

**AJ Collectivités Territoriales 2016 p.446**

**Durée des marchés, prix, critères de choix... De quelques dispositions éparses du décret du 25 mars 2016**

**Gilles Le Chatelier, Avocat associé, cabinet ADAMAS, professeur associé à l'ENS de Lyon**

Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 <sup>(1)</sup> contient de nombreuses dispositions éparses qui sont loin d'être sans intérêt pour les acheteurs publics. Le présent article se propose d'analyser synthétiquement un certain nombre d'entre elles pour donner quelques clés de lecture aux praticiens des marchés publics des collectivités territoriales.

**Durée des marchés (art. 16)**

**Nature des prestations demandées** - L'article 16 du décret du 25 mars 2016 reprend très largement les dispositions abrogées de l'article 16 du code des marchés publics. Ainsi, la durée est toujours fixée en tenant compte de la nature des prestations demandées et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. C'est donc au regard des impératifs du droit de la concurrence que la durée des marchés, qui doit être nécessairement déterminée par le contrat <sup>(2)</sup>, sera fixée.

**Reconduction** - De même, l'article 16 reprend les mêmes dispositions s'agissant de la possibilité de reconduction du marché : celui-ci peut être reconduit une ou plusieurs fois, à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été organisée en prenant en compte sa durée totale, reconductions incluses <sup>(3)</sup>.

Figurent également les dispositions intégrées par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique et qui prévoient que, sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché ainsi conclu est tacite, le titulaire ne pouvant s'y opposer. Cette disposition doit attirer l'attention des acheteurs publics sur la nécessité de faire figurer dans le contrat une clause prévoyant la nécessité de procéder à une reconduction expresse du marché, si la collectivité veut disposer du choix de ne pas reconduire le contrat.

**Durées maximales** - Enfin, ces dispositions s'appliquent sous réserve des autres dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 <sup>(4)</sup> et du décret du 25 mars 2016 fixant des durées maximales à certains marchés publics :

- trois ans pour les marchés attribués à des entreprises de l'économie sociale et solidaire (art. 37 de l'ord.) ;
- trois ans pour les marchés complémentaires de fournitures, reconductions comprises (art. 30 I, 4° du décr.) ;
- trois ans pour les marchés complémentaires de travaux et de services, y compris le marché initial (art. 30 I, 7° du décr.) ;
- quatre ans pour les accords-cadres (art. 78 III du décr.).

**Article 16**

I. - Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

II. - Un marché public peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché public est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

**Prix (art. 17 à 19)**

Une nouvelle fois, les articles 17 à 19 du décret reprennent à peu près à l'identique les dispositions figurant aux articles 17 à 19 du code des marchés publics :

- choix entre prix unitaires et prix forfaitaires avec la possibilité de clauses incitatives (art. 17) ;
- dispositions relatives aux marchés à prix fixes et ceux à prix révisibles (art. 18) ;
- et possibilité de marchés à prix provisoires (art. 19).

On indiquera simplement l'ajout à l'article 18 de la possibilité pour les collectivités locales de conclure des marchés publics de fourniture de gaz et d'électricité à prix ferme, même si la durée d'exécution est supérieure à trois mois, « conformément aux usages de la profession ».

**Article 17**

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché public sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés publics notamment aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production.

Sous réserve des dispositions de l'article 18, les marchés publics peuvent prévoir des clauses de variation des prix.

**Article 18**

I. - Les dispositions du présent article s'appliquent à l'Etat, à ses établissements publics autres que ceux ayant un

caractère industriel et commercial, aux collectivités territoriales, à leurs établissements publics et à leurs groupements.

II. - Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché public est conclu à prix définitif.

III. - Un prix définitif peut être ferme ou révisable.

IV. - Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché public. Toutefois, il est actualisable dans les conditions définies ci-dessous.

Un marché public est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché public est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment :

1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ;

2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché public est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, il peut prévoir que son prix pourra être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus.

Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.

Dans les marchés publics à tranches, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées par les troisième à sixième alinéas du présent IV. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche.

Pour l'application de ces dispositions, sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché public.

V. - Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous.

Lorsque le prix est révisable, le marché public fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en oeuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;

2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;

3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.

VI. - Les marchés publics d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément au V.

Toutefois, les marchés publics de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession.

## **Article 19**

I. - Il est possible de conclure des marchés publics à prix provisoires.

II. - Pour l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, le marché public ne peut être conclu à prix provisoires que dans les cas suivants :

1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché public doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;

2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché public antérieur ne sont pas encore connus ;

3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché public à tranches sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;

4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés publics antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché public à prix définitif.

III. - Les marchés publics conclus à prix provisoires précisent :

1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé ;

2° L'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé ;

3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;

4° Les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

IV. - Pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, les marchés publics de maîtrise d'oeuvre sont passés à prix provisoires conformément au décret du 29 novembre 1993 susvisé.

#### **Evaluation préalable du mode de réalisation du projet d'investissement (art. 24)**

**Ordonnance du 23 juillet 2015** - Ces dispositions présentent - elles - une véritable nouveauté. Il s'agit en effet là des dispositions d'application de l'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui prévoit désormais qu'au-delà d'un certain montant défini par voie réglementaire, l'acheteur doit réaliser avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. L'article 40 pose comme principe une analyse en coût complet pour « éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet ».

Cette disposition vise à la fois à faire vérifier, avant le lancement de l'opération, son intérêt économique pour la collectivité et son impact financier, en même temps qu'elle permet de réaliser une étude préliminaire sur le mode de réalisation envisagé, y compris s'agissant de la formule contractuelle envisagée. En effet, il est tout à fait possible que la réalisation de l'évaluation ici requise soit orientée vers une formule particulière de marchés publics (marché de partenariat, par exemple) ou vers une autre formule contractuelle (concession de travaux, par exemple).

**Seuil d'opération** - L'article 24 du décret du 25 mars 2016 met en oeuvre ces principes. D'abord, il fixe le seuil d'opération à 100 millions d'euros, cette somme devant être calculée en prenant en compte « l'ensemble des dépenses effectuées par l'acheteur pour la réalisation du projet ». Cette disposition doit être comprise comme s'étendant à l'ensemble des dépenses, y compris celles qui ne seraient pas uniquement de nature immobilière (par exemple, dépenses de mobiliers pour la réalisation d'un immeuble de bureaux).

**Contenu du document d'évaluation** - Ensuite, l'article 24 détaille le contenu du document qui réalise l'évaluation. Ses dispositions paraissent assez largement inspirées des dispositions de l'arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en oeuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat (5), ce qui traduit clairement l'inspiration du texte. Rappelons à cet égard que l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 renvoie à l'article 40 du même texte la détermination des règles d'évaluation à suivre pour justifier du recours au marché de partenariat. Trois points sont particulièrement identifiés.

Tout d'abord, une description du projet et du contexte dans lequel il est apparu, ainsi que de l'acheteur. Sur ce dernier point, l'évaluation doit faire un focus particulier sur ses compétences et ses capacités financières, ces deux points paraissant effectivement majeurs pour la conduite et le suivi d'un projet de plus de 100 millions d'euros.

En deuxième lieu, l'évaluation doit procéder à « une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en oeuvre le projet ». C'est bien ici le coeur de l'exercice d'évaluation que de procéder à une approche comparative permettant de retenir la solution la plus performante pour la collectivité publique.

Dans cet exercice de comparaison - particulièrement délicat à effectuer - le décret énumère plusieurs critères d'appréciation privilégiés :

- la détermination des phases de réalisation du projet et de la durée totale du contrat ;

- une estimation en coût complet du projet, y compris les coûts de financement et de fonctionnement, avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie, incluant les recettes résultant du projet et son traitement comptable et fiscal ;

- une présentation des risques avec leur répartition entre la collectivité publique et le titulaire du contrat.

