

Webconférence annuelle de l'AAP le 14 novembre 2024

Achats < seuils de dispense de mise en concurrence

Comment qualifier juridiquement
une demande de plusieurs devis
suivie de l'acceptation de l'un deux ?

Arnaud LATRECHE

- **Devis accepté = marché public**

- **Marché = contrat**

- **Marché** : « *Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* » (L1111-1 CCP)
- **Contrat** : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » (art. 1101 code civil)
- Devis accepté = accord de volonté = contrat = marché
- « *Par suite, il résulte de l'instruction que le devis signé et accepté par le maire de la commune, en sa qualité de représentant du pouvoir adjudicateur, doit être regardé comme la seule pièce constitutive du marché* » ([CAA Nantes, 16 octobre 2020, n° 19NT04940](#)).

- **Demander un devis et l'accepter = passer un marché**

• Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques (*sourcing*) ? Non.

— *Sourcing* ≠ procédure de passation de marché

- « Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences » (art. R2111-1 CCP – Section 1 : Aide à la définition des besoins – Chapitre 1 : Définition du besoin – Titre 1^{er} : Préparation du marché)
- « *consultations* » s'entend dans le sens de « solliciter des conseils »
- Le *sourcing* n'a pas vocation à se conclure par l'acceptation d'un devis (passation d'un marché)
- Procédures de passation définies par le CCP (L2120-1)
 - Sans publicité ni mise en concurrence préalables
 - Adaptée
 - Formalisée (appel d'offres, avec négociation, dialogue compétitif)

• Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables ? Non.

– Procédure dérogatoire facultative

- *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison [...] de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ou à un motif d'intérêt général » (L2122-1 CCP)*
- *« L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxe ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxe et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1 » (R2122-8 CCP)*

Commentaires : Le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables est fixé à 90 000 € HT pour l'achat de livres de non scolaire par l'État, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignements, de formation professionnelle et de recherche et les personnes morales gérant des bibliothèques accueillant du public, à 100 000 € HT pour les achats innovants et, jusqu'au 31/12/2024, à 100 000 € HT pour les travaux (ce dernier seuil sera vraisemblablement pérennisé à compter de 2025)

- **Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables ? Non.**
 - **Procédure dérogatoire facultative (suite)**
 - Aucune obligation de recourir à cette procédure pour conclure les marchés < 40 0000 € HT
 - **Demander plusieurs devis et accepter l'un d'entre eux = procédure de passation de marché avec mise en concurrence préalable**
 - Soit l'acheteur se dispense de publicité et de mise en concurrence préalables en sollicitant un seul opérateur (un seul devis)
 - Soit l'acheteur décide volontairement de mettre en concurrence en sollicitant plusieurs devis (offres) et il ne s'agit donc plus d'une procédure sans mise en concurrence

- **Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables ? Non.**

- **Position contradictoire de la DAJ de Bercy ?**

- « Ces marchés de faibles montant ne sont pas assimilés à des marchés à procédure adaptée. L'article R. 2122-8 du code de la commande publique dispense ces marchés des obligations de publicité et de mise en concurrence. [...] L'acheteur peut consulter les opérateurs économiques en sollicitant, par exemple, plusieurs devis. »

(Fiche « Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés de faible montant », 1^{er} janvier 2020, page 2)

Commentaire : Souligné par nos soins

- **Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables ? Non.**

- **Position contradictoire de la DAJ de Bercy ? (suite)**

- La règle selon laquelle l'acheteur veille à ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur économique « *n'a pas de sens dès lors qu'une procédure de mise en concurrence a été organisée. Aussi, si l'acheteur décide de ne pas recourir à la faculté de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence mais recoure volontairement à une procédure adaptée, le cas échéant en sollicitant directement plusieurs opérateurs économiques (demande de devis), le fait que l'application des critères d'attribution aboutit à l'attribution du marché public au même titulaire ne pourra jamais lui être reprochée – à condition que la procédure adaptée ait elle-même été régulièrement organisée.* » (Fiche « Quelles règles appliquer pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est inférieure à 40 000 euros HT » – 1^{er} janvier 2020, page 3)

Commentaire : Souligné par nos soins

- **Procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables ? Non.**

- **Position contradictoire de la DAJ de Bercy ? (suite)**

- « **Attention**, sauf cas spécifique des marchés de services attribués à l'un des lauréats d'un concours en application de l'article R. 2122-6 du CCP (voir ci-dessous), **un seul opérateur économique doit être contacté dans le cadre des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable.**

