Kit de la commande publique

Programme PAYS DE LA LOIRE 2021-2027

Fonds européen de développement régional (FEDER)
Fonds social européen plus (FSE+)
Fonds pour une transition juste (FTJ)
Fonds européen pour les affaires maritimes, la pêche et l'aquaculture (FEAMPA)

Programme PAYS DE LA LOIRE 2023-2027

Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER)

SOMMAIRE

Page 2 Contexte

Page 4 Objectif

Page 5 Rappel sur les principes généraux de la commande publique

Quelques irrégularités récurrentes :

Page 6 CAS N°1 : Défaut de publication de l'avis de marché ou attribution de gré à gré injustifiée

Page 10 CAS N°2 : Séparation artificielle des marchés de travaux/services/fournitures

Page 13 CAS N°11 : Utilisation de critères d'exclusion, de sélection, d'attribution ou de conditions d'exécution des marchés ou de spécifications techniques qui ne sont pas discriminatoires au sens du précédent type d'irrégularité, mais qui restreignent l'accès des opérateurs économiques malgré tout

Page 15 CAS N°14&15 : Modification des critères de sélection et/ou d'attribution annoncés lors de l'évaluation des différents candidats

Page 17 CAS N°16 : Piste d'audit insuffisante

Page 19 CAS N°21 : Conflits d'intérêts

Page 21 CAS N°23 : Modifications des éléments du marché énoncés dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges

La numérotation des cas correspond à la décision CE du 14 mai 2019 et son annexe (cf page suivante). Ont été extraits les cas les plus récurrents.

CONTEXTE

Certains bénéficiaires doivent mettre en œuvre des marchés publics lors de l'acquisition de travaux, fournitures ou services externalisés lors de la mise en œuvre d'opération financées par des fonds FEDER-FSE+-FTJ-FEAMPA.

Ils doivent alors respecter les obligations inhérentes aux dispositions européennes et nationales relatives à la commande publique.

Partant de ce constat régulier et d'obligations règlementaires exigés par la Commission européenne, l'autorité de gestion d'un programme européen se doit de s'assurer que les règles relatives à la commande publique ont été respectées et conformes au droit applicable :

Pour le FEDER-FSE+-FTJ-FEAMPA 2021-2027, l'article 74 du Règlement UE n°2021-1060 impose que l'autorité de gestion *:*

« procède aux vérifications de gestion afin de s'assurer que les produits et services cofinancés ont été fournis et que l'opération est conforme au droit applicable, au programme et aux conditions de soutien de l'opération »

Pour le FEADER 2023-2027, article 614-19 du décret n° 2022-1755 du 30 décembre 2022 relatif aux aides du plan stratégique national de la PAC qui modifie le Code rural impose que :

« lorsque le bénéficiaire est soumis aux règles de la commande publique en raison de son statut de pouvoir adjudicateur, les contrôles permettent de vérifier que ces règles sont respectées pour les dépenses présentées."

CONTEXTE

Ces vérifications de conformité sont réalisées prioritairement au stade de l'instruction de la demande d'aide européenne afin de sécuriser le montant de la subvention européenne qui sera conventionnée.

Partant de ce constat, les porteurs de projets doivent communiquer au plus tôt du dépôt de la demande d'aide les pièces relatives aux marchés publics qui seront intégrés dans l'assiette éligible des dépenses prévisionnelles de l'opération.

Ces vérifications de conformité seront actualisées durant toute la vie du projet et notamment lors de la vérification des demandes de paiement, notamment en ce qui concerne l'exécution du marché public et la conformité des modifications de marché.
Ces modifications de marché doivent être annoncés au plus tôt auprès de l'autorité de gestion sans attendre le dépôt de la demande de paiement, afin d'anticiper les conséquences sur le montant de la subvention européenne conventionnée.