L'extension de cette procédure d'évaluation préalable, auparavant uniquement imposée au lancement de la procédure de conclusion des contrats de partenariat, constitue certainement une avancée, même si le montant d'investissement fixé - 100 millions d'euros - la réserve aux seuls plus grands projets. Toutefois, de nouveau se pose la question de la méthodologie appliquée pour conduire ce type d'exercice qui suppose à la fois des compétences techniques et financières de grande qualité, mais également une certaine impartialité indispensable pour éviter que l'évaluation ne serve en réalité qu'à justifier la solution que la collectivité souhaite retenir... Or, le succès de cette procédure d'évaluation dépend en grande partie de sa capacité à être conduite avec un souci réel de neutralité, ce qui ne paraît pas nécessairement acquis en toutes circonstances.

#### **Article 24**

I. - Le seuil mentionné à l'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, à partir duquel la procédure de passation du marché public doit être précédée d'une évaluation du mode de réalisation du projet, est fixé à 100 millions d'euros HT.

Pour le calcul du seuil fixé à l'alinéa précédent, le montant d'investissement à prendre en compte est constitué de l'ensemble des dépenses effectuées par l'acheteur pour la réalisation du projet.

II. - Cette évaluation comporte :

1° Une présentation générale :

a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique ;

b) De l'acheteur, notamment ses compétences, son statut et ses capacités financières ;

2° Une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en oeuvre le projet, comprenant :

a) Un cadrage, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat ;

b) Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le cocontractant avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu ;

3° Une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques.

### **Offres anormalement basses (art. 60)**

Les nouveaux textes applicables aux marchés publics précisent le régime des offres anormalement basses, sans pour autant bouleverser le système existant.

L'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 avait rappelé de manière claire le système applicable : l'acheteur public doit exiger du candidat des précisions et justifications sur le montant d'une offre qui lui semble anormalement basse, maintenant ainsi le principe selon lequel une offre ne peut être écartée pour ce motif sans que le candidat ait eu la possibilité de s'expliquer.

**Motifs** - L'article 60 du décret détaille, comme le faisait l'article 55 de l'ancien code des marchés publics, les motifs susceptibles de justifier valablement l'existence d'une offre d'un montant significativement inférieur à celui proposé par ses concurrents (6). La liste est identique, sauf que s'agissant de l'invocation d'un avantage réglementaire, sont ajoutées les réglementations en matière environnementale ou sociale, là où l'ancien article 55 s'en tenait aux seules « conditions de travail en vigueur ».

**Sous-traitant** - Est à noter que dans l'appréciation du caractère anormalement bas de l'offre, l'acheteur peut aussi prendre en compte la part que le candidat à l'attribution du marché envisage de sous-traiter, amenant ainsi à une forme de contrôle de l'offre anormalement basse du sous-traitant.

**Raisonnement à suivre** - Le II de l'article 60 explicite le raisonnement à suivre par l'acheteur public pour écarter une offre anormalement basse.

Il indique d'abord qu'il s'agit d'une obligation pour l'acheteur public, là où l'article 55 de l'ancien code en faisait une simple faculté, confirmant ainsi l'état le plus récent de la jurisprudence (7).

Ensuite, deux hypothèses se présentent. En premier lieu, l'acheteur rejette l'offre si les justifications produites par le candidat ne permettent pas de justifier de manière satisfaisante le bas niveau de l'offre. On rappellera à cet égard que le juge administratif du référé précontractuel n'exerce qu'un contrôle restreint sur le caractère ou non convaincant des justifications apportées (8).

En second lieu, l'offre anormalement basse est rejetée si elle contrevient aux obligations nationales, européennes ou internationales en matière de normes environnementales, sociales et de travail. Le contrôle du respect de ces obligations risque cependant de constituer un exercice complexe et délicat pour les acheteurs publics qui ne disposeront, le plus souvent, ni de la connaissance précise de ces normes, ni des moyens de contrôler leur respect par le candidat. Si on comprend l'intérêt politique, voire moral, de ces dispositions, on ne peut en revanche qu'être dubitatif sur leur caractère opérationnel...

En tout état de cause, continuera à s'appliquer la jurisprudence selon laquelle la décision rejetant une offre comme anormalement basse doit être motivée, le défaut de motivation constituant une méconnaissance des obligations de transparence et de mise en concurrence, au sens des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (9).

