ou de l'exécution du service, la PRM étant présente ;
- soit à compter de la date à laquelle le titulaire signale que la totalité des prestations est prête à être vérifiée lorsque la vérification a lieu dans les établissements du titulaire (voir CCAP) ;
- soit à compter de la réception des bulletins de livraison lorsqu'elle intervient après la fourniture.

En cas de commandes par bons de commandes, les délais de vérification sont propres à chaque commande.

Article 21 : décisions après vérification

En cas de **quantités** erronées : mise en demeure de réajuster la commande, ou acceptation en l'état.

En ce qui concerne la **qualité**, décision expresse de :

- Admission = transfert de propriété à compter de la remise effective à la PRM.
- Ajournement (suspension du délai de décision, demande de présentation de nouvelles prestations mises au point, à charge au titulaire d'accepter sous 10 jours, en cas de refus ou sans réponse du titulaire, délai de 15 jours pour admission avec réfaction ou rejet total ou partiel, silence de la PRM vaut décision rejet).
- Admission avec réfaction (diminution du prix) – décision motivée par écrit après avoir entendu le prestataire
- Rejet partiel ou total – décision motivée par écrit après avoir entendu le prestataire

Ces procédures ne valent pas prolongation du délai d'exécution.

❖ A noter que le CCAG TIC (techniques de l'information et de la communication) publié en métropole, non applicable en Nouvelle-Calédonie, prévoit (art. 26) deux étapes de vérification qualitative, qu'il est d'usage d'intégrer dans les CCAP de marchés de prestations de fourniture ou élaboration de logiciels informatiques :

- ⇒ vérification d'aptitude (VA) (ou VABF : vérification d'aptitude au bon fonctionnement) après la mise en ordre de marche, qui a pour but de vérifier que le produit fonctionne conformément au cahier des charges ;
- ⇒ vérification de service régulier (VSR) : % d'indisponibilités inférieur à un certain seuil pendant un certain délai.

7.11 – GESTION DES PENALITES (Voir aussi § 3.2.9.3 du présent guide)

7.11.1 – Principes relatifs à l'application des pénalités pour retard

Les pénalités ont une fonction dissuasive mais également réparatrice :

- ⇒ Elles visent à inciter le titulaire d'un marché à respecter le ou les délais prescrits dans le marché.
- ⇒ Il s'agit de sanctions pécuniaires forfaitaires qui se substituent aux dommages-intérêts : l'acheteur public ne peut réclamer d'indemnités supplémentaires par rapport aux retards visés par ces pénalités.

Elles garantissent le respect des engagements pris dans le cadre de la mise en concurrence. A ce titre, l'acheteur public n'est pas discrétionnairement libre de ne pas les appliquer. Et il ne peut les modifier par avenant.

Les pénalités ne constituant pas la contrepartie d'une livraison de biens ou d'une prestation de service, elles ne sont pas assujetties à la taxe générale sur la consommation (TGC).

7.11.2 – Obligation de mise en demeure préalable

Si un CCAG s'applique au marché, et en l'absence de stipulation contraire dans le marché, l'application des pénalités de retard est de plein droit et sans mise en demeure préalable, du seul fait de la constatation du retard.

Lorsque le marché ne fait pas référence à un CCAG ou lorsque les documents contractuels prévoient expressément une mise en demeure préalable, l'acheteur public ne peut s'exonérer de cette obligation.

7.11.3 – Motifs de non application des pénalités

- ❖ Aucune pénalité ne peut être appliquée si :
 - elle n'est pas prévue dans le marché ou dans le CCAG qui est visé par le marché, ou si son objet (absence, défaut, retard, unité de retard, prestation visée, délai propre, etc...) n'est pas précisé dans le marché ;
 - si les points de départ ou de fin des délais n'ont pas été notifiés ou ne sont pas établis conformément aux dispositions du marché (notification, compte-rendu contradictoire, etc...) ;
 - si des formalités préalables (notification, approbation de document, etc..) n'ont pas été accomplies.
- ❖ Remarque : si le marché ne prévoit qu'un délai global et une pénalité de retard sur ce délai global, sans pénalité intermédiaire sur des délais spécifiques, aucune pénalité ne peut être appliquée avant le constat d'un retard effectif par rapport au délai *global*. Ce constat ne peut donc se faire qu'à la fin du délai contractuel global.
- ❖ Tout évènement retardant ou empêchant la bonne exécution du marché, et ne relevant pas de la responsabilité du titulaire (force majeure, sujétions imprévues, décisions du maître d'ouvrage, ... cf. articles 19 du CCAG travaux et 10 du CCAG FCS) justifie la prolongation des délais, obligatoirement par avenant (D136), ou par décision écrite de la personne responsable du marché (D424) – cf. § 7.7.4 du présent guide. Cette prolongation peut être décidée *après* la constatation du retard et l'application des pénalités, et entraîner ainsi leur annulation.
- ❖ En cas de travaux supplémentaires décidés en cours d'exécution, l'entreprise doit avoir émis des réserves le plus tôt possible après notification des décisions correspondantes, et peut demander une prolongation du délai correspondant à l'augmentation de la masse des travaux. Si la demande est justifiée, le maître d'ouvrage peut :
 - accorder une prolongation du délai global, notamment si lesdits travaux sont sur le chemin critique ;
 - définir un délai spécifique pour ces prestations (en dehors du délai global) par avenant ;
 - lors de la réception, intégrer ces travaux dans la liste des prestations à achever dans un délai inférieur à 3 mois après la date d'effet de réception (notamment quand ces travaux sont décidés très tardivement).
- ❖ A noter que l'article 11.3 du CCAG FCS prévoit une exonération des pénalités inférieures à une fraction du seuil que l'on peut interpréter comme le seuil prévu à l'article 1 de la RMP (D136 : 20 MF TTC, D424 : 20 MF HT).

