OVAT

Actualités Contrats Publics

L’efficacité de la commande publique à l’épreuve des faits

Retour sur le colloque organisé par la chaire de droit des contrats publics de l’université Lyon 3

Les outils au service d’une meilleure efficacité de la commande publique

- Renforcer la compétition entre les acteurs
- Renforcer la puissance d’achat des personnes publiques
- Mieux structurer la procédure de passation et améliorer le contenu des contrats pour permettre leur adaptabilité

Axe n° 1: Renforcer la compétition entre les acteurs

- **L'encadrement des offres anormalement basses (OAB) par le code de la commande publique (CCP)**

Une OAB est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

Procédure à suivre par l'acheteur public :
- Détection d'une OAB
- Demande d'explications au candidat concerné
- Appréciation de la pertinence des explications fournies
- Admission ou rejet de l'offre.

Point de vigilance : le seul écart de prix avec une offre concurrente ne suffit pas à considérer une offre comme anormalement basse

Axe n° 1: Renforcer la compétition entre les acteurs

- **L'exclusion des candidats soupçonnés d'une entente**

L'acheteur public peut exclure de la procédure de passation d'un marché les candidats à l'égard desquels il dispose d'éléments suffisamment probants pour en déduire qu'ils ont conclu une entente avec d'autres opérateurs en vue de fausser la concurrence.

- **L'action en réparation**

L'acheteur public peut engager une action en réparation visant les auteurs des pratiques anti-concurrentielles pour obtenir des dommages-intérêts (CE 27 mars 2020, n°420491, n°421758 et n°421833, Aff. du cartel de la signalisation routière verticale)

Axe n° 2: Renforcer la puissance d'achat des personnes publiques

❑ La coordination des achats

Les acheteurs publics peuvent avoir intérêt à constituer un groupement de commandes (besoins ponctuels)/ une centrale d'achats (besoins permanents), pour satisfaire notamment leurs **achats courants et non spécifiques**.

Cela peut leur permettre de bénéficier de prix avantageux (compte tenu du volume commandé) et de sécuriser leur approvisionnement.

Point de vigilance: ces deux modes de mutualisation ne doivent pas être confondus. Ainsi, la centrale d'achat dispose de la personnalité morale et dispose de missions étendues (par ex., elle peut fournir une assistance à la passation des marchés publics – article L. 2113-3 du CCP).

Axe n° 2: Renforcer la puissance d’achat des personnes publiques

❑ Le recours au système d’acquisition dynamique (L. 2125-1 du CCP)

Pour mettre en place un SAD, l'acheteur publie un avis d'appel à la concurrence dans lequel il indique la période de validité du système, qui n’est pas limitée dans le temps par les textes de la commande publique.

L'acheteur précise dans les documents de la consultation la nature des achats envisagés et leur quantité estimée

Par **l’anticipation**, l’acheteur peut s’assurer de la disponibilité des prestations sur la durée de vie du SAD par la mise en place d’un panel fournisseurs susceptibles de répondre aux besoins. Cette technique d’achat peut être considérée comme un **levier d’innovation dans le domaine des achats courants à forte concurrence**, mais qui peuvent faire l’objet d’innovation

Axe n° 3 : Mieux structurer la procédure de passation et améliorer le contenu des contrats afin d'assurer leur adaptabilité

- ✓ **Une meilleure définition des besoins**
- ✓ **Le recours à la procédure avec négociation**
- ✓ **Assurer une meilleure adaptabilité des contrats**

Axe n° 3 : Mieux structurer la procédure de passation et améliorer le contenu des contrats afin d'assurer leur adaptabilité

❑ Une meilleure définition des besoins

Le **recours au sourcing** (défini à l'article R. 2111-1 du CCP) permet aux acheteurs de connaître l'état du marché et d'identifier les opérateurs ayant la capacité de répondre à leurs besoins.

Le sourcing est ainsi particulièrement utile pour parvenir à une élaboration réaliste des cahiers des charges et des pièces financières des marchés.

Point de vigilance: l'acheteur doit prendre des précautions pour s'assurer que la concurrence n'est pas faussée. L'intégration des études réalisées dans le cadre du sourcing dans le DCE transmis à tous les candidats constituent des mesures appropriées (CAA Lyon, 2 juillet 2020, n° 18LY03402).

Axe n° 3 : Mieux structurer la procédure de passation et améliorer le contenu des contrats afin d'assurer leur adaptabilité

- **Le recours à la procédure avec négociation (article L. 2124-3 du CCP)**

Procédure par laquelle l'acheteur **négocie les conditions du marché** avec un ou plusieurs opérateurs (conditions de recours strictes pour les pouvoirs adjudicateurs).

La négociation peut porter sur **l'ensemble du contenu des offres et des documents de la consultation** sous réserve du respect des exigences minimales.

Point de vigilance: la négociation doit être distinguée du **dialogue**, dont l'objectif est de **déterminer les conditions du futur marché** (son objet ainsi que ses conditions juridiques et financières).

Axe n° 3 : Mieux structurer la procédure de passation et améliorer le contenu des contrats afin d'assurer leur adaptabilité

❑ **Assurer une meilleure adaptabilité des contrats**

- Insérer une **clause de réexamen** (article R2194-1 du CCP) par laquelle l'acheteur public s'engage à réexaminer des stipulations contractuelles, **au terme d'une période ou d'événements déterminés** par le contrat.

Il s'agit d'un cas de modification du contrat.

Point de vigilance: la clause doit être rédigée de manière à (i) circonscrire l'événement (par ex. en fixant un seuil de déclenchement), (ii) définir la nature de la modification (délai, prix, etc.) et (iii) décrire le processus de mise en œuvre du réexamen des conditions d'exécution.

Axe n° 3 : Mieux structurer la procédure de passation et améliorer le contenu des contrats afin d'assurer leur adaptabilité

❑ **Assurer une meilleure adaptabilité des contrats**

- Insérer une **clause de variation des prix**: une telle clause permet de faire varier le prix d'un marché public pour tenir compte des variations économiques, selon une formule prévue au contrat.

La clause de variation des prix s'applique sans préjudice de l'indemnisation de l'imprévision si les conditions en son réunies (avis CE, 15 septembre 2022 *relatif aux possibilités de modification des prix, etc.)*

Elle est obligatoire pour certains marchés qui comportent une part importante de fournitures, notamment de matières premières.

Point de vigilance: les acheteurs doivent être vigilants sur le choix des indices ainsi que la périodicité.

Les experts
Oyat Avocats

Laurent de la Brosse

Avocat associé

Emilie de Boussiers

Avocat senior

OYAT

www.oyat.law