



Commande publique Après la réforme, les Mapa 2.0

L'ordonnance et le décret marchés publics en vigueur depuis le 1^{er} avril 2016 retouchent, sans le bouleverser, le régime des marchés à procédure adaptée.

Par **Hervé Letellier**, avocat associé, Selar|Symchowicz-Weissberg et associés

Le droit des marchés publics a été profondément repensé et unifié par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016. Cette nouvelle réglementation, déjà adaptée (notamment) par certaines dispositions de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, a eu pour principal objectif de transposer les contraintes issues des directives communautaires régissant, donc, les marchés excédant les seuils européens. Néanmoins, le régime des marchés à procédure adaptée (Mapa) a été quelque peu toiletté par les nouveaux textes. Le point sur les règles de passation des Mapa après la réforme.

Une procédure souple

Puisqu'il ne se trouve pas soumis au carcan des procédures formalisées dont le déroulement est précisément défini par les textes applicables, le Mapa permet à l'acheteur de conclure des contrats selon une procédure allégée dont il va fixer lui-même, en grande partie, le contenu et les modalités. L'acheteur sera certes tenu de respecter les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement, transparence des

procédures) et d'organiser un processus d'achat reposant sur une définition préalable des besoins, une publicité suffisante ou encore sur le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il disposera cependant d'une certaine souplesse dans la détermination des règles applicables. L'essentiel sera alors que ces dernières soient adaptées (d'où leur appellation) « à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat » (1).

Des Mapa en raison du montant ou de l'objet du marché

Conformément aux articles 27 à 29 du décret du 25 mars 2016, les acheteurs peuvent conclure des Mapa dans deux séries de cas.

Premièrement, le recours au Mapa est permis en raison du montant du contrat, lorsque le marché répond à un besoin dont la valeur estimée est comprise entre 25 000 euros HT (2) et les seuils européens (soit, en marchés de fournitures ou de services, 135 000 euros HT pour l'Etat, 209 000 euros HT pour les collectivités territoriales et 418 000 euros HT pour les entités adjudica-

trices ; en marchés de travaux, 5 225 000 euros HT). Même chose lorsque sont en cause des lots inférieurs à 80 000 euros HT pour les marchés de fournitures ou de services et à 1 million d'euros HT dans le cas des marchés de travaux, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale des lots (art. 22 du décret précité).

Deuxièmement, les marchés peuvent être conclus selon une procédure adaptée en raison de leur objet. L'article 28 du décret autorise en effet la mise en œuvre d'une telle procédure, quel que soit le montant du contrat, dès lors qu'il porte sur des services dits « sociaux et autres services spécifiques », dont la liste - reprenant en large partie les possibilités offertes par l'ancien article 30 du Code des marchés publics - a été fixée par l'avis publié au « Journal officiel » le 27 mars 2016 (NOR : EINM1608208V). Il est à noter également que l'article 29 du décret relatif aux marchés publics intègre, parmi les marchés à procédure adaptée en raison de leur objet, les contrats de représentation juridique ou de consultation juridique en vue de la préparation d'une procédure. Pour ces derniers, qui étaient exclus du champ d'application des directives, mais que l'Etat français a intégrés dans la réglementation, les contraintes procédurales sont encore plus allégées, de nombreux articles du décret précité n'étant pas applicables.

Des exigences rédactionnelles minimalistes

Hormis les cas où l'acheteur aurait mis en place une procédure adaptée pour la conclusion d'un marché inférieur à 25 000 euros HT (qui pourrait donc être oral), tout Mapa doit donner lieu à la rédaction d'un écrit (art. 15 du décret). La forme à retenir reste libre (lettre, contrat, devis accompagné de l'accord de l'acheteur, courriel, pour reprendre les hypothèses recensées par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie).

Dans tous les cas, il appartient à l'acheteur de procéder à une définition préalable de son besoin (3) et à une description des caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre, et ce afin notamment d'assurer la transparence de la procédure et de permettre aux candidats de se positionner en toute connaissance de cause. Cela supposera, même de manière très simplifiée, de prévoir un règlement de consultation, voire un mini-cahier des charges.

Des modalités de publicité variées

La publicité retenue devant garantir l'efficacité de l'achat et donc une mise en concurrence suffisante, le choix du support doit être déterminé en fonction du montant du marché et être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées (4). L'article 34 du décret du 25 mars 2016 est toutefois venu poser quelques règles en opérant une distinction selon la nature de l'acheteur.