**Aide d'Etat** - Enfin, les nouvelles dispositions de l'article 60 du décret détaillent la situation où le candidat propose une offre d'un montant significativement inférieur à celles de ses concurrents grâce au bénéfice d'une aide d'Etat. Le III de l'article 60 indique que l'acheteur, avant de rejeter une offre pour ce motif, doit « consulter » le soumissionnaire qui doit disposer « d'un délai suffisant fixé par l'acheteur » pour démontrer que l'aide est compatible avec le marché intérieur. Le décret ajoute que dans l'hypothèse où l'offre est finalement rejetée, l'acheteur public doit en informer la Commission européenne.

### **Article 60**

I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- 3° L'originalité de l'offre ;
- 4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

II. - L'acheteur rejette l'offre :

- 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ;

2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, social et du travail établies par le droit français, le droit de l'Union européenne, la ou les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail figurant sur une liste publiée au Journal officiel de la République française.

III. - L'acheteur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'acheteur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne.

### **Critères de choix des offres (art. 62 et 63)**

Les articles 62 et 63 apportent certaines précisions et nouveautés sur les critères de choix des offres. Après avoir rappelé l'obligation de classer les offres (I), l'article 62 (II) rappelle les règles applicables aux critères de choix des offres.

**Critère du prix** - L'acheteur public peut retenir un critère unique. Il peut s'agir du prix. La jurisprudence rendue sur la base de l'article 53 vérifiait que le choix de retenir un tel critère était pertinent au regard des prestations demandées dans le marché. Ainsi, ce choix n'était pas considéré comme pertinent si les prestations demandées apparaissaient complexes <sup>(10)</sup>. De même, la Cour de justice avait eu l'occasion de juger qu'une législation nationale ne pouvait se contenter du critère unique du prix pour toute une catégorie de marchés publics <sup>(11)</sup>. En conséquence, l'article 62 II vient restreindre le recours au prix comme critère unique à la seule hypothèse où le marché public a pour objet l'achat de services ou de fournitures standardisés, dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

**Critère du coût** - L'autre critère unique susceptible d'être retenu par l'acheteur public est celui du coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, au sens de l'article 63 du décret. Cette nouvelle disposition, directement issue des directives européennes <sup>(12)</sup> et reprenant des dispositions insérées récemment dans le code des marchés publics <sup>(13)</sup>, constitue une nouvelle avancée pour la prise en compte de considérations issues du développement durable dans la commande publique. Elle fait ainsi écho aux dispositions de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique ayant trait à la commande publique <sup>(14)</sup>.

Une nouvelle fois, si l'intention doit être vigoureusement saluée, la question de la mise en oeuvre pratique d'un tel critère unique risque de poser des difficultés réelles. En effet, l'appréciation du coût global, même si les dispositions très détaillées de l'article 63 du décret donnent des éléments d'éclairage, risque d'être un exercice complexe pour les acheteurs publics. On rappellera également que le choix d'un tel critère devra être pertinent au regard de l'objet du marché, la jurisprudence européenne en ce domaine continuant à s'appliquer pleinement à ce titre <sup>(15)</sup>.

Pour le reste, l'article 62 du décret du 25 mars 2016 traduit une nouvelle fois une grande continuité avec les principes antérieurement en vigueur. Il convient toutefois de noter les éléments suivants.

**Pluralité de critères** - D'abord, le fait que la pluralité de critères retenus peut être liée soit à l'objet du marché, soit à ses conditions d'exécution. Il s'agit là de la reprise de la position de la jurisprudence <sup>(16)</sup> permettant, au titre de ces conditions, de consacrer une approche environnementale et sociale plus affirmée.

De même, en cas de pluralité de critères, le critère du prix ou du coût doit nécessairement y figurer. Pour le reste, le II de l'article 62 livre une liste indicative de critères, ces derniers devant toujours être annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence, liés à l'objet du marché et pondérés.

Ensuite, le III de l'article 62 impose une pluralité de critères en cas de dialogue compétitif ou de partenariats d'innovation qui ne peuvent donc recourir, ce qui paraît normal compte tenu de l'objet des marchés concernés, à une attribution sur la base d'un critère unique.

