

À quels risques peuvent s'exposer les acheteurs lorsqu'ils recourent aux MAPA ?

La procédure adaptée n'est pas sans risques pour les acheteurs publics. En effet, ces risques peuvent avoir pour origine non seulement l'insuffisante préparation du recours à ce type de marché notamment lors de l'estimation des besoins mais aussi la mise en œuvre des mesures de publicité et de mise en concurrence irrégulière.

La réforme du droit de la commande publique intervenue consécutivement à l'adoption de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ainsi qu'à la parution du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 a profondément modifié les procédures de mise en concurrence de la commande publique tout en préservant cependant celle dite de la « procédure adaptée ».

L'article 42 de l'ordonnance précitée ainsi que l'article 27 du décret du 25 mars 2016 autorisent toujours les acheteurs à recourir à une procédure dite « adaptée » notamment « lorsque la valeur estimée du marché est inférieure aux seuils des procédures formalisée »⁽¹⁾.

Dans ce cadre, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices relevant du champ d'application de l'ordonnance peuvent « librement » déterminer les modalités de passation de ces marchés 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 »⁽²⁾.

La lecture de ces dispositions pourrait laisser croire que cette liberté dont les acheteurs bénéficient serait un gage de souplesse tant dans le cadre de la mise en œuvre de cette procédure que de la part du juge chargé du contrôle de sa régularité. La pratique tend hélas à démontrer le

Auteur

Emmanuel Perois

Avocat (ADAMAS)

Laurent Sery

Avocat associé (ADAMAS)

Mots clés

Documents de consultation • Estimation des besoins
• Négociation • Publicité

(1) À partir de 135 000 euros HT pour l'État et ses établissements publics, 209 000 euros HT pour les collectivités et les établissements publics de santé, 418 000 euros HT pour un acheteur public qui exerce une activité d'opérateur de réseaux (production, transport ou distribution d'électricité, gaz, eau, etc.) pour les marchés publics de service et de fourniture, 5 225 000 euros HT pour des marchés de travaux.

(2) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 27.

contraire, comme en attestent les nombreux contentieux et annulations inhérents à ce type de procédure.

À n'en pas douter, le recours aux marchés conclus selon une procédure adaptée (ci-après « MAPA ») expose les acheteurs à de véritables risques juridiques qu'il ne sera pas permis de tous examiner : les risques inhérents à la passation ou à l'exécution de tout contrat de la commande publique sont si nombreux et variés que le cadre de la présente étude ne suffirait pas à tous les envisager.

En revanche, la pratique des MAPA démontre l'existence de risques juridiques propres à la passation de ces marchés que la récente réforme de la commande publique n'a toujours pas permis d'éviter. Ces risques existent toujours principalement au moment de la phase de préparation du recours au MAPA et durant la procédure de passation de ce type de marché.

Des risques juridiques particuliers liés à une insuffisante préparation du recours MAPA

Plus encore que dans le cadre des procédures formalisées, les acheteurs sont confrontés à des risques juridiques particuliers lors de la phase de préparation du recours à un MAPA. Une attention particulière doit en effet d'abord être portée quant à la justification du recours à ce type de marché ; ensuite, le choix du MAPA expose l'acheteur à des risques importants en cas d'inattention ou de négligence dans l'élaboration du contenu des documents de la consultation.

Les MAPA : des risques liés à une estimation non sincère des besoins à satisfaire

L'un des principaux risques liés au recours au MAPA apparaît dès le stade de la définition de ses besoins et l'estimation du montant du marché par l'acheteur. Si le choix du MAPA est en effet permis dans de rares hypothèses en raison de l'objet du marché⁽³⁾, la justification du recours à celui-ci repose le plus fréquemment sur le montant de l'achat.

En application de l'article 27 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, l'acheteur peut ainsi recourir au MAPA au regard du montant prévisionnel du marché afin de répondre à des besoins inférieurs aux seuils des procédures formalisées.