En effet, en cas d'anomalie relevée par les corps de contrôles lors des opérations de vérification administrative des dossiers financés par une aide européenne, en fonction du degré de l'irrégularité constatée, une correction financière de 5% à 100 % peut être appliquée sur la base d'un référentiel de sanctions financières en cas d'irrégularités relatives aux marchés publics, la décision CE du 14 mai 2019 et son annexe établissant les lignes directrices pour la détermination des corrections financières à appliquer aux dépenses financées par l'Union en cas de non-respect des règles en matière de marchés publics.

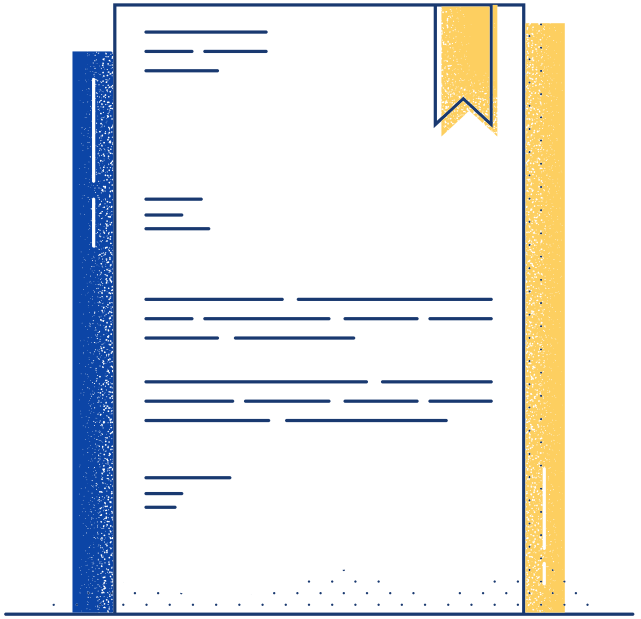
Décision CE du 14 mai 2019 et son annexe établissant les lignes directrices pour la détermination des corrections financières à appliquer aux dépenses financées par l'Union en cas de non-respect des règles en matière de marchés publics.

OBJECTIF DU GUIDE

- porter à la connaissance des porteurs de projets les principaux **points d'irrégularités les plus conséquents et récurrents**

- fournir des **recommandations de bonnes pratiques** pour prévenir des constats ultérieurs d'irrégularités susceptibles d'entrainer des corrections financières de 100 % sur les dépenses rattachées à un marché public dans le cadre d'un financement européen

- constituer une notice permettant d'**alerter les porteurs de projet** sur la vigilance à accorder sur certaines dispositions règlementaires relatives à la commande publique et les recommandations à suivre afin d'éviter une correction financière conséquente.



Ce guide ne constitue nullement un outil règlementaire et ne présente aucun caractère opposable juridiquement.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article L3 du code de la commande publique de 2019

Ces 3 principes sont applicables dès le 1er euro d'achat et doivent être appliqués et suivis quelques soient le montant ou l'objet de l'achat public réalisé.

La liberté d'accès à la commande publique

Tout opérateur économique, indépendamment de son implantation géographique nationale ou européenne, doit pouvoir être candidat et présenter une offre. Pour cela, le porteur de projet soumis à la commande publique doit garantir un niveau de publicité et sélectionner une procédure de mise en concurrence adéquate au regard de son statut, du montant, de l'objet de l'achat.

La transparence des procédures

Un degré pertinent d'information doit permettre aux candidats de connaître les conditions de la mise en concurrence et les critères d'évaluation de leurs candidatures et de leurs offres ; une traçabilité de la procédure de mise en concurrence doit permettre à l'évaluateur de cette dernière de s'assurer du respect des principes exposés et de la conformité de l'application de la réglementation relative aux marchés publics.

L'égalité de traitement des entreprises

Lors d'une mise en concurrence, tous les candidats doivent être informés, sélectionnés et évalués équitablement sans disparités de traitement.