Enfin, on signalera que l'article 62 V impose aux acheteurs publics de veiller à l'application des mêmes critères de choix aux offres de base comme aux variantes.

### **Article 62**

I. - Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles 60 ou 61, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.

II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63 ;

2° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;

c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution.

III. - En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément au 2° du II.

IV. - Les critères ainsi que les modalités de leur mise en oeuvre sont indiqués dans les documents de la consultation.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié.

V. - L'acheteur s'assure que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base.

#### **Modification du marché public (art. 139 et 140)**

Les articles 139 et 140 apportent en revanche une modification importante au régime des avenants aux marchés publics. Si le détail des dispositions connaît des similitudes fortes avec celui retenu pour les concessions  (17), elles s'en distinguent sur le fait qu'elles ne s'appliquent qu'aux marchés conclus sur la base d'une procédure engagée après le 1<sup>er</sup> avril 2016, alors que ces règles s'appliquent aux contrats de concession en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur du nouveau régime.

**Modification sans résiliation** - L'article 65 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, tout en revoyant au décret la définition des règles applicables, posait le principe qu'une modification du marché initial ne pouvait en changer la « nature globale » sous peine de résiliation. Les articles 139 et 140 indiquent ainsi toutes les hypothèses où un marché public peut être modifié, sans nécessiter sa résiliation pour une remise en concurrence globale.

Le nouveau régime identifie six hypothèses de modification admise d'un marché public en cours d'exécution.

**Modifications prévues par le marché** - La première couvre la situation des modifications prévues par le marché initial, sans limitation de montant. Le texte encadre cependant la possibilité de conclure des avenants à ce titre, les clauses de réexamen devant être « précises et sans équivoque ». Cela couvre notamment la détermination des situations susceptibles de faire jouer ces clauses, ainsi que leur contenu. Comme le précise le 1° de l'article 139, ces clauses « indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ». Toutefois, l'application de telles clauses ne peut permettre de modifier l'objet ou la nature juridique du contrat.

**Prestations supplémentaires nécessaires** - La deuxième hypothèse est celle où des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires et où un changement de titulaire serait impossible pour des raisons techniques et économiques et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation des coûts. La seule limite, figurant à l'article 140 du décret, tient au fait que le montant de la modification ne peut dépasser 50 % du montant initial, en intégrant dans le calcul de cette valeur l'application de la clause de variation de prix. L'article 140 précise également que lorsque plusieurs modifications interviennent, chacune d'entre elles ne doit pas dépasser le seuil de 50 %. Cela signifie donc que les modifications cumulées peuvent dépasser le montant de 50 %, étant cependant précisé que le troisième alinéa du I de l'article 140 rappelle que ces modifications ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

**Nouvelles circonstances** - La troisième hypothèse couvre, dans les mêmes limites que la deuxième, la situation où la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. Cette condition, si elle rappelle la notion de sujétions imprévues, apparaît néanmoins plus large, comme susceptible de s'appliquer à de nombreux cas de figure différents. Toutefois, demeure l'idée selon laquelle l'imprévisibilité doit être objective et non seulement résulter de l'imprévoyance de l'acheteur public.

**Remplacement du titulaire** - La quatrième est celle du remplacement du titulaire du marché, soit en application de la première hypothèse, soit en cas de cession du marché « à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial » du marché à condition qu'il n'y ait aucune autre modification du contrat. Le 4° de l'article 139 prend également soin d'indiquer que le nouveau titulaire du marché doit remplir les conditions fixées initialement pour la participation à la procédure de passation.

**Modification non substantielle** - La cinquième hypothèse est celle d'une modification non substantielle du marché. Le texte prend soin d'énumérer les cas dans lesquels une modification doit être considérée comme substantielle. Il vise quatre hypothèses - à notre sens non limitatives - mais assez larges pour couvrir un nombre élevé de situations : la modification qui si elle avait figuré dans l'appel public à la concurrence aurait pu aboutir au choix d'un autre titulaire ; celle qui modifie de manière importante l'équilibre du contrat au profit du titulaire ; celle qui modifie « considérablement » l'objet du marché ; et enfin celle du changement de titulaire dans une hypothèse différente de celle visée au 4°.

