

La réforme du Code des Marchés Publics

Après une longue gestation, le nouveau Code des Marchés Publics « 2006 » a été publié le 4 août 2006.

Les directives européennes « marchés publics » avaient été adoptées le 31 mars 2004. Or, une fois n'est pas coutume, le Code des Marchés Publics « 2004 » était en avance sur son temps puisqu'il avait été adopté le 7 janvier 2004. Par conséquent, il n'était pas conforme au droit communautaire et nécessitait une réforme dont la date butoir était en principe fixée au 1er janvier 2006.

Après ces détours calendaires et avec quelques mois de retard, le décret n°2006-975 du 1er août 2006 introduit un nouveau Code des Marchés Publics. Il s'accompagne également d'une circulaire d'application publiée le 4 août et visant à préciser les modalités d'utilisation du nouveau Code.

Si ce nouveau n'est pas vraiment qualifié de révolution en la matière, il comprend de nombreuses modifications, éparpillées, et d'importances inégales.

Les lignes ci-dessous vous présenteront l'essentiel des modifications et nouveautés introduites par le Code des Marchés Publics 2006. En fonction des guides de bonne pratique largement développés au sein des organismes publics, il est possible que certains éléments de la réforme ne soient pas aussi significatifs.

1) La transition entre ancien et nouveau code

Détail technique, le Code des Marchés Publics 2006 entre en vigueur à compter du 1er septembre 2006. Le Ministère a retenu une entrée en vigueur différée, sachant que le texte avait été publié début août, le choix a été judicieux...

1.1- Précautions au stade du lancement des marchés

Tout marché dont l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé pour publication après le 31 août 2006 minuit est soumis au Code des Marchés Publics 2006.

Les autres restent soumis au précédent Code, comme c'était le cas lors des réformes antérieures.

1.2- Précautions au stade de la notification des marchés

Tous les marchés notifiés à compter du 1er septembre 2006 seront soumis aux dispositions du Code des Marchés Publics 2006.

Attention aux mélanges...les marchés dont le cahier des charges a été rédigé et la procédure engagée avant le 1er septembre (et donc soumis au Code 2004) peuvent être soumis au Code des Marchés Publics 2006 s'agissant uniquement de leur exécution.

2) les modifications au stade de la préparation du marché

2.1. Allotir son marché devient la règle

Le Code se veut favorable à l'accès des PME à la commande publique.

En conséquence, son article 10 pose le principe de l'allotissement des marchés.

Les marchés devront être passés en lots séparés.

Sauf si cet allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier, inconvénient qu'il faut, dans ce cas, démontrer.

La circulaire ne détaille pas la motivation à produire.

On peut valablement renvoyer les acheteurs aux contenus des rapports de présentation qui devront mentionner les motifs de faits expliquant la dévolution en marché unique. A charge du contrôle de légalité d'évaluer le motif technique, économique ou financier...

2.2 Possibilité de mettre en place un quota de PME au stade des candidatures

En appel d'offres restreints et en procédures négociées restreintes, l'acheteur peut réserver un certain nombre de places aux PME au stade des candidatures.

Extrait de l'article 60 :

« Le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre de petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant. Cette décision est mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence. »

2.3 Obligation de prendre en compte le développement durable

Les besoins doivent toujours être définis mais ils doivent l'être en « prenant en compte des objectifs de développement durable » (article 5).

Cela semble être une obligation même si concrètement, il sera difficile de l'évaluer.

Beaucoup plus intéressant, les conditions d'exécution peuvent intégrer des « éléments à caractère environnemental » tout « en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social » (article 14).

Les « performances en matière d'environnement » peuvent être des critères de choix des offres (article 53).

Il est possible d'avoir recours aux « écolabels » (article 6-VII), à condition, comme tous les labels et normes, qu'ils ne restreignent pas eux mêmes la concurrence. L'acheteur pourra exiger des certificats environnementaux européens (EMAS - article 45) pour les marchés de travaux.

2.4 Disparition de la « PRM »

La notion de Personne Responsable des Marchés disparaît.

Pour autant, l'acheteur doit continuer à désigner un représentant légal apte à engager la personne publique.

Il faut donc se référer aux statuts et aux règles de délégations pour désigner la personne habilitée à conclure le marché et ses éléments contractuels.