Une correcte application de la réglementation relative à la commande publique permet :

- de garantir le respect de ces principes et la sélection d'une offre pertinente
- d'assurer une bonne gestion des deniers publics sans altération de la libre concurrence économique

Irrégularité cas 1

100% de correction financière

Défaut de publication de l’avis de marché

ou attribution de gré à gré injustifiée (c’est-à-dire procédure négociée illégale sans publication préalable d’un avis de marché)

L’avis de marché n’a pas été publié conformément aux règles en la matière (par exemple, publication au Journal officiel de l’Union européenne lorsque celle-ci est exigée par les directives).

Cela vaut également pour les attributions de gré à gré ou les procédures négociées sans publication préalable d’un avis de marché, si les critères présidant à leur utilisation ne sont pas remplis.

Comment l’éviter ?

1. Attribution de gré à gré ou marché sans publicité ni mise en concurrence injustifiée

- Déterminer sincèrement le calcul de la valeur estimée du besoin au regard des dispositions du code de la commande publique.

- Assurer une libre concurrence non-faussée et une bonne gestion des deniers publics, donc **recours systématique à une mise en concurrence** proportionnée au regard des seuils européens et nationaux pouvant aller de la simple comparaison de devis à la mise en œuvre d’une procédure adaptée ou formalisée de mise en concurrence.

Dès le 1er euro, l’absence de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre qu’en cas de motifs dûment justifiés et étayés de procédure dérogatoire. Elle ne saurait constituer une procédure récurrente dans le cadre d’un projet de financement européen.

Tout achat public qui aurait recours à un motif de dérogation à la mise en concurrence s’expose à l’application de la correction financière en cas d’interprétation remise en cause par un corps de contrôle.

LES MARCHÉS DE FAIBLE MONTANT (60KOU 100K HT)

En deçà de 60 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services ou 100 000 € HT pour les marchés de travaux, l'acheteur peut recourir à une procédure de marché sans publicité ni mise en concurrence préalables. Cette possibilité offerte par la réglementation nationale permet d'alléger les procédures de passation et de faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Contrairement à son appellation, elle dispense de formalisme l'acheteur et non de l'absence totale de règles dans le choix du prestataire répondant au besoin. L'acheteur doit a-minima respecter néanmoins des principes fondamentaux de la commande publique : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement dans la mise en concurrence de candidats et transparence de la procédure.

L'acheteur se doit donc de choisir une offre répondant de manière pertinente à son besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec le même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre à son besoin

- Le recours à cette procédure implique pour l'acheteur de connaître son besoin et d'attester d'une connaissance du secteur d'achat afin de ne pas contracter systématiquement avec la même entreprise
- Les vérifications de l'autorité de gestion veilleront à s'assurer que le recours à la procédure sans publicité ni mise en concurrence est justifié, de la bonne définition du besoin en respectant la computation des seuils, notamment au regard de la notion de prestations homogènes (voir cas n°2) et demandera à l'acheteur d'expliquer le recours à cette procédure dérogatoire à une mise en concurrence formalisée et d'une traçabilité minimale de la procédure d'achat.

En cas de mise en concurrence minimale opérée, comme la comparaison de plusieurs devis, l'acheteur devra respecter les règles d'égalité de traitement :

- courriels ou courriers de sollicitation adressés aux opérateurs économiques le même jour
- une date limite de remise des offres similaire pour tous les opérateurs économiques
- une annonce claire et explicite des critères de choix de la meilleure offre : prix, valeur technique

(Jusqu'en juillet 2026, le critère prix est considérée comme le critère par défaut. Aussi, si vous choisissez une offre entre plusieurs devis pour d'autres motivations que le prix, il faudra s'assurer d'avoir annoncé, aux opérateurs économiques invités à participer à la mise en concurrence, que ces autres critères auront été pris en compte dans l'évaluation des offres)

- un compte rendu de l'analyse de comparaison des devis pour exposer à l'autorité de gestion les raisons de l'attribution du marché à un des opérateurs consultés

