

Procédure adaptée pour la passation de lots de faibles montants : optimisation ou gageure ?

L'article R. 2123-1 du CCP prévoit la possibilité de mettre en œuvre une procédure adaptée pour la passation de certains lots d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée. Cette technique présente-t-elle un intérêt ? Quelles sont ses modalités pratiques de mise en œuvre ainsi que les écueils à éviter... ?

L'intérêt de recourir à une procédure adaptée réside à titre principal dans la possibilité de recourir à la négociation, le cas échéant à des règles de publicité allégées par rapport aux procédures formalisées⁽¹⁾ et dans celle de raccourcir les délais de procédure, en fonction de la nature, des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs susceptibles d'y répondre⁽²⁾.

Outre les marchés à procédure adaptée à raison de leur objet⁽³⁾, le recours à la procédure adaptée est réservé, on le sait, aux marchés dont la valeur estimée hors taxe est inférieure aux seuils européens, en l'occurrence, 143 000 euros HT pour les marchés de fournitures courantes et de services passés par l'État et ses établissements ; 221 000 euros HT pour les marchés de fournitures courantes et de services passés par les collectivités territoriales et leurs établissements ; 5 538 000 euros HT pour les marchés de travaux⁽⁴⁾.

(1) Réserve faite de l'obligation de publier un avis au *BOAMP* ou dans un journal d'annonces légales à partir de 90 000 euros HT : CCP, art. R. 2131-12, Arrêté du 12 février 2020 (NOR : ECOM2004461A), fixant un modèle d'avis pour la passation des marchés publics répondant à un besoin d'une valeur estimée entre 90 000 € hors taxes et les seuils de procédure formalisée.

(2) CCP, art. R. 2123-4 : Fiche DAJ « Les marchés à procédures adaptées et autres marchés publics de faible montant ». https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-procedure-adaptee-2020.pdf

(3) CCP, art. R. 2123-1 al. 3 (un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, quelle que soit la valeur estimée du besoin) ; CCP, art. R. 2323-2 (les marchés de défense ou de sécurité ayant pour objet des services autres que ceux mentionnés dans cet article).

(4) CCP, art. R. 2123-1 al. 1^{er}.

Auteur

Marie Lhéritier
Avocate associée
Cabinet Lhéritier Avocats

On le sait aussi, le seuil du marché se calcule en prenant en compte la valeur totale des prestations à accomplir. Cette valeur doit ainsi inclure :

- pour les marchés de travaux, toutes les prestations se rapportant à une même opération^[5] ;
- pour les marchés de fournitures courantes et de service, toutes celles qui peuvent être considérées comme homogènes^[6] ;
- pour les accords-cadres en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord^[7] ;
- pour les partenariats d'innovation la valeur des activités de recherche et de développement ainsi que la valeur totale estimée des travaux, fournitures ou services innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée^[8].

En cas de prestations alloties, c'est donc la valeur estimée de tous les lots qui doit être prise en considération sur toute la durée du marché, reconductions incluses, toutes options comprises^[9] pour déterminer la procédure applicable et le degré de publicité. On rappellera que l'évaluation doit être sincère et raisonnable, sous peine, pour l'acheteur d'être taxé de détournement des règles de la commande publique^[10].

Par exception, une procédure adaptée, c'est-à-dire, une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique, peut être choisie lorsque « alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire »^[11].

Ainsi, l'article R.2123-1 du Code de la commande publique prévoit la possibilité de mettre en œuvre une procédure adaptée pour la passation de certains lots d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, lorsque les deux conditions suivantes sont remplies :

- la valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;
- le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Concrètement, le ou les lots d'un marché alloti de travaux, de services ou de fournitures qui remplit ces conditions pourra être conclu selon une procédure adaptée, ce qui permettra notamment à l'acheteur de raccourcir les délais de procédure et de recourir à la négociation

qui porte sur les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques^[12].

De prime abord, on peine à percevoir l'intérêt de recourir à ce dispositif qui contraint l'acheteur à élaborer deux procédures distinctes, l'une formalisée pour chacun des gros lots, donc sans recours à la négociation^[13], l'autre adaptée avec négociation pour les petits lots éligibles en application des dispositions de l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique, le tout pour un seul et même achat.