**Augmentation de montant** - Enfin, la dernière hypothèse de modification admise est celle d'une augmentation de montant de 10 % du marché pour les prestations de services et de fournitures et de 15 % pour les prestations de travaux, dans la limite à chaque fois des seuils européens.

Nul doute que ces clarifications au régime des avenants aux marchés publics seront de nature à faciliter à l'avenir leur modification  (18), même si, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, l'application de ces nouvelles dispositions amènera sans doute à des ajustements qui n'étaient pas toujours prévisibles à la seule lecture des textes.

#### **Mots clés :**

**COMMANDE PUBLIQUE ET CONTRAT** \* Marché public \* Formation \* Critère \* Prix \* Coût \* Offre \* Prix \* Offre anormalement basse \* Evaluation préalable du mode de réalisation \* Exécution \* Avenant \* Durée

(1) Décr. n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, sur lequel v. J.-M. Pastor, Un nouveau droit des marchés publics prêt à l'emploi, AJDA 2016. 630 .

(2) Sur l'obligation pour un marché public de comporter obligatoirement une durée déterminée, CAA Nantes, 27 juin 2003, n° 00NT00635, C<sup>ne</sup> de Contres, Lebon  T. 862.

(3) Sur la régularité de cet encadrement, CE 23 févr. 2005, n° 264712, Assoc. pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP), Lebon  71 ; AJDA 2005. 668 , note J.-D. Dreyfus  ; RFDA 2005. 483, concl. D. Casas .

(4) Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, sur laquelle v. not. les dossiers AJCT 2015. 614  s. et AJDA 2015. 1783  s. Pour une présentation rapide, v. égal. S. Hul, Publication de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, AJCT 2015. 446  ; D. Poupeau, L'ordonnance Marchés publics est parue, AJDA 2015. 1508 .

(5) Arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en oeuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat, JO 4 mars 2009, p. 4010.

(6) V. sur cette question, M. Loriou, L'offre anormalement basse, tentative de définition, AJCT 2015. 427 .

(7) CE 29 mai 2013, n° 366606, Ministre de l'Intérieur c/ S<sup>té</sup> Artéis, Lebon  ; AJDA 2013. 1134  ; AJCT 2013. 523, obs. S. Hul .

(8) CE 29 oct. 2013, n° 371233, D<sup>pt</sup> du Gard, Lebon  ; AJDA 2013. 2182  ; RDI 2014. 43, obs. R. Noguellou  ; AJCT 2014. 162, obs. S. Hul .

(9) CE 29 oct. 2013, n° 371233, D<sup>pt</sup> du Gard, préc.

(10) CE 6 avr. 2007, n° 298584, D<sup>pt</sup> de l'Isère, Lebon  T. 745 ; AJDA 2007. 832 .

(11) CJCE 7 oct. 2004, aff. C-247/02, D. 2004. 2971 .

(12) Dir. 2014/24/UE du 26 févr. 2014, art. 67 et 68.

(13) Art. 5 du décr. n° 2011-1104 du 14 sept. 2011 qui en faisait un critère susceptible d'être pris en compte, mais pas un critère unique comme le fait le décret du 25 mars 2016.

(14) V. not. R. Granjon et G. Le Chatelier, La commande publique peut-elle être un moyen de favoriser la transition énergétique ?, AJCT 2016. 10 .

(15) CJCE 24 nov. 2005, aff. C-331/04, AJDA 2006. 247, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert .

(16) CE 25 mars 2013, n° 364950, D<sup>pt</sup> de l'Isère c/ S<sup>té</sup> PL Favier, Lebon  ; AJDA 2013. 655  ; *ibid.* 1398 , note J. Martin  ; RDI 2013. 365, obs. S. Braconnier  ; AJCT 2013. 294 , obs. S. Hul .

(17) V. sur ce sujet G. Le Chatelier, Les nouvelles règles relatives au contenu et à l'exécution des contrats de concession, AJCT 2016. 249 .

(18) V. déjà, O. Didriche, L'exécution des marchés publics : part respective de l'ordre de service et des avenants, AJCT 2015. 437 .