En cas d'achat public d'un montant inférieur au seuil de procédure adaptée, il conviendra de signaler à l'autorité de gestion si l'on se place sous les dispositions des procédures suivantes :

- soit Marché sans publicité ni mise en concurrence préalable de type gré à gré ou avec consultation de plusieurs devis
- soit Marché en procédure adaptée

Comment l'éviter ? (suite)

2. Défaut de publication de l'avis de marché

- Réaliser une publicité proportionnée au regard du montant total de la valeur estimée du besoin *(de la consultation par courriel d'opérateurs économiques susceptibles de pouvoir répondre au besoin à la mise en œuvre d'une publicité à l'échelle européenne publiée au JO).*

  Une publicité européenne constitue une sécurisation du marché public pour tout achat susceptible de constituer un intérêt transfrontalier ou d'un montant proche des seuils européens définis.

- A partir de 40 000 € HT, **réaliser systématiquement une publicité sur profil acheteur** qui permet a minima de réduire la portée de la correction de 100 % à 25 %en cas d'irrégularité constatée.

  Seule la publicité peut attester du respect du principe fondamental de liberté d'accès à la commande publique et de s'assurer que l'acheteur a souhaité prendre connaissance des candidats potentiels susceptibles de satisfaire un besoin défini.

  Une connaissance limitée à la consultation directe d'acteurs prédéterminés ou recommandés par des partenaires ne saurait constituer une publicité adaptée pour un achat d'un montant supérieur à 40 000 € HT.

- Indiquer dans l'avis de publicité que le marché public est passé dans le cadre d'un financement européen.

LE PROFIL ACHETEUR

Un profil acheteur se définit comme : « *la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires.* » (article R2132-4 du code de la commande publique).

Ainsi, le profil acheteur ne permet pas uniquement la mise en œuvre d'une publicité dématérialisée mais également l'interaction entre l'acheteur et les candidats au marché public.

Irrégularité cas 2

100% de correction financière

Séparation artificielle des marchés de travaux/services/fournitures

« Un projet d'ouvrage ou un projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services est artificiellement scindé en plusieurs contrats. En conséquence, le contrat relatif à chaque partie des travaux/fournitures/services est inférieur au seuil prévu par les directives, ce qui empêche une publication au JO pour l'ensemble des travaux, services ou fournitures concernées.

La même approche s'applique, mutatis mutandis, aux marchés exclusivement soumis aux règles nationales en matière de marchés publics, lorsque le fractionnement artificiel des travaux/fournitures/services a empêché leur publication conformément aux dites règles. »

Bien que l'acheteur soit libre de définir son besoin, l'absence de regroupement des achats peut entraîner une division artificielle en plusieurs marchés, susceptible de constituer une irrégularité.

L'autorité de gestion vérifiera la bonne application de cette notion en demandant au bénéficiaire de justifier de son choix d'organisation de l'achat et de la détermination de son besoin et d'en apporter les preuves adéquates.

DISPOSITIONS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE SUR LE CALCUL DE LA VALEUR ESTIMEE DU BESOIN AUX ARTICLES R2111-1 ET R2121-1 À R2121-7 DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Fiche technique - La définition du besoin - 5. Le calcul de la valeur estimée du besoin -Ministère de l'Economie - Direction des affaires juridiques de Bercy

« *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ». (Article R 2111-1 du CCP)

« *L'acheteur procède au calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés* ».

« *Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires* ». (Article R 2121-7 du CCP)

« *La valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur lance la consultation* ». (Article R 2121-3)

« *L'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent livre en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles qui y sont prévues* ».(Article R 2121-4)

« *Pour les marchés de travaux, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte 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. (fournitures briques ou groupes électrogènes par le pouvoir adjudicateur). 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.* » (Article R.2121-5)

« *Pour les marchés de fourniture ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte 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* ». (Article R.2121-6)

« *Pour les marchés de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, la valeur estimée du besoin est déterminée sur la base :*

- *Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché ;*
- *Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.*» (Article R.2121-7)

Comment l'éviter ?

Si recours au calcul de la valeur estimée selon le prisme de l'unité fonctionnelle (du projet) en cumulant le montant de toutes les dépenses de prestations concourant ou devant concourir au projet à réaliser (obligatoire en marché de travaux).

Exemple

Dans le cadre de la construction d'un bâtiment public, il convient d'additionner tous les montants estimés des différentes prestations de travaux publics concourant à la réalisation du bâtiment public comme : gros œuvre, plomberie, maçonnerie, chauffage, électricité, etc. C'est l'addition des montants estimés de ces différentes prestations qui établira le montant total à prendre en considération pour déterminer le choix de la procédure et de la publicité à réaliser dans le cadre de la mise en concurrence.

Il convient donc de s'interroger sur toutes les dépenses de prestations qui seront nécessaires à la réalisation du projet et les additionner en vue de déterminer le montant total des prestations externes concourant à une seule et même finalité, à savoir le projet.

Si recours au calcul de la valeur estimée selon le prisme des caractéristiques propres/produits similaires, il faut cumuler les prestations similaires et de même nature sur les douze mois précédents ou à venir, en ne se limitant pas au montant des dépenses d'une prestation limitée au seul projet.

Exemple

Exemple : si un acheteur soumis à la commande publique doit acheter des éprouvettes dans le cadre d'un projet financé par un fonds européen, il convient donc d'évaluer le nombre total d'éprouvettes acquis ou à acquérir durant l'exercice budgétaire en cours pour l'ensemble de la structure.

Pour vous aider à déterminer la classification et le caractère indistinct d'une prestation, vous pouvez consulter la nomenclature mise en place par la Commission européenne, à savoir le CPV. « *Le CPV constitue un système de classification unique pour les marchés publics visant à standardiser les références utilisées pour décrire l'objet d'un marché par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.* » CPV - En savoir plus

Il convient donc de s'interroger sur les dépenses similaires réalisées, à venir, voire en cas d'urgence, susceptibles d'intervenir sur un même exercice budgétaire.

Irrégularité cas 11

10% de correction financière

Utilisation de critères d'exclusion, de sélection, d'attribution ou de conditions d'exécution des marchés ou de spécifications techniques qui ne sont pas discriminatoires au sens du précédent type d'irrégularité, mais qui restreignent l'accès des opérateurs économiques malgré tout

« Il s'agit de critères ou de conditions qui, bien qu'ils ne soient pas discriminatoires sur la base de préférences nationales/régionales/locales, entraînent malgré tout une restriction de l'accès des opérateurs économique au marché spécifique, comme dans les exemples suivants :

1) cas dans lesquels les niveaux minimaux de capacités pour un contrat spécifique sont liés mais non proportionnés à l'objet du marché;

2) cas dans lesquels, au cours de l'évaluation des soumissionnaires/candidats, les critères de sélection ont été utilisés comme critères d'attribution;

3) cas dans lesquels des marques/noms commerciaux/normes spécifiques sont exigés »

Comment l'éviter ?

Ne pas intégrer de critères explicitement géographiques

ou faisant appel à une exigence de localisme entraînant une discrimination des soumissionnaires, exceptés en dehors de critères techniques justifiés (délais, circuits-courts)

Rédiger un préambule dans le cahier des charges

précisant que toute citation de marque, type, brevet, norme, certification, label sera considérée comme ouvert à équivalence, notamment européenne en ce qui concerne les normes

Accompagner toute citation de marque, type, norme, brevet, certification, label, de la mention « ou équivalent »

quelque soit le contexte de la citation de la marque

Irrégularité cas 14 et 15

25% de correction financière

Modification des critères de sélection et/ou d'attribution annoncés lors de l'évaluation des différents candidats

« Les critères de sélection (ou les spécifications techniques) ont été modifiés au cours de la phase de sélection ou appliqués de manière incorrecte au cours de la phase de sélection, ce qui a donné lieu à l'acceptation d'offres retenues qui n'auraient pas dû être acceptées (ou au rejet d'offres qui auraient dû être acceptées si les critères de sélection publiés avaient été respectés.

Les critères d'attribution (ou les sous-critères ou les pondérations respectifs) mentionnés dans l'avis de marché ou le cahier des charges 1) n'ont pas été respectés lors de l'évaluation des offres, ou 2) des critères d'attribution supplémentaires non publiés ont été utilisés pour cette évaluation ».

Comment l’éviter ?

Respecter scrupuleusement les critères de sélection des candidatures et/ou d’attribution des offres qui ont été annoncés dans l’avis de publicité ou le règlement de consultation du marché, mis à la disposition des candidats

Respecter scrupuleusement les pondérations annoncées et la méthode d’évaluation des prix annoncées

Ne pas ajouter de sous-critères influents et non annoncés

Ne pas modifier le classement issu d’une évaluation objective sur la base d’une préférence pour un candidat au motif de préférence : politique, nationale, régionale, locale ou lié à une situation de conflits d’intérêts

Irrégularité cas 16

25% de correction financière

Piste d’audit insuffisante

« La documentation pertinente (établie dans les dispositions applicables des directives) est insuffisante pour justifier l’attribution du marché, ce qui entraîne un manque de transparence. »*

*Par documentation pertinente, nous évoquons les documents qui concourent à une correcte vérification de la conformité du marché public, vérifiés par l’autorité de gestion, qui assure la transparence de la procédure et permet de justifier en tout point le choix du titulaire du marché.

Comment l’éviter ?

En cas de marché sans publicité ni mise en concurrence (quel que soit le motif)

Conserver et présenter tout élément permettant de justifier le choix du titulaire du marché et le respect des conditions de bonne gestion des deniers publics, d’offre pertinente et d’absence de volonté de contracter systématiquement avec un seul opérateur malgré l’existence d’une pluralité d’offres. Les pièces justifiant de la correcte traçabilité sont : note explicative de l’achat, courriel interne justifiant le choix du titulaire, échanges, etc

En cas de procédure adaptée

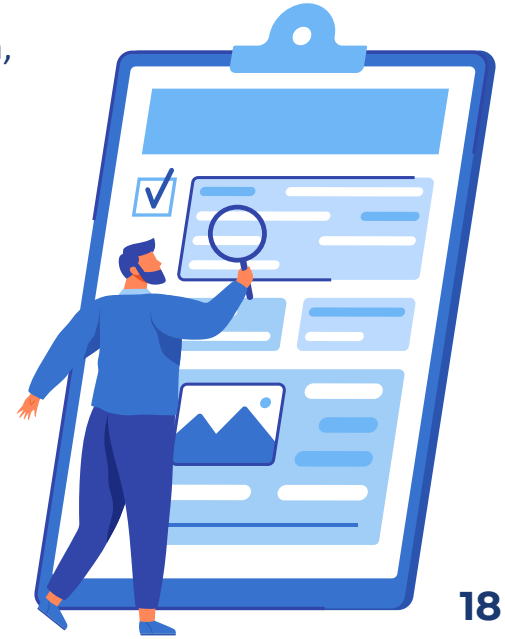
Conserver et présenter un rapport d’analyse des candidatures et des offres ou équivalent, détaillé et étayé, daté et signé ou devis comparatif permettant de comprendre les tenants et aboutissants du choix du titulaire à l’issue de la mise en concurrence

En cas de procédure formalisée

Conserveret présenter le rapport d’analyse des candidatures et des offres et le rapport de présentation, complets, étayés, datés et signés

En cas de déroulement d’une phase de négociation

Conserver et présenter tout document permettant de retracer les phases de négociation : éléments soumis à la négociation (prix, quantité, délai), éléments communiqués aux candidats admis à négocier, comptes rendus des réunions, registre des négociations, procès-verbaux, attestations signées des bénéficiaires confirmant la bonne tenue des négociations, etc