Effrayé par l'apparence d'un carcan juridique très strict applicable aux procédures formalisées et désireux s'en affranchir, la tentation est souvent grande pour l'acheteur de minimiser ou de scinder le volume de ses besoins, de

façon à faire artificiellement baisser le prix des prestations et donc, au final, de pouvoir recourir au MAPA.

La pratique démontre toujours et encore que ces risques de « saucissonnage » des prestations existent bel et bien. Cette manière de faire est évidemment à proscrire car elle expose l'acheteur à des risques juridiques considérables.

Le fait de se soustraire sciemment aux procédures formalisées et de recourir de façon abusive à la procédure adaptée peut, en effet, d'abord, conduire à remettre en cause la validité du marché qui sera conclu. Cette démarche expose ensuite son auteur à des risques pénaux, en particulier, à la commission du délit dit de favoritisme sanctionné par l'article 432-14 du Code pénal⁽⁴⁾. Enfin, elle peut constituer une infraction financière exposant son auteur à des poursuites devant la Cour de discipline budgétaire et financière⁽⁵⁾.

Afin de réduire ces risques, il sera donc recommandé aux acheteurs de se référer aux règles posées par les articles 20 et suivants du décret du 25 mars 2016 relatives aux modalités de « calcul de la valeur estimée du besoin », lesquelles ne sont pas toujours d'une mise en œuvre aisée. Il conviendra, par exemple, de ne pas omettre de prendre en compte le montant d'éventuelles tranches conditionnelles et des reconductions du marché. En cas de doute, la prudence devra conduire à renoncer au recours au MAPA et choisir de mettre en œuvre une procédure formalisée.

Les MAPA : des risques liés à une rédaction négligée des documents de consultation des entreprises

L'expérience témoigne malheureusement aussi de l'existence de risques juridiques importants liés à l'insuffisante préparation du contenu des documents de la consultation.

Croyant profiter de l'absence de règles formalisées et voulant parfois gagner du temps, certains acheteurs n'hésitent pas à « bâcler » la phase d'élaboration des documents de consultation. Sans que cette liste ne soit exhaustive, l'on constate parfois que si une mesure de publicité est requise⁽⁶⁾, le contenu de l'avis est lacunaire ou imprécis. De même s'il n'est pas toujours obligatoire, aucun règlement de consultation n'est établi ou alors son contenu est laconique, aucun véritable cadre contractuel n'existe ou bien, s'il y en a un, celui-ci est réduit à une « peau de chagrin ».

(3) Tel est le cas des marchés visés aux articles 28 et 29 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs notamment à la passation de marchés publics de services sociaux ou de certaines prestations de service juridique.

(4) Par exemple, Cass. crim. 14 février 2007, n° 06-81.924 : affaire dans laquelle la Cour de cassation caractérise le délit de favoritisme pour un marché de « seulement » 6 000 euros.

(5) Articles L. 313-1 et L. 313-4 du Code des juridictions financières.

(6) Notamment en application des dispositions de l'article 30.1.8° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et sous réserve de l'absence de remise en cause de la légalité de celles-ci.

De telles pratiques exposent l'acheteur à des risques juridiques susceptibles de se matérialiser lors de la mise en œuvre de la procédure de passation du MAPA.

Si les textes ne prévoient par exemple pas de délai de remise des offres en MAPA, celui-ci doit cependant être raisonnable compte tenu de la complexité du marché. Le juge a ainsi annulé un MAPA au motif que le délai laissé aux candidats pour remettre leurs offres (16 jours) était insuffisant⁽⁷⁾. Une réflexion doit donc être menée en amont sur les délais suffisants de remise des offres au regard de la nature de l'achat envisagé et celui-ci doit être clairement indiqué aux candidats.

De la même manière, s'agissant des informations permettant d'apprécier la régularité des candidatures, trop d'acheteurs ont tendance à oublier que les dispositions de l'arrêté du 29 mars 2016 (NOR : EINM1600215A), fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats s'appliquent aussi aux MAPA. Une réflexion s'impose donc là aussi sur les informations qui seront pertinentes et utiles pour apprécier la régularité et la capacité des candidatures remises.

S'agissant des critères de choix des offres et de leurs conditions de mise en œuvre, le recours aux MAPA présente lui aussi des risques particuliers. Ceux-ci doivent être impérativement portés à la connaissance des candidats⁽⁸⁾. Si la pondération des critères n'est en principe pas obligatoire en MAPA⁽⁹⁾, le choix d'une simple hiérarchisation pourra cependant exposer l'acheteur à des risques lors de la phase d'examen des offres, la mise en œuvre de cette dernière méthode n'étant pas toujours aussi sécurisée qu'elle y paraît⁽¹⁰⁾.

Une rédaction attentive et minutieuse des documents de la consultation⁽¹¹⁾ avec des indications précises relatives notamment aux grandes étapes de la procédure, aux modalités de remise et d'examen des candidatures ou des offres sera donc conseillée.

Une préparation insuffisante des documents de la consultation est également de nature à exposer aussi l'acheteur à des risques juridiques élevés lors de l'exécution même du marché.

Certes, un écrit n'est obligatoire que pour les marchés dont le montant estimé est supérieur à 25 000 euros HT⁽¹²⁾.

(7) TA Lille 16 mars 2011, Société Fornells, req. n° 1101226.

(8) CE 30 janvier 2009, ANPE, req. n° 290236. CE 3 juin 2009, Cne de Saint Germain en Laye, req. n° 311798.

(9) CE 26 septembre 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures », req. n° 359389.

(10) En ce sens : TA Lyon 11 juillet 2002, Société Avenance enseignement, req. n° 0202689, où le juge a censuré l'appréciation des offres réalisée pour un marché de restauration scolaire qui avait pour effet de neutraliser deux des trois premiers critères classés par ordre décroissant d'importance.

(11) Même si elle n'est pas toujours obligatoire, la rédaction d'un règlement de consultation sera tout de même conseillée.

(12) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 15.

Par ailleurs, au moins pour certains achats non complexes, il devrait être admis en MAPA une certaine souplesse quant à la définition des spécifications techniques du marché⁽¹³⁾.

Pour autant, l'absence de documentation contractuelle ou la mauvaise rédaction de celle-ci sera susceptible dans certains cas d'exposer l'acheteur à de fortes déconvenues lors de l'exécution du MAPA ; il lui sera difficile, voire impossible, de sanctionner le titulaire du marché si le périmètre des prestations n'est pas défini correctement, les délais d'exécution non prévus et les dispositions relatives aux sanctions sont inexistantes ou mal écrites.

Profitant de l'absence de tout cadre contractuel précis fixé par l'acheteur, en MAPA plus que dans les autres procédures, la pratique conduit aussi parfois à constater que certains opérateurs n'hésitent pas à proposer leurs propres clauses commerciales, lesquelles sont rapidement acceptées par l'acheteur sans les avoir véritablement lues ou discutées. L'originalité de celles-ci prêterait souvent à sourire si le déséquilibre contractuel qu'elles instaurent en faveur du titulaire du marché et les doutes sur leurs légalités n'étaient pas si forts parfois.

Une attention particulière devra donc aussi être portée au moment de la rédaction de la documentation contractuelle du MAPA : la rédaction d'un cahier des clauses particulières ou la référence (même pour partie) au contenu d'un cahier des clauses administratives générales pourra être recommandée.

Des risques juridiques particuliers liés à la mise en œuvre des mesures de publicité et de mise en concurrence des MAPA

La réforme de la commande publique intervenue récemment laisse aussi toujours hélas l'acheteur face à des interrogations juridiques importantes quant aux mesures de publicité à mettre en œuvre et à la nature des obligations de mise en concurrence à respecter.

Les MAPA : des risques liés aux incertitudes quant au choix des mesures de publicité à mettre en œuvre

Les règles relatives aux mesures de publicité des MAPA revêtent en réalité une vraie complexité, bien loin de l'apparente simplification annoncée des règles applicables.

(13) L'article 6 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 applicable aussi aux MAPA prévoit notamment que les spécifications techniques doivent être formulées, soit par références à des normes ou des documents équivalents, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, soit en combinant les deux.

Certes, toute difficulté semble étrangère à la passation des MAPA dont le montant est inférieur au seuil de 25 000 euros HT : le marché pourra normalement être passé sans publicité⁽¹⁴⁾.

En revanche, au-delà de ce seuil, les règles applicables peuvent laisser l'acheteur pantois. Les mesures de publicité adaptées diffèrent en effet notamment selon que le recours au MAPA est justifié par son montant ou par son objet⁽¹⁵⁾.

Pour les MAPA en raison de leur montant, entre 25 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée, les modalités de publicité vont ainsi dépendre du statut de l'acheteur :

- pour les acheteurs autres que l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que leurs groupements, les modalités de celles-ci sont toujours librement définies⁽¹⁶⁾.

L'acheteur doit donc s'assurer que les mesures de publicité choisies seront appropriées aux caractéristiques du marché, notamment son montant et son objet. Cette liberté lui permet donc éventuellement dans certains cas de se dispenser de toute publicité. Selon la formule « Publicité n'est pas forcément publication », pour certains achats de faibles montants, la sollicitation de plusieurs opérateurs par voie électronique pourra par exemple normalement suffire.

Si une mesure de publicité est décidée, ces acheteurs ne sont pas plus obligés de procéder à une publication sur un support officiel (par exemple BOAMP) : ils pourront notamment envisager de diffuser les informations seulement sur leurs profils d'acheteurs ou bien dans la presse quotidienne régionale.

Des risques d'irrégularités existent néanmoins par exemple si le profil d'acheteur n'est que peu consulté ou bien si l'objet du marché se rapporte à des prestations spécifiques que seuls des opérateurs économiques d'envergure nationale pourraient satisfaire, une publication locale n'étant alors pas suffisante.

- Pour l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que leurs groupements, les modalités de publicité diffèrent quant à elles selon que le montant du marché est inférieur ou non à 90 000 euros HT⁽¹⁷⁾.

Pour les marchés d'un montant inférieur à 90 000 euros HT, les modalités de publicité seront librement déterminées par l'acheteur public, le choix de la publicité ne pou-

vant être fondé sur la valeur du MAPA : comme évoqué précédemment, la publicité choisie devra impérativement garantir une concurrence réelle entre les opérateurs.

Au-delà de ce seuil de 90 000 euros HT et jusqu'au seuil des procédures formalisées, l'acheteur public devra impérativement au moins procéder à la publication d'un avis d'appel à la concurrence soit au BOAMP, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL). Cette publicité pourra cependant ne pas toujours être suffisante au regard par exemple de l'intérêt transfrontalier du marché qui impliquera sans doute aussi une publicité au JOUE.

Ces développements témoignent à l'évidence de la relative complexité de la réglementation existante. Cette liberté affirmée expose aussi assurément les acheteurs à de véritables risques. Qu'il soit administratif ou judiciaire, le juge veille en effet. À propos de la construction d'une antenne du Louvre à Lens, le Conseil d'État a sanctionné des mesures de publicité insuffisantes (publication dans un JAL et sur le site internet de la collectivité) d'un MAPA de 35 000 euros HT en posant le principe selon lequel la publicité devait être « appropriée aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées »⁽¹⁸⁾.

Afin d'éviter tout risque d'irrégularité, les acheteurs devront donc se montrer prudents et auront parfois intérêt à recourir à des publicités supplémentaires sur d'autres supports que celui choisi à titre principal⁽¹⁹⁾.