7.11.4 – Demande de remise gracieuse

Il est admis que le titulaire d'un marché peut demander à l'acheteur public, à titre gracieux, pour des raisons notamment socio-économiques, la remise des pénalités qui lui ont été appliquées et pour le retard desquelles il ne peut présenter de justification.

L'annulation totale ou partielle des pénalités ne peut être décidée que par l'organe délibérant (congrès, assemblée de province, conseil d'administration, conseil municipal,..) sauf délégation préalable à son représentant légal, au vu d'un rapport circonstancié des services.

Si cette décision est favorable, elle est jointe aux derniers paiements du marché, ce qui permet l'annulation des pénalités et le reversement de leur montant.

7.12 – DELAI DE GARANTIE

7.12.1 – Cas des travaux (résumé de l'article 43 CCAG travaux)

Le **délai de garantie** est, sauf stipulation différente du marché et sauf prolongation, d'un an à compter de la date d'effet de la réception, ou de six mois à compter de cette date si le marché ne concerne que des travaux d'entretien ou des terrassements.

Pendant le délai de garantie, (...), l'entrepreneur est tenu à une obligation dite « obligation de parfait achèvement » au titre de laquelle il doit :

- Exécuter les travaux et prestations éventuels de finition ou de reprise (constatés lors de la **réception**) ;
- Remédier à tous les désordres signalés par le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre, de telle sorte que l'ouvrage soit conforme à l'état où il était lors de la réception ou après correction des imperfections constatées lors de celle-ci ;
- Procéder, le cas échéant, aux travaux confortatifs ou modificatifs dont la nécessité serait apparue à l'issue des épreuves effectuées conformément au CCAP. ;
- Remettre au maître d'œuvre les plans des ouvrages conformes à l'exécution (...).

Les dépenses correspondant aux travaux complémentaires prescrits par le maître de l'ouvrage ou le maître d'œuvre ayant pour objet de remédier aux déficiences énoncées aux b. et c. ci-dessus ne sont à la charge de l'entrepreneur que si la cause de ces déficiences lui est imputable.

L'obligation de parfait achèvement ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usage ou de l'usure normale.

A l'expiration du délai de garantie, l'entrepreneur est dégagé de ses obligations contractuelles, à l'exception des garanties particulières mentionnées au CCAP ; les sûretés éventuellement constituées sont libérées dans les conditions réglementaires (voir article 4.16 du CCAG).

Si, à l'expiration du délai de garantie, l'entrepreneur n'a pas procédé à l'exécution des travaux et prestations énoncés ci-dessus, le délai de garantie peut être prolongé par décision de la personne responsable du marché jusqu'à leur exécution complète, que celle-ci soit assurée par l'entrepreneur ou qu'elle soit d'office (par une entreprise tierce).

***Remarque :** la garantie porte non seulement sur les « réserves de réception », y compris les documents de fin de chantier non remis, mais sur tout désordre intervenant pendant ce délai, appelé couramment « réserve de parfait achèvement ». **Attention :** les réserves de parfait achèvement non signalées pendant le délai de garantie ou sa prolongation, ne peuvent pas être utilisées pour justifier une prolongation du délai de garantie, s'opposer à la main levée des sûretés financières, ou faire intervenir une entreprise tierce aux frais du titulaire par le biais desdites sûretés.*

7.12.2 – Cas des fournitures courantes et services (résumé de l'article 23 du CCAG FCS)

***Remarque :** le délai de garantie standard n'est pas fixé par le CCAG, il doit donc être fixé par le CCAP.*

Si le marché prévoit que les prestations sont garanties, le point de départ du délai de garantie est la date d'admission de la prestation ou, si le marché le prévoit, la date de mise en service.

Au titre de cette garantie, le titulaire s'oblige à remettre en état ou à remplacer à ses frais la partie de la prestation qui serait reconnue défectueuse.

Cette garantie couvre également les frais consécutifs de déplacement de personnel, de conditionnement, d'emballage et de transport de matériel nécessités par la remise en état ou le remplacement, qu'il soit procédé à ces opérations au lieu d'utilisation de la prestation ou que le titulaire ait obtenu que la fourniture soit renvoyée à cette fin dans ses locaux.

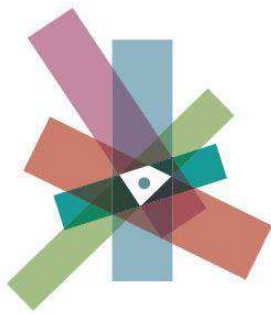
La personne publique a droit, en outre, à des dommages et intérêts au cas où, pendant la remise en état, la privation de jouissance entraîne pour elle un préjudice.

Le délai dont dispose le titulaire pour effectuer une mise au point ou une réparation qui lui est demandée est fixé par décision de la personne responsable du marché.

Pendant le délai de garantie, le titulaire doit exécuter les réparations qui lui sont prescrites par la personne responsable du marché, sauf à en demander le règlement s'il estime que la mise en jeu de la garantie n'est pas fondée.

Si, à l'expiration du délai de garantie, le titulaire n'a pas procédé aux remises en états prescrites, le délai de garantie est prolongé jusqu'à l'exécution complète des remises en état.

***Remarque :** le CCAG FCS ne prévoit pas l'utilisation des sûretés financières pour faire intervenir une entreprise tierce en lieu et place du titulaire défaillant ; il faut donc indiquer explicitement cette possibilité dans le CCAP.*



DAPM

Direction des Achats, du Patrimoine et des Moyens
du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie