

## 1. La notion de marché public

L’ordonnance [n° 2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret [n° 2016-360](#) du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ont transposé les directives [2014/24/UE](#) et [2014/25/UE](#) du 26 février 2014. Ces textes sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2016 et se sont principalement substitués, d’une part, au code des marchés publics et, d’autre part, à l’ordonnance [n° 2005-649](#) du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, qui l’a modifiée sur quelques points et qui a habilité le Gouvernement à adopter, dans un délai de 24 mois, la partie législative du futur code de la commande publique. Le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique a tiré les conséquences de cette modification de l’ordonnance du 23 juillet 2015 et a apporté quelques clarifications.

Sont soumis à l’ordonnance du 23 juillet 2015 les personnes publiques ainsi que certaines personnes privées. Ces acheteurs ont soit la qualité de « **pouvoir adjudicateur** », soit d’« **entité adjudicatrice** » lorsqu’ils exercent des activités d’opérateurs de réseaux.

Aux termes de [l’article 4](#) de l’ordonnance du 23 juillet 2015, les marchés publics **correspondent** à deux types de contrats : les marchés et les accords-cadres. Les **marchés** sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Les **accords-cadres** sont les contrats qui ont pour objet d’établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d’une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Un marché public présente les principales caractéristiques suivantes :

- il est conclu avec un opérateur économique public ou privé c’est-à-dire une entité qui exerce une activité économique, quels que soient son statut et son mode de financement ;
- il a pour objet de répondre aux besoins d’un pouvoir adjudicateur ou d’une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures, ou de services ;
- il est conclu à titre onéreux, le caractère onéreux résidant dans le versement d’un prix par l’acheteur à l’opérateur économique.

Lorsqu'ils relèvent de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les marchés publics passés par les personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

Les marchés publics au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015 se distinguent d'autres contrats comme :

- **les contrats de concession**, qui sont des contrats par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ;
- **les conventions, qui accompagnent certaines décisions d'octroi de subventions** et qui ne mettent pas directement à la charge du cocontractant la réalisation d'une prestation en contrepartie du versement d'une somme d'argent ; la subvention est en effet destinée à soutenir financièrement une action engagée, définie et mise en œuvre par un tiers éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une autorité administrative ;

Les **marchés de partenariat** sont reconnus comme des **marchés publics à part entière** et font l'objet de **dispositions spécifiques** au sein de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016. Ils permettent de confier à un opérateur économique une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général, ainsi que tout ou partie de leur financement. La mission globale peut en outre inclure la conception des ouvrages, leur entretien ou la gestion d'une mission de service public. Depuis sa modification par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit que lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation. La conclusion d'un marché de partenariat doit être précédée d'une **évaluation** préalable ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet et d'une **étude de soutenabilité budgétaire**. Cette étude préalable est versée au dossier d'évaluation socio-économique accompagnant tout projet d'investissement, tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics, texte modifié par le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique.

La passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un **bilan plus favorable**, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si **la valeur de ce marché est supérieure, en fonction de son objet, à un seuil**. Le décret du 25 mars 2016 a fixé trois seuils différents (2 millions d'euros, 5 millions d'euros et 10 millions d'euros).

Il existe **plusieurs formes de procédures de passation**, qui dépendent du montant total du marché public.

Les **procédures formalisées** s'imposent aux marchés publics d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée. Les personnes publiques passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes (v. *infra* point **4.4.**) :

- a) La **procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint**, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;
- b) La **procédure concurrentielle avec négociation**, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- c) La **procédure négociée avec mise en concurrence préalable**, par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- d) La **procédure de dialogue compétitif** dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

Une « **procédure adaptée** », dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des règles prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses décrets d'application, peut être choisie par celui-ci, à condition de respecter les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures), lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens ou pour certains marchés publics particuliers (marchés publics de services sociaux, marchés publics de services juridiques de représentation).

Enfin, les acheteurs peuvent recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables dans plusieurs hypothèses : urgence impérieuse, échec d'une précédente procédure formalisée ou adaptée, prestations ne pouvant être fournies que par un unique opérateur économique, marchés publics dont la valeur hors taxe est inférieure à 25 000 euros, etc...Le Conseil d'Etat a estimé, s'agissant de cette dernière hypothèse, qu'elle ne méconnaissait pas le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, compte tenu des garanties prévues à l'article 30-I-8° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (CE, 17 mars 2017, M. Perez et Ordre des avocats de Paris, n° 403768, 403817).

Le montant des seuils de procédures formalisées est révisé régulièrement par la Commission européenne. Les **seuils pour les procédures formalisées** applicables au **1<sup>er</sup> janvier 2018** sont les suivants :

- - 144 000 euros hors taxes (HT) pour les marchés de fournitures et de services de l'État et de ses établissements publics ;
- - 221 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- - 443 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- - 5 548 000 euros HT pour les marchés de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Les acheteurs ne sauraient fractionner le montant de leurs marchés afin d'alléger leurs obligations de publicité et de mise en concurrence. Est reconnue comme irrégulière la pratique du « saucissonnage » du marché qui consiste à passer plusieurs procédures de faible montant pour rester en-deçà des seuils de procédures formalisées.

## 2. Usage économique des marchés publics

---

L'administration peut ne pas avoir à recourir à un prestataire pour la satisfaction de ses propres besoins (CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, [n° 317827](#), confirmant la jurisprudence *Unipain* (CE, 29 avril 1970, [n° 77935](#)) : « (...) ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de [leurs] besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature »).

Cependant, l'administration n'étant généralement pas en mesure de satisfaire elle-même l'ensemble de ses besoins, la conclusion de marchés publics s'avère fréquemment nécessaire. Le fait même de solliciter des opérateurs économiques pour des fournitures ou prestations engendre une activité économique. Les marchés publics peuvent également être utilisés, comme les contrats de concession, pour externaliser une activité que la personne publique ne souhaite pas assurer elle-même. Par ailleurs, la commande publique peut être mobilisée pour orienter les acteurs ou favoriser certains types d'opérateurs économiques.

### 2.1. La satisfaction des besoins de la personne publique et l'externalisation d'activités économiques

Le marché public a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures ou de services. De la définition des besoins dépend l'objet du marché (travaux, fournitures ou services) et le choix de la procédure.

L'[article 5](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 permet de recourir à **différents types de marchés** :

**Les marchés publics de travaux** ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, ou bien soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

**Les marchés publics de fournitures** ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits. Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

**Les marchés publics de services** ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Il convient de rappeler que lorsqu'un marché public porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Les marchés de service peuvent aussi consister à confier au cocontractant la gestion d'un service public (ils se distinguent alors des concessions par l'absence de transfert du risque d'exploitation au cocontractant).

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a abrogé la disposition qui imposait de réaliser une évaluation

préalable du mode de réalisation d'un projet d'investissement, destinée à comparer les différents modes envisageables de réalisation d'un projet lorsque, pour un marché public autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, le montant des investissements envisagés atteignait un seuil de 100 millions d'euros. L'évaluation préalable demeure toutefois obligatoire pour les marchés de partenariat.

## 2.2. L'utilisation des marchés publics comme instruments de politique économique

Cette utilisation stratégique de la commande publique est assumée tant en droit interne qu'au niveau européen.

Les nouvelles directives européennes (la directive [2014/24/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics, dite « secteurs classiques » et la directive [2014/25/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dite « secteurs spéciaux ») font des marchés publics des instruments pour parvenir à une « croissance intelligente, durable et inclusive » (v. [communication](#) de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, pour une croissance intelligente, durable et inclusive ») tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. Les objectifs recherchés peuvent être notamment les suivants :

- rendre efficace la dépense publique (directive [2014/24/UE](#), 26 février 2014, cons. 2),
- faciliter l'accès des PME aux marchés publics (idem),
- réaliser des objectifs sociétaux communs (idem),
- contribuer à la protection de l'environnement et au développement durable (directive [2014/24/UE](#), 26 février 2014, art. 18.2 et cons. 37),
- promouvoir l'emploi et le travail en vue de l'insertion des individus dans la société (directive [2014/24/UE](#), 26 févr. 2014, cons. 36),
- promouvoir la recherche et l'innovation, principaux moteurs de la croissance (directive [2014/24/UE](#), 26 févr. 2014, cons. 47 et 49).

Il convient néanmoins de ne pas poursuivre plusieurs objectifs simultanément, afin d'éviter qu'ils n'entrent en contradiction les uns avec les autres ou nuisent à l'évaluation de l'efficacité de la procédure engagée pour les atteindre (règle du « un outil-un objectif »).

## 3. Les leviers d'action économique en amont des procédures de passation

---

Le choix de la procédure de passation du marché public dépend du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. En conséquence, l'acheteur doit évaluer et exprimer précisément ses besoins (art. 4 et suivants du décret [n° 2016-360](#) du 25 mars 2016) tout en procédant à une analyse du marché économique. Il peut procéder à des études et à des échanges préalables avec les opérateurs économiques (« *sourcing* »). Il peut alors recenser la capacité de réponses des entreprises, le niveau de concurrence et envisager le mode de dévolution du marché (marché unique, allotissement, marché global...).

### 3.1. Les bonnes pratiques avant la définition des besoins

Avant de définir leur besoin, les acheteurs peuvent (v. pour plus de précisions sur ces points, <http://www.economie.gouv.fr/daj/acheteurs-publics-10-conseils-pour-reussir>) :

- organiser des échanges avec les opérateurs économiques dans l'objectif d'apprécier leur capacité à répondre aux objectifs économiques (sans toutefois rédiger le cahier des charges en fonction des propositions émises par les opérateurs contactés) ;
- connaître le marché économique afin de cerner l'offre et la capacité professionnelle, technique ou financière des opérateurs économiques ;
- valoriser les attraits de la commande publique auprès des entreprises et leur faire connaître les démarches de simplification en la matière.

**Exemples** : communiquer sur les besoins et sur les domaines d'achat au moyen du site internet des personnes publiques ; informer de la planification des achats à venir ; valoriser les stratégies et les solutions innovantes dans la démarche d'achat en structurant l'information.

### 3.2. La définition précise des besoins

L'évaluation et la définition précises des besoins de l'acheteur dans les documents de la consultation constituent une exigence juridique et une condition impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. Elles permettent également pour l'acheteur de procéder à une estimation fiable du montant du marché.

Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques, qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Pour éviter toute discrimination, elles doivent être formulées de manière à assurer l'égalité des candidats.

L'acheteur peut ainsi se référer à des normes ou d'autres documents préétablis en veillant à accepter tout document équivalent, ou exprimer les spécifications techniques en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles.

Il peut exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures remplissent certaines exigences et correspondent ainsi aux caractéristiques requises à condition que certaines conditions soient respectées ([art. 10](#) du décret du 25 mars 2016).

### 3.3. L'utilisation des variantes

Les acheteurs peuvent, sous certaines conditions, accepter, voire exiger des candidats des **variantes**, qui sont des « *modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de consultations* » (CE, 5 janvier 2011, *Société technologiques alpine sécurité*, n°s [343206](#) et [343214](#)). Les variantes permettent de favoriser l'accès des nouvelles entreprises, des petites entreprises ou d'entreprises innovantes. Ces dernières peuvent proposer des solutions alternatives pour répondre au besoin de la personne publique.

[L'article 58](#) du décret du 25 mars 2016 précise les **règles applicables**. Pour un marché public passé selon une procédure formalisée par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché. Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché. Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation. Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il

mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

**Exemple :** Les variantes peuvent permettre à certains opérateurs de présenter des solutions innovantes ou intégrant des considérations environnementales. Il s'agit d'une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur et elle peut permettre au candidat de remettre une offre moins chère, une offre innovante ou techniquement supérieure.

**Pour leur « bon usage »,** v. les guides et le plan cités *infra* point **4.4.**, à la fin de la présente fiche.

## 4. Les leviers d'action économique au stade des procédures de consultation et de passation

---

### 4.1. Identifier les freins à l'accès aux marchés publics

Les acheteurs doivent identifier les freins à la participation aux procédures de consultation (critères de sélection trop complexes ; formalisme contraignant ; manque de temps pour répondre aux appels d'offres, complexité des dossiers...). Il s'agit de trouver les pistes pour faire jouer au mieux la concurrence.

Si l'acheteur ne peut pas aider les candidats à rédiger leurs offres, il peut cependant, en vertu du III de [l'article 39](#) du décret du 25 mars 2016, apporter des précisions aux demandes de renseignements des candidats dans le cadre de la procédure de passation.

**A noter :** pour des conseils en la matière, il convient de se référer aux notices d'informations à disposition des acheteurs et des entreprises en appui des formulaires d'aide à la passation et à l'exécution des marchés publics, publiés par la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), ainsi que les informations publiées par la direction de l'information légale et administrative (DILA).

### 4.2. Choisir la forme du marché à adopter en fonction des besoins de l'acheteur

Les acheteurs disposent de plusieurs leviers afin de favoriser l'accès des entreprises à la commande publique. La forme du marché doit être déterminée en fonction des besoins de l'acheteur, mais elle peut s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

- **L'allotissement :** selon [l'article 32](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les marchés publics autres que les « *marchés publics globaux* » et les marchés publics de défense ou de sécurité doivent être passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. Les acheteurs doivent ainsi déterminer le nombre, la taille et l'objet des lots. Ils peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. Les acheteurs peuvent aussi limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

- Depuis sa modification par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 ne permet plus à l'acheteur d'autoriser les candidats à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.
- L'allotissement est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises (PME).
- **Le marché public global** : l'ordonnance du 23 juillet 2015 autorise l'acheteur à recourir à un marché public global lorsque l'allotissement est rendu difficile au regard de considérations techniques, économiques ou financières. Ces marchés publics globaux peuvent prendre la forme de marchés publics de conception-réalisation ([article 33](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015), de marchés publics globaux de performance ([article 34](#)) ou de marchés publics globaux sectoriels ([article 35](#)). Depuis sa modification par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016, l'ordonnance du 23 juillet 2015 rend obligatoire, parmi les conditions d'exécution d'un marché public global, l'identification d'une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation. Pour les ouvrages de bâtiment, la mission à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire.
- [v. pour des détails sur ces types de marchés, fiche « *Contrats dédiés aux opérations de construction* »].
- **Les techniques particulières d'achat** : l'acheteur peut également avoir recours à des techniques particulières d'achat telles que les marchés publics à tranches ([article 77](#) du décret du 25 mars 2016), ou les accords-cadres ([article 78](#)). Les marchés publics à tranches, dont l'étendue et le besoin à satisfaire sont connus dès la passation du marché, sont à privilégier lorsque l'incertitude ne porte pas sur le besoin à satisfaire, mais sur sa mise en œuvre. Les accords-cadres permettent d'effectuer des achats à caractère répétitif et sont à privilégier en cas d'incertitude sur le rythme ou l'étendue du besoin à satisfaire.
- **Les marchés réservés** : certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles [L. 5213-13](#), [L. 5213-18](#), [L. 5213-19](#) et [L. 5213-22](#) du code du travail et [L. 344-2](#) du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales ([article 36](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015).
- **L'insertion de clauses sociales et environnementales** : les préoccupations sociales et environnementales sont prises en compte par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016. Ainsi, [l'article 62](#) de ce décret inclut notamment parmi les critères d'attribution du marché public le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, ou encore 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. Ces critères s'imposent alors à tous les candidats.
- **Les partenariats d'innovation** : prévus à [l'article 93](#) du décret du 25 mars 2016, ils ont pour objet la recherche et le développement ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat. L'objectif est de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante ainsi que d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. Sont innovants au sens de [l'article 25](#) du décret « *les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés* », le caractère innovant pouvant « *consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode* ».



*de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* » L'acheteur peut passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

### **4.3. Le choix des critères d'attribution**

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet de valoriser d'autres éléments de l'offre que le seul prix. L'acheteur peut choisir parmi la liste de **critères d'attribution** ceux qu'il entend privilégier pour favoriser la concurrence.

Les critères sont définis à [l'article 62](#) du décret du 25 mars 2016. Pour attribuer le marché, la personne publique se fonde alternativement sur les éléments suivants :

- soit sur **une pluralité de critères** non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, le coût, la valeur technique, les délais d'exécution, etc...
- soit, sur **un seul critère**, qui est celui du **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, ou le coût déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, et lorsque plusieurs critères sont prévus, leur pondération est le principe.

L'acheteur peut retenir d'autres critères de sélection des offres que ceux énumérés à l'article 62 mais ils doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Il est préférable de retenir plusieurs critères pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires.

**Exemple** : Les acheteurs peuvent choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social tout en permettant d'évaluer le niveau de performance de chaque offre. Lorsqu'il est prévu que le marché soit exécuté par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, l'acheteur peut apprécier les offres au regard du critère de l'insertion professionnelle des publics en difficulté, à condition que ce critère soit libellé de manière objective et non discriminatoire.

Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé que peuvent être retenus des critères relatifs à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, susceptibles de concerner toutes les activités de l'entreprise, pour autant que ces activités concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché. Mais il a précisé que l'acheteur ne peut utiliser un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause (CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580).

### **4.4. Les différentes procédures de marchés publics.**

L'acheteur choisit, en fonction des besoins qui lui sont propres et de l'objet du marché, la procédure d'achat adéquate. Certaines procédures peuvent s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

- **L'appel d'offres ouvert** ([art. 67](#) et [68](#) du décret du 25 mars 2016) : il est ainsi dénommé parce que toute entreprise peut remettre une offre. L'acheteur se prononce en faveur de l'offre

économiquement la plus avantageuse. Ceci se fait sans aucune négociation et sur des critères précis, objectifs, actés et connus du candidat.

- **L'appel d'offres restreint** ([articles 69](#) et [70](#) du décret du 25 mars 2016) : il en est ainsi lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection. Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre ([art. 66](#) du décret).
- **Le dialogue compétitif**, dont la procédure est régie par [les articles 75](#) et [76](#) du décret du 25 mars 2016, offre des possibilités importantes pour faciliter les candidatures des entreprises innovantes. Réservé aux marchés complexes, cette procédure présente l'avantage de permettre de définir avec les candidats la meilleure réponse aux besoins.
- **Le concours** ([art. 8](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et [article 88](#) du décret du 25 mars 2016) est un mode de sélection par lequel une personne publique choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, « *un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché* ». Cette procédure est un levier d'action pour stimuler les solutions innovantes ou favoriser les PME et les très petites entreprises (TPE).
- **Les procédures négociées** (avec ou sans mise en concurrence préalable, prévues respectivement par [les articles 25](#), [26](#) et [30](#) du décret du 25 mars 2016) peuvent être utilisées pour négocier librement le contenu d'une prestation et l'adaptation du prix aux prestations retenues. Le recours à la négociation peut être envisagé dans les cas prévus aux articles 25, 26 et 30 du décret du 25 mars 2016.
- **Le système d'acquisition dynamique** (dit « SAD » - [art. 81](#), [82](#) et [83](#) du décret du 25 mars 2016) est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures courantes, par lequel l'acheteur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. La spécificité du système d'acquisition dynamique réside dans la faculté offerte à tout opérateur économique qui, d'une part, satisfait aux critères de sélection et, d'autre part, présente une offre indicative conforme aux documents de la consultation, d'être admis dans le système durant toute la durée de son existence.

**→ Pour approfondir**

- le [Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics](#), en ligne, édité par la DAJ, préc. ;
- le [Vade-mecum des marchés publics](#) (2015), en ligne, édité par la DAJ ;
- le [Plan national d'action pour les achats publics durables 2015-2020](#) (PNAAPD) qui a pour vocation d'organiser les actions nationales en faveur de l'achat public durable et de fédérer les différents acteurs en charge de l'achat public au sein de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics hospitaliers ;
- le [Guide pratique de l'achat public innovant](#) du 30 janvier 2014, DAJ.