2.5 Soumission des personnes publiques au Code des Marchés Publics en tant que pouvoir adjudicateur

La sémantique évolue mais le champ d'application reste le même.

La personne publique devient un « pouvoir adjudicateur »

L'« opérateur économique » est la nouvelle appellation de l'entreprise candidate.

Elle remplace l'expression « personne publique ou privée ».

Précision pour le secteur du logement social, les OPAC et les OPHLM sont désormais soumis à la totalité du Code, sans ambiguïté. Les articles 423-7 et 433-4 du Code de la Construction ont été modifiés en ce sens par l'article 3-1 du décret instituant le nouveau Code.

Continuité d'un groupement de cotraitance en cas de liquidation judiciaire d'un de ses membres

2.6 Exiger du candidat la fourniture d'échantillons, de maquettes ou de prototypes

Parmi les dispositions qui font débat, celle-ci fait largement couler de l'encre....

Le pouvoir adjudicateur peut toujours exiger des maquettes ou échantillons à l'appui des offres. Toutefois, le Code ajoute que si ces demandes exigent un "investissement significatif pour les candidats", ceux-ci ont alors droit à une prime.

Mais deux questions restent en suspens...

A partir de quel niveau un "investissement" est-il significatif au sens du Code ?

Quelle part de cet "investissement" la prime doit-elle représenter ?

L'instruction d'application du Code n'a rien précisé.

Le Code 2006 laisse donc la porte ouverte à des concours déguisés (comprendre des consultations lancées hors cadre du concours de l'article 70) dans lesquels la rétribution des maquettes de PME soumissionnaire est quasi-facultative....

2.7 De nouvelles modalités d'actualisation

Le prix est désormais actualisé si un délai supérieur à 3 mois s'écoule entre la date de signature de l'offre par l'entreprise et la date de début d'exécution du marché.

Il convient d'abandonner les formules qui prenaient pour point de départ de l'actualisation le mois d'établissement des prix.

2.8 Disparition de l'avance facultative et modification de l'avance forfaitaire

L'avance facultative disparaît.

L'avance forfaitaire est désormais obligatoire dès que le montant du marché est supérieur à 50.000 € HT et dont la durée d'exécution est supérieure à 2 mois.

2.9 La publicité requise par le nouveau Code pour les MAPA

En dessous de 4.000 € HT, le Code n'exige aucune publicité et aucune mise en concurrence.

En dessous de 210.000 € HT (135.000 pour les fournitures et services de l'Etat), la procédure adaptée continue à s'appliquer.

Elle s'applique également pour les anciens « marchés de l'article 30 », qui sont désormais soumis aux modalités de la procédure adaptée, quelque soit leur montant.

L'article 28 précise désormais que les « modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur 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 ».

Le code ne fait que prendre acte de la jurisprudence récente (décisions Louvre II, Réunion-Ville Propre,...).

En clair, la publicité doit être adaptée à la richesse de la concurrence. S'il y a une entreprise par région en moyenne susceptible de répondre, et quand bien même la procédure adaptée, il faut publier de façon nationale.

L'article 28 ouvre également une possibilité délicate qui sera très balisée par le juge. Cet article indique que le « pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4 000 EUR HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 35.

3) les nouveautés procédurales

3.1 La définition des marchés de travaux

La maîtrise d'ouvrage assumée par la personne publique reste l'élément qui permet de qualifier l'opération de marchés publics de travaux.

On en déduit que les montages contractuels complexes (VEFA, BEA, Lease-Back...) demeurent possibles sous réserve de la jurisprudence établie sous l'empire du Code 2004.

Attention cependant, une nuance subtile s'est glissée dans l'article 1. Les marchés dans lesquels ont lieu, à titre accessoire, des travaux de pose ou d'installation sont désormais clairement identifiés comme des marchés de travaux. En conséquence, l'acheteur ne pourra plus faire glisser ces prestations accessoires dans le cadre d'un marché de travaux, ce qui lui permettait de bénéficier du délai de 22 jours, réservés aux appels d'offres travaux.

