



LE BULLETIN D'UNIMAIR

Année 4 Numéro 36

novembre – décembre 2006

Le nouveau code des marchés publics

Afin d'harmoniser les dispositions du code des marchés publics avec celles des directives « *marchés publics* » n° 2004/17 et 2004/18 qui ont été adoptées le 31 mars 2004, le code des marchés publics a été modifié par le décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006. Les nouvelles règles qu'il fixe entreront en vigueur le 1^{er} septembre 2006.

Le code des marchés publics se divise désormais en trois parties :

Une première partie qui définit les dispositions applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et les collectivités territoriales et leurs établissements publics, pour leurs besoins en matière de fournitures, de services et de travaux ;

Une deuxième partie qui définit les dispositions applicables aux marchés passés par les entités adjudicatrices, c'est à dire les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils agissent en tant qu'opérateurs de réseaux (cf eau, électricité, gaz, transports, services postaux). Cette partie détermine en particulier le champ très spécifique de la directive secteurs, qui combine le critère organique avec le critère de l'activité d'opérateurs de réseaux exercée.

Une troisième partie relative aux dispositions diverses qui intègre notamment des dispositions applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon.

Le nouveau code tend visiblement à favoriser l'accès à la commande publique des PME, mais apporte aussi des innovations majeures issues de la transposition de directives européennes et quatre principaux changements.

1/ Les mesures en direction des PME.

Premièrement, retenons que l'article 8 précise que l' "on entend par PME les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaire ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 millions d'euros ", cette définition exclut de fait les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33% par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une PME.

◆ Les mesures facilitant l'accès des PME à la commande publique.

- la possibilité d'un quantum de petites et moyennes entreprises parmi les candidatures admises à présenter une offre lorsque ce nombre est limité par l'acheteur public;
- la possibilité de demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises;
- l'obligation pour les acheteurs publics de mesurer et de rendre compte des commandes passées aux PME.

A ce titre les articles 60 relatif aux appels d'offre, 65 relatif aux procédures négociées, 67 relatif au dialogue compétitif prévoient expressément que « *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* ».

Le nouveau texte précise également que « *cette décision est mentionnée dans l'avis public d'appel à concurrence.* »

Le nouvel article 10 tend à mettre en place un moyen privilégié de faciliter l'accès des PME aux marchés publics par le recours à l'allotissement.

◆ **Le recours à l'allotissement (article 10)**

Le nouvel article 10 prévoit donc le recours à l'allotissement sauf si ce dernier « *présente un inconvénient technique, économique, ou financier* ».

Ainsi dans le nouveau code des marchés publics, l'allotissement devient le principe en effet il est précisé que le recours à un marché unique doit être désormais justifié.

Mais si cette mesure a en réalité vocation à s'appliquer principalement aux marchés formalisés, nettement moins nombreux que les marchés à procédure adaptée (MAPA), elle risque néanmoins de poser problème dès lors que le marché unique et l'allotissement ont leurs spécificités propres.

Toujours dans l'optique de favoriser l'accès des PME, le nouveau code prévoit également de nouvelles modalités d'examen des candidatures et des offres.

La disposition de l'article 52 reprend notamment un arrêt du Conseil d'État du 10 mai 2006 qui indiquait qu'il était possible de faciliter l'accès aux marchés publics pour les entreprises récentes en prévoyant que « *les entreprises candidates peuvent justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens* ».

Dans cette affaire, la collectivité avait établi un règlement de consultation qui prévoyait la production du chiffre d'affaire des trois derniers exercices ainsi que des références pour des prestations similaires.

◆ **Les nouvelles modalités d'examen des candidatures et des offres.**

Dans son article 45 le nouveau code évoque des « *capacités proportionnelles à l'objet du marché* ».

Cela signifie clairement que la personne publique ne pourra exiger des candidats que des niveaux de capacités proportionnés à l'objet du marché.

Par ailleurs, l'article 52 dispose que l'absence de références d'une entreprise à de précédents marchés de même nature ne pourra pas constituer un critère éliminatoire. Cette disposition vise à permettre à de jeunes entreprises, qui se voyaient souvent écartées des procédures d'attribution en raison notamment de leur manque d'expérience et de références dans un secteur donné, de voir désormais examiner leur offre.

Outre ces différents mesures, le nouveau code apporte par ailleurs des innovations majeures souvent issues de directives européennes transposées ainsi dans le droit français.

2/ les innovations majeures de la réforme.

La transposition des directives européennes du 31 mars 2004 concerne principalement de nouvelles techniques d'acquisition. Ces innovations ont pour objectif de faciliter la commande publique et de l'accélérer.

On en retiendra deux principalement.

- les accords cadres (nouvel article 76)

Dans leur principe ils se présentent un peu comme les marchés à bons de commande du code des marchés publics de 2004. Mais légalement il s'agit d'un nouveau type de contrat public.

On distinguera l'accord cadre du marché public puisqu'il s'agit par cette nouvelle procédure de sélectionner des entreprises préalablement. On peut parler de ' pré-référencement des fournisseurs'.

Pratiquement, l'accord cadre permet au pouvoir adjudicateur d'attribuer des marchés pendant une période au maximum de 4 ans.

Par ailleurs, quand le besoin s'en fait ressentir, l'acheteur public peut lancer une procédure de passation de marché 'allégée', qui peut d'ailleurs être effectuée sous la forme d'un appel d'offres, d'un marché négocié, ou même d'un dialogue compétitif, avec un panel restreint de candidats qui se trouvent donc présélectionnés.

- le système d'acquisition dynamique : le SAD (article 78)

L'acquisition dynamique, technique d'achat entièrement électronique, peut être définie comme un « *accord cadre dématérialisée avec référencement ouvert* ».

Contrairement au système de l'accord-cadre, l'acquisition dynamique constitue une forme d'achat public plus ouvert.

En effet, ce système constitue une méthode d'achat permettant de référencer les entreprises pendant toute la durée du SAD.

Ainsi une entreprise qui prend connaissance d'un SAD au bout d'un an peut demander à être référencée et à participer aux mises en concurrence dans le cadre du système, et ce jusqu'à la fin de la validité du SAD. Le système permet donc aux entreprises de s'inscrire à tout moment mais, comme l'a indiqué la direction des affaires juridiques du MINEFI, que pour des besoins très normés et difficile à mettre en œuvre.

Après les principales innovations, il convient d'aborder les principaux changements apportés par le nouveau code.

3/ les quatre principaux changements.

- la disparition de la notion de la personne responsable du marché.

La notion de personne responsable du marché faisait référence à la qualité accordée à l'exécutif local (maire, président du conseil général etc.)

Elle est ainsi remplacée par les deux termes généraux de pouvoir adjudicateur ou encore d'entité adjudicatrice.

Comme précédemment, il reviendra à l'autorité compétente du pouvoir adjudicateur (c'est à dire la personne publique qui passe le marché) de désigner, selon les règles d'organisation qu'elle s'est donnée, par le biais des délégations de compétence ou de signature, les agents habilités à passer et à signer les marchés dans leur domaine de compétences.

- l'incitation à la dématérialisation (article 56)

L'article 56 dispose que : « *A compter du 1er janvier 2010, le pouvoir adjudicateur pourra **exiger** la transmission des candidatures et des offres par voie électronique* ».

On retiendra à ce niveau là notamment la notion de copie de sauvegarde ainsi que la simplification du dispositif de signature électronique.

Les entreprises ont donc désormais la possibilité de cumuler deux modalités de présentation d'offres; la copie de sauvegarde étant présentée comme un « *nouveau dispositif tendant à faciliter la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics...* ».

C'est à dire qu'une offre dématérialisée pourra être dupliquée, notamment par un support papier mais également, et tel que cela est aussi précisé dans la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du nouveau CMP, par CD-Rom, clé USB etc.

Quand aux dispositions de l'article 48 du CMP, elles rappellent qu'un candidat peut transmettre son offre par voie électronique, sous réserve que l'acte d'engagement soit signé électroniquement par la personne habilitée. L'arrêté d'application de cet article doit simplifier le dispositif de la signature électronique « *dans la mesure où il garantit aux entreprises que toutes les catégories de certificats de signatures référencés sont acceptées par tous les pouvoirs adjudicateurs* ».

Autre principal changement, les modifications apportées à la procédure de dialogue compétitif.

- la nouvelle procédure de dialogue compétitif (article 36 & 37)

Le nouveau code supprime notamment l'obligation pour les collectivités de rédiger un cahier des charges au terme d'une première phase de discussion avec les entreprises.

Rappelons que la procédure de dialogue compétitif est une dérogation au principe de la définition préalable des besoins posé par l'article premier du code des marchés publics.

Compte tenu de son caractère dérogatoire, la procédure de dialogue compétitif ne peut être mise en œuvre que dans deux hypothèses :

* lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure de définir les moyens techniques qui répondent à ses besoins

* lorsqu'il n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier de son projet.

En pratique, sur la base d'un programme fonctionnel qu'elle a préalablement établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats. L'objet de ce dialogue est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux adaptés aux besoins de l'acheteur public.

Enfin le quatrième changement majeur a trait à la nouvelle flexibilité des groupements d'opérateurs économiques (article 51)

- la nouvelle flexibilité des groupements d'opérateurs économiques

(article 51)

Désormais l'acheteur public ne devrait plus être démuné en cas de défaillance au sein d'un groupement de fournisseurs : soit il autorisera le groupement à poursuivre la réalisation du marché, soit il donnera son aval pour que l'entreprise défaillante soit remplacée.

Mais cela sous certaines conditions évidemment et l'article 51 dispose d'ailleurs qu'il n'y aura pas de remise en cause du groupement en cas de modification de sa structure : "*si le groupement justifie qu'il est dans l'obligation de remplacer un de ses membres défaillant ou qu'il renonce à remplacer ce membre défaillant et sous la réserve que la nouvelle composition du groupement ait obtenu l'accord du pouvoir adjudicateur.*"

Dans les autres modifications on retiendra également l'article 73 relatif au marché de définition, qui fixe cinq critères cumulatifs encadrant la mise en œuvre de cette procédure particulière au regard des règles communautaires. En effet, désormais il est établi que « *dans le cadre d'une procédure unique, les prestations d'exécution faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant un même objet et exécutés simultanément, sont attribuées après remise en concurrence des seuls titulaires des marchés de définition, conformément aux dispositions suivantes [...]* »

On retiendra également l'intégration de la notion du développement durable et de la notion d'éco-label par les articles 5-1 et 6-VII .

En effet, l'article 5-I dispose que les besoins que le marché a pour objet de satisfaire doivent prendre en compte "*des objectifs de développement durable*"

Quant à l'article 6-VII, il prévoit que "*lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles[...] comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un éco-label*", introduisant ainsi une logique de développement durable dans l'achat public.

Dans ce nouveau code, on retiendra également la pondération obligatoire des critères de sélection, ou encore la mise en œuvre d'enchères électroniques inversées pour les seuls marchés de fournitures.

NB : Ce nouveau code ne constitue pas le seul texte de transposition des directives européennes, il revient donc aux acheteurs publics de prendre en compte toute une série de textes qui viennent se juxtaposer à ce code.