Conflits d'intérêts - En savoir plus

Irrégularité cas 21

100% de correction financière

Conflits d'intérêts

« Chaque fois qu'un conflit d'intérêts non déclaré ou insuffisamment atténué a été identifié, conformément à l'article 24 de la directive 2014/24/UE (ou à l'article 35 de la directive 2014/23/UE ou à l'article 42 de la directive 2014/25/UE), et que le soumissionnaire concerné a réussi à obtenir le(s) marché(s) en question »

(Le conflit d'intérêts peut déjà se produire au stade de la préparation du projet, dans la mesure où la préparation du projet a eu une influence sur le dossier d'appel d'offres/la procédure d'appel d'offres) »

La Commission européenne précise dans la directive 2014/24 relative aux marchés publics que :
« *La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché*. »

QUELQUES POINTS FONDAMENTAUX

- Le conflit d'intérêts est sanctionnable en cas de simple suspicion par l'autorité de gestion et de constat d'une situation d'influence non atténue, notamment par la mise en place d'une procédure de déport de la personne, susceptible d'être en posture de conflit d'intérêt, de la procédure de passation de marché.

- Le conflit d'intérêts peut concerner autant l'agent que l'élu qui participe ou supervise la préparation ou la sélection du titulaire ou l'exécution du marché.

- La matérialisation d'une suspicion de conflit d'intérêts non atténué obligera l'autorité de gestion à émettre un signalement de suspicion de fraude aux instances européennes dédiées, à savoir le Parquet européen et/ou l'Office de lutte anti-fraude de l'Union européenne (OLAF).

Comment l'éviter ?

En prévention

Mettre en place un dispositif interne de prévention du conflit d'intérêts et des procédures adaptées à sa détection

En cas de marchés publics dans la demande d'aide de financement européen

Renseigner la déclaration d'absence de conflit d'intérêts ET indiquer les mesures internes mises en place pour prévenir le conflit d'intérêts (cartographie des risques, déclarations d'intérêts, règlement intérieur, charte de déontologie des agents et/ou des élus, procédures de suivi des lanceurs d'alerte, etc.)

En cas de constat d'une potentielle situation de conflit d'intérêts

Déporter l'agent ou l'élu en situation de conflit de l'ensemble de la procédure de préparation, de passation et d'exécution du marché public OU déclarer sans suite le marché public qui aurait été altéré par une situation de conflit d'intérêt durant la passation de ce dernier

Irrégularité cas 23

25 % de correction financière sur les dépenses du marché initial et des nouveaux travaux/fournitures/services résultant des modifications – majoration à 100 % si dépassement de la modification de marché supérieur à 50 % au montant du marché initial

Modifications des éléments du marché énoncés dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, en violation des directives*

*article 72, paragraphe 2 de la directive 2014/24 marchés publics

Guide d'orientation sur les marchés publics à destination des praticiens : Comment éviter les erreurs les plus fréquentes commises dans le cadre des projets financés par les Fonds structurels et d'investissement européens :

"Les modifications de marchés et/ou le recours à une procédure négociée pour des tâches supplémentaires avec un contractant existant sans lancement d'un appel d'offres pour ces travaux, fournitures ou services supplémentaires constituent l'une des erreurs les plus fréquentes et les plus graves commises dans le cadre de la procédure de passation de marché.