Ainsi, l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements choisissent librement les modalités de publicité pour les marchés inférieurs à 90 000 euros HT. Une publication en tant que telle n'est donc pas imposée, la sollicitation de plusieurs prestataires (pour les prestations de faible montant) ou l'information des opérateurs sur le site Internet de l'acheteur pouvant parfois matérialiser une information suffisante. En revanche, pour leurs marchés

supérieurs à 90 000 euros HT, ces acheteurs doivent *a minima* publier un avis de marché dans le « Bulletin officiel d'annonces des marchés publics » ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. De plus, l'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant de l'objet du marché, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au « Journal officiel de l'Union européenne » est en outre « nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public ».

Quant aux autres acheteurs - y compris ceux listés à l'article 2 du décret du 25 mars 2016, comme les offices publics de l'habitat -, ils ne sont contraints par aucun seuil intermédiaire et choisissent librement les modalités de publicité adaptées.

Notons également que ce principe de libre détermination de la publicité s'applique aux Mapa ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, une publication communautaire s'imposant cependant à ces derniers lorsque le montant estimé excède 750 000 euros HT pour les pouvoirs adjudicateurs et 1 million d'euros HT pour les entités adjudicatrices.

Des délais de procédure raisonnables

La détermination des délais de remise des candidatures et des offres est laissée à l'appréciation de l'acheteur (article 43 du décret). Elle doit néanmoins être raisonnable et tenir compte du montant du marché, de la complexité des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats. Dans tous les cas, l'opérateur raisonnablement vigilant doit disposer d'un délai suffisant pour pouvoir répondre (5).

Des critères de choix à définir

L'acheteur pourra naturellement faire référence et retenir des critères conformes aux articles 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et 62 du décret du 25 mars 2016. (suite p. 68)

Ce qu'il faut retenir

- ▶ Le marché à procédure adaptée (Mapa) permet à l'acheteur de conclure des contrats selon une procédure allégée dont il va fixer lui-même, en grande partie, le contenu et les modalités.
- ▶ Le décret du 25 mars 2016 toilette le régime du Mapa. Il prévoit deux séries de cas de recours, en raison du montant ou en raison de l'objet du contrat.
- ▶ L'acheteur dispose d'une certaine latitude concernant les modalités de publicité et de mise en concurrence. Règle d'or : le support choisi doit être déterminé en fonction du montant du marché et être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité et au degré de concurrence entre les entreprises.
- ▶ La souplesse du Mapa se traduit encore dans la possibilité de négocier ou non avec les soumissionnaires et dans l'absence de délai de *standstill* imposé.

(suite de la p. 67) Cela imposera, en amont, de porter à la connaissance des candidats les critères retenus, ainsi que l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre de ces critères (6).

Rappelons toutefois qu'en matière de Mapa, la sélection des candidatures et l'appréciation des offres peuvent se réaliser lors d'une même phase. Il en résulte que l'analyse des offres peut, par exception, dans certaines conditions, intégrer des éléments afférents à l'analyse des candidatures (7).

Une négociation (presque) à la carte

Conformément aux dispositions de l'article 27 du décret du 25 mars 2016, l'acheteur peut négocier avec les candidats dans les conditions et selon les modalités portées à la connaissance des opérateurs économiques, par exemple en limitant le nombre de candidats admis aux discussions.

Cette négociation portera alors sur le contenu de l'offre, possiblement dans toutes ses composantes, sans pouvoir affecter les caractéristiques principales du marché ou les critères de choix. Sauf disposition contraire dans le règlement de consultation, la négociation pourra même conduire à discuter, si l'acheteur le souhaite, avec des candidats ayant remis des offres irrégulières ou inacceptables (art. 59 du décret) afin de les rendre régulières ou acceptables.

Précisons toutefois que la nouvelle réglementation, tirant toutes les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat (8), autorise explicitement l'acheteur, même quand une négociation est envisagée, à attribuer le marché sur la base des offres initiales à condition qu'il ait indiqué se réserver la possibilité d'user d'une telle faculté (art. 27 du décret).