Les MAPA : des risques importants liés à la détermination par les acheteurs des obligations de mise en concurrence pesant sur eux

De façon surprenante sans doute, alors même que les textes offrent en principe une marge de manœuvre importante à l'acheteur, la détermination des obligations de mise en concurrence à suivre en matière de MAPA n'est pas exempte de tous risques juridiques. En l'absence de cadre strict, les acheteurs omettent en effet parfois de respecter les principes énoncés à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015, lesquels sont pourtant applicables aux MAPA⁽²⁰⁾.

(18) CE 7 octobre 2005, Région Nord Pas de Calais, req. n° 278732.

(19) Afin d'en limiter le coût notamment, conformément aux dispositions de l'article 34.II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, ces publicités supplémentaires peuvent ne pas reprendre la totalité des informations qui figurent dans l'avis principal, si elles mentionnent les références précises de cet avis.

(20) L'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 prévoit que : « I. - Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

(14) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 30.I.8°.

(15) Pour les MAPA en raison de leur objet, les modalités de publicité à mettre en œuvre dépendent du seuil européen applicable à ces marchés publics.

(16) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 34.I.2°.

(17) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 34.I.1°.

Des risques résultent d'abord parfois du choix de certains acheteurs de se contraindre d'avantage que ne le prescrivent les textes par le biais de règlements intérieurs spécifiques à la passation des MAPA : une telle démarche peut être porteuse de risques juridiques si les mesures de mise en concurrence envisagées sont irrégulières.

Par ailleurs, l'un des principaux risques en MAPA résulte aussi de la faculté offerte à l'acheteur de recourir à la négociation, laquelle est désormais expressément mentionnée à l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ; ce texte prévoit notamment que « lorsque l'acheteur a prévu de négocier, il peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire ».

Si elle est mise en œuvre, cette négociation doit alors être sincère et porter sur l'ensemble des éléments des offres remises par les candidats : comme le préconise la DAJ, « il est vivement recommandé de faire porter la négociation sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix »^[21]. Le juge a par exemple annulé une procédure adaptée au motif que la collectivité n'avait négocié que sur le critère « Prix » des offres, rompant ainsi l'égalité de traitement des candidats dans la mesure où le candidat attributaire disposait déjà de la meilleure note sur le critère technique ; une négociation partielle sur le seul

critère où il n'était pas le mieux disant ne pouvait inévitablement que l'avantager^[22].

Des risques se rapportent enfin également à la phase finale d'examen des offres. Sous couvert de liberté, l'acheteur ne doit pas s'écarter de la méthode d'analyse des offres annoncée préalablement aux candidats. A ainsi été annulée la procédure d'attribution d'un MAPA au motif que l'acheteur n'avait pas porté à la connaissance des candidats la pondération des sous critères utilisés pour juger la valeur technique et avait utilisé un sous-critère absent du dossier de consultation^[23].

Afin de limiter ces risques d'irrégularités, il conviendra donc pour les acheteurs de respecter notamment le principe d'égalité de traitement des candidats et de pouvoir garantir en toute hypothèse la traçabilité de la procédure.

Pour conclure, il convient de souligner à quel point la passation des MAPA expose de manière paradoxale les acheteurs à des risques juridiques spécifiques, lesquels résultent pour l'essentiel de l'importante marge de manœuvre qui leur est accordée. Aussi, il n'est pas rare de voir nombre d'acheteurs calquer la procédure de passation de leurs MAPA sur celle des procédures formalisées afin de limiter les risques de recours. Cela est dommage car, bien maîtrisée, le recours au MAPA est une manière pour l'acheteur de garantir au mieux l'efficacité de la commande publique en échappant précisément à la lourdeur des procédures formalisées.

[21] DAJ, Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

[22] TA Cergy Pontoise, 19 février 2015, req. n° 1500777.

[23] TA Orléans 13 décembre 2010, Société Iris conseil, req. n° 1003989.