Dans la plupart des cas, lorsque d'importants travaux, fournitures ou services supplémentaires sont nécessaires, un nouveau marché devrait alors être passé. »

RAPPEL

La Commission européenne souhaite une vigilance renforcée des autorités de gestion concernant les modifications de marché (avenants) dans la vérification de conformité des marchés publics. « *Les audits examinent de très près les modifications apportées au marché. De nombreux pouvoirs adjudicateurs pensent à tort que les modifications nécessaires en phase d'exécution peuvent être simplement effectuées en modifiant le marché existant ou en concluant un marché de travaux, fournitures ou services supplémentaires avec le contractant chargé du marché, pour autant que ces modifications n'augmentent pas la valeur du marché de plus de 50 %.* »

Quelques situations qui sont susceptibles de faire l'objet d'une correction financière pour **modification substantielle** du marché du fait de :

- Prolongation excessive de la durée du marché

(Pour exemple, un marché de travaux dont la période de finalisation a été prolongée de plus de 50 %)

- Modification à la hausse ou à la baisse de la portée du marché pour des motivations ne résultant pas de circonstances imprévues

(Pour exemple, un marché dont la portée du contrat a été réduite d'environ 20 %)

- Ajout de prestations non—prévues dans le cahier des charges de la mise en concurrence initiale

- Modification de marché public d'un montant supérieur à 50 % au montant du marché initial, quelque soit le motif de cette modification de marché

Quelques situations qui sont susceptibles de faire l'objet d'une correction financière pour recours à une modification de marché basées sur des circonstances imprévues non justifiées du marché du fait de :

- Modifications imposées causées par une préparation insuffisante de l'offre qu'un acheteur diligent aurait dû prévoir
- Travaux supplémentaires faisant suite à une décision juridique ou administrative qui aurait pu être déterminés en amont de la passation du marché initial
- Des éléments de contexte non imprévisibles tels que : perte d'une ressource financière de l'acheteur comme un cofinancement, un durcissement de la concurrence économique subie par le titulaire durant l'exécution du marché, etc.

Comment l'éviter ?

« *La meilleure option est d'envisager tous les changements possibles et de les inclure clairement dans les documents de marché. Ce n'est pas toujours possible pour chaque modification mais il convient, lors de la phase de préparation, d'essayer d'identifier tous les cas de figure. D'autres règles sont applicables aux situations imprévues (ou plus précisément, imprévisibles)* » expose la Commission européenne.

Par conséquent, il convient de prévoir les mesures suivantes pour faciliter la vérification de conformité des marchés publics de l'autorité de gestion :

Au niveau du formalisme

- Renseigner le tableau de recensement des modifications de marchés fourni par l'autorité de gestion dans le kit commande publique 21-27 Pays de la Loire

- Indiquer le motif de recours dans les actes juridiques matérialisant modification du marché parmi les cas prévus à l'article L2194-1 du code de la commande publique de 2019 : « *Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :*

1. *Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;*
2. *Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;*
3. *Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;*
4. *Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;*
5. *Les modifications ne sont pas substantielles ;*
6. *Les modifications sont de faible montant.* »

- Pour les cas ne relevant pas des modifications de faible montant, exposer les circonstances ou les données contextuelles techniques/juridiques permettant de justifier le recours à une modification de marché

Comment l’éviter ? (suite)

Au niveau technique

- Limiter les modifications de marché à des modifications de marché de faible montant, à savoir des modifications en valeur cumulée dans la limite de 15 % du montant du marché initial pour un marché de travaux et de 10 % pour un marché de fournitures et de services. Ne pas oublier que les limites de 10 % et 15 % tiennent compte de la valeur cumulée des modifications en valeur absolue

- Intégrer des clauses de révision des prix claires et transparentes, comprenant des modalités de calcul précises

- Anticiper dans l’élaboration des besoins les travaux/fournitures et services susceptibles d’apparaître en cours de réalisation du projet et/ou du marché et les intégrer en tranche optionnelle ou marchés supplémentaires dans le cahier des charges du marché public initial

- En cas de marché de travaux, s’assurer d’avoir consulter en amont tous les organismes susceptibles de proposer des modifications en cours d’exécution du marché et réaliser toutes les études techniques nécessaires avant le lancement de ce dernier

CONTACT

Une question ? Une interrogation ? Besoin d’une précision ?

N’hésitez pas à contacter la Région Pays de la Loire à l’adresse ci-dessous :

ludovic.dubois@paysdelaloire.fr