A défaut, il s'agira d'un marché à procédure adaptée et non d'un marché relevant de l'article L. 2122-1 du CCP. Les règles n'étant pas les mêmes, le risque d'annulation de la procédure est alors élevé.»
(Fiche « Les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables » – 1^{er} janvier 2020, page 1)

- **Procédure adaptée (mapa) ? Oui.**

- **Seuil de la procédure adaptée**

- Les marchés se rattachant à un besoin < 40 000 € HT sont inclus dans le seuil de la procédure adaptée
 - « *L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer : 1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code [...] » (R2123-1 CCP)*

- **Libre définition par l'acheteur des modalités de mise en œuvre de la procédure adaptée**

- « *Lorsqu'il recourt à une procédure adaptée, l'acheteur en détermine les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat » (R2123-4 CCP)*
 - Solliciter plusieurs devis est un mode de mise en œuvre de la procédure

- **Procédure adaptée (mapa) ? Oui.**
 - **Modalités de mise en concurrence pour les besoins < 90 000 € HT**
 - Libre adaptation par l'acheteur des modalités de publicité accordées au marché
 - « *Les marchés passés selon une procédure adaptée par l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, font l'objet d'une publicité dans les conditions suivantes: 1° Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros hors taxes, les modalités de publicité sont librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause [...] » (R2131-12 CCP)*

- **Procédure adaptée (mapa) ? Oui.**

- **Modalités de mise en concurrence pour les besoins < 90 000 € HT (suite)**

- Solliciter plusieurs devis est une forme de publicité (restreinte)
 - Faire connaître aux opérateurs sollicités l'intention de l'acheteur de passer un marché et les inciter à remettre une offre

- Position de la DAJ de Bercy :

- « 3.2.3.1.1. *Publicité n'est pas publication.*

L'obligation de publicité n'implique pas forcément publication, notamment pour les achats de faible montant. La sollicitation, par exemple par moyens dématérialisés de plusieurs prestataires ou fournisseurs peut même constituer en elle-même un élément de publicité suffisant, si elle s'avère adaptée au marché. Une publication n'est donc pas nécessaire pour garantir l'impartialité et la non-discrimination » (Fiche « Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés de faible montant », 1^{er} janvier 2020, page 9)

- **Procédure adaptée (mapa) ? Oui.**

- **Position du juge**

- Solliciter plusieurs devis avant d'en retenir un = procédure adaptée
- « 2. *Considérant que les marchés passés selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret n° 2006-975 du 1er août 2006, sont soumis aux dispositions de son article 1er, comme tous les contrats entrant dans le champ d'application de ce code [...] ;*
3. *Considérant que les demandes de devis établies le 20 septembre 2006, adressées par la COMMUNE DE HOYMILLE à quatre fournisseurs, indiquaient les caractéristiques de la tondeuse dont elle souhaitait faire l'acquisition sans leur faire connaître les critères, notamment de prix et de performance technique, sur lesquels elle se serait fondée pour retenir l'une des offres en concurrence ; que le marché en cause a, par suite, été attribué à l'issue d'une procédure menée en méconnaissance des principes énoncés ci-dessus [...] »
([CAA Douai 31 décembre 2012, n° 11DA00590](#))*

- **Procédure adaptée (mapa) ? Oui.**
 - **Conséquences (à l’instar de toute procédure de mise en concurrence)**
 - Obligation de porter à la connaissance des opérateurs sollicités les critères (et sous-critères) de comparaison des devis, ainsi que leur hiérarchisation ou pondération
 - Interdiction de choisir le critère unique du prix pour des services/fournitures non standards ou des travaux (voir par exemple : TA Strasbourg, 16 mai 2024, n° 2108389 à propos d’une prestation de coordination SPS à 2 598 € HT)
 - Obligation d’analyser les capacités des opérateurs (capacité économique et financière, capacités techniques et professionnelles)
 - Obtention des documents prouvant l’absence de cas d’exclusion de l’opérateur attributaire pressenti (attestations fiscales et sociales...)
 - Obligation d’informer les opérateurs non retenus

- **Procédure adaptée (mapa) ? Oui.**

- **Conséquences (suite)**

- Cas particulier des travaux < 100 000 € HT
 - Si l'acheteur souhaite mettre en concurrence, impossibilité de solliciter simplement plusieurs devis lorsque le besoin estimé se situe entre 90 000 € HT et 100 000 € HT : obligation de publier un avis de marché à partir de 90 000 € HT (R2131-12-2° CCP)