

LA COMMANDE PUBLIQUE « OU EN SOMMES NOUS ? »

LE NOUVEAU CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 (CMP) APPLICABLE AU 1^{ER} SEPTEMBRE 2006

Une conférence organisée par l'APASP le 29 juin 2006 au CNAM a permis de faire le point sur les améliorations et les nouveautés de ce Code.

Jérôme Grand d'Esnon, Directeur des Affaires juridiques du MINEFI invité à cette conférence, a précisé « Que le projet de **nouveau Code des marchés publics a passé l'examen du Conseil d'Etat sans problèmes majeurs** et donc sans bouleversement fondamental comme l'actualité aurait pu le laisser supposer ces dernières semaines. Le dernier projet (janvier 2006) ne devrait donc être que peu modifié. **Avant sa publication, deux étapes doivent encore être franchies** : la réunion interministérielle et les derniers arbitrages, et la signature par les ministres, qui sont nombreux à intervenir dans ce domaine.

Coté calendrier, les choses se précisent donc : **le 7 juillet une réunion interministérielle** devrait avoir permis d'arrêter le texte définitif. Ensuite, **le décret portant nouveau CMP** (Nouveau Code de Marchés Publics) **devra être signé par les 18 ministres** concernés et ce **avant le 31 juillet**, pour une **entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2006**.

Jérôme Grand d'Esnon a rappelé que le nouveau CMP ne provoquerait pas de bouleversement fondamental, car **le texte s'inscrit dans la même philosophie de responsabilisation des acheteurs publics**. « Pas d'effolement donc, rien de révolutionnaire mais en même temps de nouveaux outils réellement intéressants » a ajouté le Directeur des Affaires juridiques du MINEFI.

• Les améliorations

1. **La nouvelle procédure du dialogue compétitif** supprime l'obligation de présenter un cahier des charges unique à la fin de la procédure. Les candidats ne risqueront plus de voir leurs idées pillées par la concurrence.
2. **Concernant la dématérialisation, les acheteurs publics pourront doubler leur envoi** par voie électronique **par une copie de sauvegarde papier** ou sur un support physique électronique (CD-Rom, clé USB, disquette...). Prenant en compte les craintes des entreprises, la Direction des Affaires Juridiques du MINEFI a fait machine arrière en ce qui concerne la suppression de la signature électronique pour l'envoi d'offres dématérialisées. Un arrêté sera publié en même temps que le nouveau CMP. **L'ensemble des plateformes marchés publics seront dans l'obligation d'accepter les certifications de signature**. «A partir du moment où on est labellisé TéléTVA, on peut passer une offre sur n'importe quelle plateforme d'achats en France » a précisé Jérôme Grand d'Esnon.
3. **Pour les groupements d'entreprises**, une plus grande souplesse sera introduite quant à leur constitution. En cas de défaillance d'un des membres du groupement, **l'acheteur pourra s'il le souhaite autoriser la continuité du groupement** ou permettre le remplacement du membre défaillant.

- **Les nouveautés**

1. Jérôme Grand d'Esnon est revenu longuement **sur la technique de l'accord-cadre** qui représente selon lui l'innovation majeure du nouveau CMP. L'accord-cadre mais également **le système d'acquisition dynamique (SAD)** « vont très vite révolutionner les pratiques de l'achat public en France » pour tout ce qui concerne les achats courants et récurrents. L'accord cadre va permettre d'accélérer le processus d'achat alors que par essence, l'achat public impose une phase plus lente par l'obligation de publicité et de mise en concurrence qui ont tendance à le ralentir. **Les accords-cadres devraient répondre à la souplesse recherchée par les acheteurs publics en distinguant la phase passation (l'accord cadre lui-même) et la phase achats (les marchés passés sur le fondement de l'accord).**
2. **Le dispositif PME** « La philosophie du Code n'est pas de faire de la discrimination positive » il s'agit plutôt de « **planter de petits drapeaux** » **afin d'inciter les acheteurs publics à adopter le « réflexe PME ».** **notamment en ce qui concerne l'allotissement.** En effet, le nouveau CMP ne devrait plus comporter **qu'une incitation à allouer plutôt que l'obligation** comme c'était le cas dans la dernière version en date du projet de CMP.