Essayons néanmoins d'en préciser les modalités concrètes et de mettre en lumière son intérêt, en termes d'optimisation de l'achat, puisque la direction des affaires juridiques incite les acheteurs à y recourir, et de tenter d'identifier les écueils à éviter.

Modalités pratiques et intérêt de recourir à la procédure adaptée pour les lots de faibles montants d'une même opération excédant les seuils

Concrètement, afin de déterminer le ou les lots d'un marché alloti égal ou supérieur aux seuils, qui seraient éligibles à une procédure adaptée, le plus simple est de partir d'exemples concrets d'achats. C'est d'ailleurs ce que fait la direction des affaires juridiques dans sa fiche consacrée aux marchés publics à procédure adaptée et autres marchés de faible montant^[14].

Exemple 1 : marché de service

En matière de marché de services, l'exemple fourni par la direction des affaires juridiques est un marché public de nettoyage d'un montant total de 450 000 euros HT alloti de la façon suivante :

LOTS	Estimation (euros HT)	Lots inférieurs à 80 000 HT
Lot 1 : prestations nettoyage – Paris	300 000	
Lot 2 : prestations nettoyage – petite couronne	130 000	
Lot 3 : prestations nettoyage – grande couronne	20 000	x

[5] CCP, art. R. 2121-5 ; CCP, art. R. 2121-5, al. 2 : « Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique. »

[6] CCP, art. R. 2121-6.

[7] CCP, art. R. 2121-8.

[8] CCP, art. R. 2121-9.

[9] CCP, art. R. 2121-9.

[10] CCP, art. L. 2111-1 ; CE 14 mars 1997, req. n° 170319, *Rec. CE*.

[11] CCP, art. L. 2123-1.

[12] CCP, art. L. 2124-3 ; par ailleurs, on précisera que, contrairement à ce que permettait le Code des marchés publics de 2006, cette dérogation n'est pas étendue « aux lots déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure ainsi qu'à des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial lorsque ces lots satisfont aux conditions fixées par les trois alinéas précédents » [CMP, art. 27].

[13] À l'exception des cas listés par l'article R. 2124-3 du CCP.

[14] https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-procedure-adaptee-2020.pdf

Le lot n° 3 est bien inférieur à 80 000 euros et à 20 % de la valeur totale du marché tous lots confondus. Il peut donc être passé selon une procédure adaptée.

Exemple 2 : marché de travaux

En matière de marché de travaux, si on part de l'exemple d'une opération de travaux de construction pour une valeur totale estimée de 6 550 000 euros, décomposée en plusieurs lots :

LOTS	Estimation (euros HT)	Lots inférieurs à 1 000 000 HT
Lot 1 : gros œuvre	2 000 000	
Lot 2 : couverture étanchéité	70 000	x
Lot 3 : revêtement de façade	160 000	x
Lot 4 : menuiseries extérieures	500 000	x
Lot 5 : plâtrerie	350 000	x
Lot 6 : Menuiserie intérieures	1 000 000	
Lot 7 : revêtement de sols	200 000	x
Lot 8 : serrurerie	70 000	x
Lot 9 : peinture	70 000	x
Lot 10 : plomberie	2 000 000	
Lot 11 : paysage	120 000	x

Chacun des lots 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 et 11 est inférieur à 1 000 000 d'euros mais la valeur totale de ces lots (1 470 000 euros) excède 20 % du montant total du marché estimé à 6 550 000 euros HT (6 550 000 x 0,2 = 1 310 000 euros).

Ces lots ne pourront donc pas tous être passés selon une procédure adaptée.

Un choix stratégique devra être fait pour déterminer, parmi les lots de faible montant, ceux que l'acheteur choisira de passer selon une procédure adaptée.

Dans la perspective d'optimiser l'achat, les lots les plus gros parmi les petits pourraient être opportunément choisis afin de bénéficier d'une diminution du prix du fait de l'engagement des négociations.

Dans notre exemple, les lots 3, 4, 5, 7 et 9 pourraient être choisis pour recourir à une procédure adaptée. Leur montant total (1 280 000) n'excède en effet pas 20 % du montant total de l'opération et ce sont les lots les plus importants parmi les lots à faible montant (à l'exception du lot 9).

Pour sa part, la question de savoir quel lot à 70 000 euros (lot 2, ou 8 ou 9) devrait être intégré dans les lots de faible montant passés selon une procédure adaptée, pourrait être tranchée au regard de la vivacité de la concurrence en fonction de l'objet des lots, qui aura pu être identifiée

soit dans le cadre d'une opération de *sourcing*⁽¹⁵⁾ soit dans le cadre de précédentes opérations.

Les lots de faible montant qui n'auront pu être intégrés car leur addition excéderait la proportion de 20 % par rapport au montant total du marché tous lots confondus devront donc être passés selon une procédure formalisée.

Pour ce type d'opérations, on comprend que cet outil pourrait offrir une véritable perspective d'optimisation de l'achat, grâce à la négociation qui permettra d'escompter une baisse du prix, à condition que la concurrence soit suffisamment vive.

Écueils à éviter : fractionnement artificiel du besoin, évaluation non sincère des besoins, niveau de publicité

Degré de publicité applicable

On rappellera que 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⁽¹⁶⁾.

Dans notre cas précis, les petits lots éligibles devraient donc en théorie pouvoir faire l'objet d'une publicité adaptée et ne pas nécessairement faire l'objet des mesures de publicité s'imposant à une procédure formalisée à savoir, la publicité dans le *Bulletin officiel des marchés publics* (BOAMP) et au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE)⁽¹⁷⁾.

Toutefois, ces petits lots s'inscrivent dans une opération globale qui obéit à une procédure formalisée et au régime de publicité le plus contraignant précité. En outre, la publicité préalable est déterminée « en fonction de l'objet du marché et de la valeur estimée du besoin »⁽¹⁸⁾. Or c'est bien la valeur estimée du besoin dans sa globalité – constituée de l'ensemble des lots afférent à une même opération d'achat – qui doit être prise en compte au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence⁽¹⁹⁾.

(15) CCP, art. R. 2111-1 : « 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.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3. ».

(16) CCP, art. R. 2123-4.

(17) CCP, art. R. 2131-16.

(18) CCP, art. L. 2131-1.

(19) CCP, art. R. 2121-3.

Il semble donc qu'il faille observer, y compris pour ces petits lots qui seront soumis à une procédure adaptée et donc à négociation, le degré de publicité le plus contraignant applicable à l'opération d'achat, qui dans son ensemble relève de la procédure formalisée. Cette solution permet du même coup de susciter la concurrence la plus large et c'est bien l'objectif recherché dans l'attribution de ces petits lots afin que la négociation se traduise par une réelle optimisation de l'achat.

S'interdire tout fractionnement artificiel du besoin

La régularité du recours à une procédure adaptée pour passer un ou plusieurs lots de faible montant d'un marché dont le montant est égal ou excède les seuils de la procédure formalisée, induit qu'aucun fractionnement artificiel des prestations n'a été réalisé par l'acheteur et que la valeur globale de l'achat a donc bien été prise en compte.

En cas de fractionnement artificiel, le juge n'hésite pas à additionner la valeur des marchés pour déterminer les règles qui auraient dû s'appliquer à l'achat dans son ensemble^[20].

L'estimation de la valeur globale de la valeur de l'achat est fondamentale dans l'absolu, et revêt une importance particulière lorsque l'acheteur décide de recourir à la procédure adaptée pour certains petits lots d'un marché qui excède les seuils. Si la valeur globale de l'achat ou si la valeur de chaque lot est erronée, le calcul précité permettant de passer les petits lots selon une procédure adaptée sera affecté de la même erreur ce qui risque d'entacher la procédure de passation de ces lots d'irrégularité, dans l'hypothèse par exemple où le seuil des 20 % est en réalité dépassé.