3.2 La procédure en marchés publics de travaux

Dans le calcul des seuils pour les travaux, à la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages, l'acheteur doit ajouter la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à disposition des opérateurs. La valeur du marché de travaux au sens des seuils comprend ce que l'administration fournit à l'entrepreneur.

Les cas d'applications restent particuliers et la circulaire d'application est muette sur ce point.....

3.3 La disparition des seuils dans les marchés à bons de commande

La fixation d'un minimum et d'un maximum est désormais facultative.

Attention, en l'absence de seuil maximum, la valeur du marché est réputée dépasser les seuils prévus à l'article 27.

En clair, en l'absence de maximum, le pouvoir adjudicateur sera forcé de conclure un marché formalisé (article 27-VI).

3.4 Création des accords-cadres

Les accords cadres « ont pour objectif d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix, et, le cas échéant, les quantités envisagées » (article 1-I al.3).

« Ils peuvent prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum » (article 76).

L'accord cadre doit contenir deux éléments :

une liste de fournisseurs agréés et

les grandes lignes des futurs marchés (délais, performances minimales, modalités de détermination du prix).

Le pouvoir adjudicateur organise une consultation par le biais d'une procédure formalisée pour sélectionner un nombre d'opérateurs économiques déterminé. Pour déterminer la procédure applicable dans le cadre du lancement d'un accord cadre, l'acheteur doit veiller à prendre pour référence le marché correspondant au montant total des commandes qui seront passés sur sa base.

Ces opérateurs signent l'accord cadre.

C'est seulement entre ces opérateurs que sera organisé une mise en concurrence à l'occasion de l'émission de chaque commande.

La mise en concurrence portera sur la prestation qui n'avait pas été définie dans l'accord cadre.

En clair, l'accord cadre permet de définir une base de prestations et une liste de fournisseurs agréés pour une période arrêtée (en principe 4 ans – 76-V).

La conclusion d'un accord cadre est possible soit avec un opérateur unique, auquel cas, à chaque marché, on lui demandera de compléter et préciser son offre (76-IV), soit avec plusieurs opérateurs (3 au minimum, cf 76-III) dont on comparera les compléments d'offres.

La finalité est de conclure avec le candidat retenu, un marché d'application. Ce marché sera dispensé des mesures de publicité et de mise en concurrence et peut prendre la forme d'un marché à bon de commandes..

3.5 Création du Système d'acquisition dynamique (SAD)

Le « SAD » n'est pas un marché mais une procédure.

Entièrement électronique, elle permet de passer uniquement des marchés de fournitures.

Le Code contient une ambiguïté à ce propos : le procédé du SAD est ouvert pour les marchés de travaux décrits à l'article 26-IV alors que l'article 78 ne vise pour le SAD que des marchés de fournitures (??).

Comme l'accord cadre, le SAD permet le référencement d'opérateurs économiques proposant une offre minimale. L'apport du SAD est qu'il se déroule dans un cadre entièrement dématérialisé et dont la durée d'application est déterminée.

Différence de taille avec l'accord cadre, le SAD n'est pas un contrat mais simplement une procédure.

A la différence de l'accord cadre, pour lequel seuls ceux qui l'ont signé peuvent présenter des offres à l'occasion de commandes ultérieures, le SAD entraîne une publicité pour chaque commande, avec possibilité pour de nouveaux candidats d'entrer dans la compétition juste avant de présenter une offre.

Une fois enregistrée, l'entreprise pourra déposer des offres pour les marchés d'application, qui sont baptisés « spécifiques » par le Code.

Le SAD n'est pas utilisable pour la passation d'un accord cadre. De plus, gageons que son utilisation reste soumise à l'élaboration d'un outil informatique sur mesure, ce qui reste coûteux pour l'acheteur, déjà échaudé par l'explosion des budgets publicité...

3.6 Dialogue compétitif : la rédaction du cahier des charges n'est plus imposée

Le cahier des charges que devait rédiger le pouvoir adjudicateur en milieu de procédure n'est plus imposé. Cette disposition était nécessaire pour lutter contre les effets néfastes du « cherry-picking ».

Cette disposition vise à éviter que ceux qui veulent contribuer à trouver une solution globale pour un marché particulièrement complexe soient obligés de dévoiler quelques idées confidentielles, ce qui était le cas jusqu'alors.