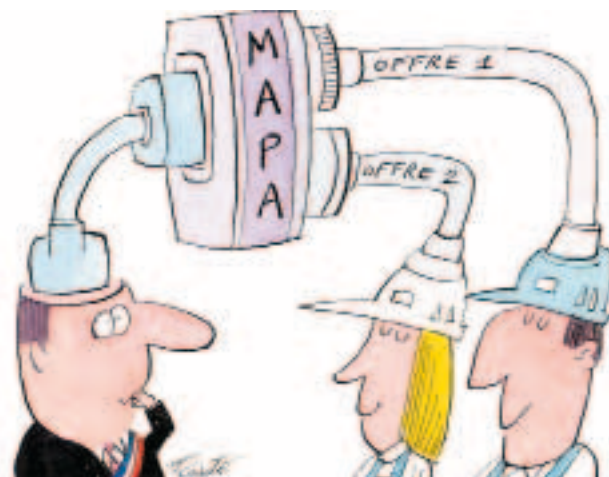
Un choix à justifier

Par principe, sauf disposition différente dans le règlement interne de l'acheteur, le choix du titulaire ne dépendra pas d'une commission d'appel d'offres, qui pourra toutefois émettre un avis si elle est sollicitée. Il dépendra de l'autorité statutairement ou légalement compétente pour y procéder, par exemple l'autorité exécutive ou la personne ayant reçu délégation. Ce choix devra être fait en fonction des critères fixés et devra donner lieu à un rapport d'analyse ou, *a minima*, à une rapide synthèse explicative.

Par ailleurs, si aucun avis d'attribution n'est nécessaire (l'article 104 du décret le réservant aux procédures formalisées), l'acheteur, à partir du 1^{er} octobre 2018, devra publier les données essentielles des marchés conclus sur son profil d'acheteur.

Une obligation d'information des candidats évincés renforcée

L'ancienne réglementation n'obligeait pas l'acheteur à prendre l'initiative d'informer les candidats évincés d'un Mapa - la communication de la décision et des motifs de celle-ci ne s'imposant que sur demande de l'opérateur. Le décret du 25 mars 2016, en revanche, impose désormais à l'acheteur de faire cette démarche. L'article 99 dudit décret prévoit en effet que pour les Mapa, l'acheteur, « dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre ». La communication se limite donc au sens de la décision. La transmission des motifs de rejet ne s'impose que si une demande est



faite en ce sens par le candidat. Si ce dernier a vu son offre rejetée alors qu'elle n'était ni inappropriée ni irrégulière ni inacceptable, l'acheteur lui communique, en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public. L'acheteur doit répondre à la demande du candidat dans un délai de quinze jours. La règle est ainsi différente de celle applicable aux procédures formalisées, qui impose de transmettre immédiatement les motifs de choix et de rejet.

Pas de délai de suspension obligatoire

L'article 101 du décret impose le respect d'un délai de *standstill* - c'est-à-dire de suspension de la signature du contrat - de onze ou seize jours après la date d'envoi de la notification aux candidats évincés. Mais cette règle ne s'impose que pour les marchés à procédures formalisées (9). Le marché peut donc être signé et exécuté dans la foulée de l'information des candidats évincés. Dans sa fiche technique consacrée aux Mapa, la Direction des affaires juridiques précise cependant que les acheteurs peuvent parfois avoir intérêt à s'astreindre volontairement à un délai de suspension, pour éviter les contestations du contrat après sa signature. ●

(1) Fiche de la Direction des affaires juridiques de Bercy sur les Mapa et autres marchés publics de faible montant :

www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques.

(2) Les marchés inférieurs à 25 000 euros HT sont désormais classés parmi les marchés passés selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence (art. 30 du décret du 25 mars 2016) et ne sont donc plus assimilés à des Mapa. Rien n'interdit toutefois, pour ces marchés également, de mettre en œuvre une procédure adaptée minimale.

(3) Tout en gardant à l'esprit, d'ailleurs, que pour les Mapa, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation (art. 58 du décret).

(4) CE, 7 octobre 2005, « Région-Nord-Pas-de-Calais », n° 278732.

(5) TA de Lille, 16 mars 2011, « Société Fornells », n° 1101226.

(6) CE, 30 janvier 2009, « ANPE », n° 290236.

(7) CE, 6 mars 2009, « Commune d'Aix-en-Provence », n° 314610.

(8) CE, 18 septembre 2015, « Société Axxess », n° 380821.

(9) En ce sens, CE, 19 janvier 2011, « Grand Port maritime du Havre », n° 343435.