En effet, la computation erronée des seuils peut entraîner la requalification d'un lot passé selon une procédure adaptée en lot devant être passé selon une procédure formalisée, ce qui est de nature à entraîner son annulation^[21]. Dans notre hypothèse, l'annulation ne serait en revanche pas justifiée par le non-respect des obligations de publicité applicables aux procédures formalisées, dès lors qu'un tel niveau de publicité aurait été observé pour l'achat dans son ensemble tous lots compris, mais en raison du recours à la négociation qui n'est, en principe, pas possible en procédure formalisée, sauf exceptions strictes prévues par l'article R. 2124-3 du Code de la commande publique. Le recours irrégulier à la négociation pour ces petits lots serait en effet susceptible de léser un candidat évincé qui aurait proposé dans l'offre remise un prix inférieur à celui de l'offre initiale

de l'attributaire, devenue inférieure par le jeu des négociations^[22]. En l'absence de négociations, il pourrait soutenir qu'il avait une chance sérieuse d'emporter le lot.

On rappellera ainsi que pour les marchés de travaux, c'est bien la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux qui doit être prise en compte peu importe le nombre d'opérateurs ou le nombre de contrats à conclure^[23].

Étant précisé qu'une opération de travaux est celle que l'acheteur décide de mettre en œuvre « dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique »^[24], par exemple, une école.

Pour les marchés de fournitures ou de service, c'est la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle qui doit être prise en compte^[25]. Pour les marchés de fournitures ou de services récurrents, la valeur des prestations exécutées sur la dernière année du précédent marché, corrigée de l'évolution prévisible des besoins ou seulement celle de l'estimation prévisible des besoins, doit être prise en compte^[26].

Évaluation raisonnable et sincère du montant

Une fois la globalité de l'achat prise en compte, encore faut-il que l'acheteur procède à une évaluation préalable sincère et raisonnable du montant de l'opération dans son ensemble et de celui propre à chaque lot, en fonction des éléments alors disponibles^[27].

Dans notre cas, l'estimation préalable raisonnable et sincère du montant global de l'opération et du montant de chaque lot est également fondamentale pour éviter de fausser les calculs effectués en amont et conduisant à identifier les lots qui peuvent être passés selon une procédure adaptée.

Ainsi, une évaluation irréaliste caractérisée par un écart de 70 % entre l'évaluation préalable et l'offre la moins-disante entache d'irrégularité la décision de passer le marché selon une procédure négociée après déclaration d'infructuosité^[28].

[20] CAA Marseille 15 mars 2005, req. n° 04MA02665.

[21] CE 17 décembre 2014, req. n° 385033.

[22] CE 21 décembre 2022, req. n° 464685 : sur le recours irrégulier à une procédure avec négociation susceptible de léser le candidat évincé. Mais encore faut-il que le candidat évincé ait eu l'occasion de former un référé précontractuel, le délai de *stand still* n'étant pas applicable en procédure adaptée.

[23] CCP, art. R. 2121-5.

[24] CCP, art. R. 2121-5.

[25] CCP, art. R. 2121-6.

[26] CCP, art. R. 2121-7.

[27] CE 14 mars 1997, Préfet Pyrénées-Orientales, req. n° 170319.

[28] CE 29 décembre 1997, req. n° 160686, *Rec. CE*.

En revanche, un marché attribué à un opérateur dont l'offre excède l'évaluation préalable, peut être régulièrement conclu dès lors qu'aucun dépassement de seuil n'en résulte^[29].

Enfin, en l'absence de toute estimation du volume et du coût prévisible des prestations, l'acheteur qui enfreint notamment pour cette raison les règles de la commande publique est susceptible de commettre le délit d'octroi d'un avantage injustifié^[30].

Il convient donc, comme toujours, lors de la préparation d'un achat, de conserver une parfaite traçabilité de

l'estimation prévisionnelle du montant de l'opération dans son ensemble et de chacun des lots, afin d'être en mesure de rapporter la preuve de son existence et des bases de son élaboration lot par lot.

Bilan

Quant à dire si ce dispositif permet effectivement d'aboutir à une véritable optimisation de l'achat dans son ensemble, c'est bien difficile, car il faudrait, en réalité, rapporter le résultat obtenu au temps de préparation de la procédure et au temps consacré aux négociations qui se traduisent eux-aussi en coûts. Il serait intéressant de prendre connaissance des retours d'expériences des acheteurs qui utilisent cette possibilité.

[29] CAA Nancy 28 décembre 2017, req. n° 16NC01207.

[30] Cass. crim., 10 septembre 2008, n° 08-80.589.