3.7 Souplesse de procédure pour les marchés à lots infructueux ou sans suite, ainsi que ceux dont l'exécution est inachevée après la résiliation du marché

Dans ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000€ Ht pour les marchés de fournitures et services et pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 euros HT ou pour les lots de montants inférieurs à 1 million d'euros pour les marchés de travaux de seuil européen pour lesquels des lots auraient été déclarés infructueux ou sans suite ainsi qu'à des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial. Nouvelles possibilités de conclure un marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence

Hypothèse applicable aux marchés et accords cadres passés selon une procédure d'appel d'offres pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Modification de la procédure du marché de définition

Le marché de définition est utilisé fréquemment lorsque la rédaction progressive d'un cahier des charges s'avère nécessaire. La procédure a été modifiée. Désormais, l'attribution des prestations qui font suite à ce marché doit se faire après remise en concurrence des seuls titulaires du marché de définition.

3.8 Modifications des délais en procédure d'appel d'offres

Le principe reste le délai de 52 jours, ramené à 22 jours s'il s'agit de marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5.270.000 € HT ou lorsqu'un avis de pré-information a été envoyé à la publication.

Les acheteurs qui utilisent des procédés de dématérialisation ont droit à quelques bonus.

Le délai de réception des offres peut être réduit de 7 jours si l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé par mail.

Le délai de réception des offres peut être réduit de 5 jours si le DCE est en libre consultation électronique.

Ces bonus peuvent être cumulés.

Le Code ajoute une disposition très pratique. Les candidats doivent désormais demander des précisions complémentaires en temps utile, au plus tard dans les six jours avant la date limite de remise des offres.

Des dispositions similaires sont également introduites par le Code pour les procédures négociées.

4) les modifications au stade de la dévolution du marché

4.1 Les entreprises peuvent toujours se présenter seules ou en groupement.

L'article 51 introduit une disposition nouvelle afin de prévenir la liquidation judiciaire de l'un des membres d'un groupement ou l'impossibilité d'accomplir sa tâche.

« Si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation. »

4.2 L'absence de références n'est plus un critère éliminatoire

L'acheteur peut continuer à exiger des références, à l'appui des candidatures. Mais l'absence de références ne peut plus constituer, à elle seule, un motif valable d'élimination de la candidature (article 52).

La mesure se veut favorable aux PME nouvellement créées voire aux TPE même s'il est permis de douter que l'acheteur ne les agrée pas sur le fondement de la capacité financière, critère de sélection des candidatures....

4.3 Nouvelles définitions des offres « non-conformes »

L'article 35 revoit la définition des offres.

L'offre non conforme est désormais désignée sous le terme d'offre irrégulière.

L'offre est inappropriée si elle ne correspond pas aux besoins de l'acheteur.

L'offre inacceptable est une offre dont le contenu ou l'exécution n'est pas conforme à la législation en vigueur.

4.4 L'information des candidats est améliorée

L'acheteur peut demander au candidat dont le dossier est incomplet de compléter sa candidature. Désormais, il devra en informer l'ensemble des candidats qui pourront, s'ils le désirent, compléter leurs candidatures dans le même délai.

Sauf urgence, dans les procédures formalisées, l'acheteur doit informer l'entreprise dès qu'il a fait son choix sur l'attributaire mais également lui indiquer les motifs de faits et de droit qui conduisent à son choix.

4.5 Simplification des rapports de présentation

L'article 75 exigeait un rapport de présentation pour les projets de marché et les avenants.

Si l'on suit la lettre de l'article 79 du Code des Marchés 2006, le rapport n'est plus exigé que pour les projets de marché.

4.6 Allongement du délai d'envoi d'attribution

Le délai d'envoi limite de l'avis d'attribution est désormais de 48 jours à compter de la notification du marché.

L'absence d'avis d'attribution n'est toujours pas sanctionné clairement dans le Code, ni dans l'instruction d'application.

4.7 Modifications des attributions de la CAO

Il revient à la CAO d'éliminer les offres inappropriées, inacceptables et, irrégulières.

Maxime Judd

Juriste en Droit Public des Affaires

Doctorant – Formateur en marchés publics

www.pme-formations.com

http://groupemoniteur.typepad.com/btp_ppp/