En revanche, **la rédaction du CMP n'est toujours pas stabilisée en ce qui concerne la possibilité de réserver un nombre de places pour les PME dans le cadre de l'appel d'offres restreint.** Ce sera donc à Matignon de trancher.

- **Le champ d'application « matériel du CMP »**

- Concernant **la définition des marchés de travaux, aucun changement** avec la version du CMP 2004 n'est envisagé. Celle-ci devrait continuer à être liée à l'exercice par le pouvoir adjudicateur de la maîtrise d'ouvrage publique, ce qui exclut du champ du Code des contrats comme le bail emphytéotique administratif (BEA).
- ✓ A noter toutefois que **cette notion est totalement différente de celle issue de la Directive 2004** qui dispose que les marchés de travaux sont tous les contrats dans lesquels le pouvoir adjudicateur se procure un ouvrage par quelque moyen que ce soit. Cette définition européenne inclut donc le BEA où le pouvoir adjudicateur n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage.
- **Les marchés de fournitures ne présentent pas de problème particulier**, ce qui en revanche **n'est pas le cas des marchés de services.** En effet, la rédaction de l'article 30 du CMP qui soumet une liste de services (dont les services juridiques) à une procédure dérogatoire en terme de concurrence continue à poser un réel problème.

- **Les points de divergences avec Bruxelles**

- **Le marché de définition:** Alors que le CMP 2004 ne prévoit pas de remise en concurrence du candidat retenu à l'issue de la procédure du marché de définition pour la réalisation du marché faisant suite à ce dernier, **le nouvel art.73 de l'avant projet prévoit quant à lui une remise en concurrence entre la phase de définition et la phase de réalisation, remise en concurrence qui ne devrait concerner que les titulaires des marchés de définition.**

Jérôme Grand d'Esnon estime que cette procédure, non prévue par les Directives communautaires, **est tout à fait compatible avec le Traité.**

- **Les contrats d'emprunts:** L'art.3-5° du projet du CMP continue à **exclure les contrats d'emprunts du CMP 2006, ce qui n'est pas du goût de Bruxelles. Il semblerait qu'une des difficultés provienne d'une divergence d'interprétation de la notion « d'approvisionnement en argent ».....**

Une remarque a été faite par un membre de l'auditoire sur les contrats d'emprunts pour tenter d'expliquer cette exclusion: **elle pourrait en effet trouver son origine dans le fait que l'Allemagne exclut du champ de la concurrence les contrats d'emprunts par crainte de l'entrée de la Caisse des dépôts et consignations sur le marché allemand.** En réponse, la France aurait décidé également d'exclure du champ d'application du CMP les contrats d'emprunts...

Toujours est-il que Jérôme Grand d'Esnon a affirmé énergiquement que sur ces points de **divergences, il maintiendrait son point de vue**

Problème de sémantique..... « Le Président de l'APASP Jean-Marc PEYRICAL s'exprime »
Le Code des Marchés Publics se veut un outil de simplification Pourtant, la lecture de certaines de ces dispositions laisse quelque peu sceptique quant à la pertinence de cet objectif. Comment appréhender ainsi la différence entre les offres inappropriées, les offres irrégulières et les offres inacceptables qui relèvent de procédures et donc de signification bien différentes dans le projet de texte.
Si on en conclut que ce qui est inapproprié n'est pas nécessairement irrégulier, que ce qui est irrégulier n'est pas nécessairement inacceptable, et donc qu'une offre inacceptable peut être appropriée, on peut douter de la réelle volonté de guider les acheteurs dans des choix et des décisions non seulement difficiles mais aussi susceptibles d'entraîner leur responsabilité pénale.....

Agnès BRICARD
Expert-comptable – Commissaire aux comptes
Manager du Cabinet ABC – Expertise comptable
Présidente du Club Secteur Public
du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables

Jean-Marc PEYRICAL
Avocat
Président de l'APASP