

**PREMIER COMMENTAIRE**  
**DE JEAN-MARC PEYRICAL (AVOCAT)**  
**ET D'AGNES BRICARD (EXPERT-COMPTABLE)**  
**SUR LE NOUVEAU CODE DES MARCHES PUBLICS**

En préambule, il est important de souligner que le nouveau code des marchés publics, qui doit s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> septembre prochain, ne marque pas de rupture par rapport aux codes de 2001 et 2004. En effet, il reste fondé sur la dialectique liberté-responsabilité ; ce qui se traduit notamment par la possibilité, toujours présente, d'utiliser le procédé des marchés à procédure adaptée en dessous des seuils de l'appel d'offres mais aussi par les latitudes octroyées aux acheteurs publics dans plusieurs domaines comme celui l'allotissement.

La caractéristique essentielle de ce nouveau texte, qui représente en fait sa légitimité, réside dans le fait qu'il est un outil de transposition des directives communautaires marchés publics du 31 mars 2004. Mais, là encore, le code de 2004 ayant en partie anticipé sur cette transposition, le code de 2006 ne devrait pas apporter de bouleversement majeur, même si certaines des procédures qu'il instaure, comme les accords-cadres ou le système d'acquisition dynamique, vont certainement apparaître innovantes.

La présente note a pour objet de présenter le nouveau code dans ses grandes lignes, en mettant l'accent sur les changements et les nouveautés qu'il est susceptible d'apporter.

Pour une présentation et donc une lecture plus simple, l'architecture du code et son découpage en titre seront respectés.

**Titre I : Champ d'application et principes fondamentaux**

1- La définition du marché public n'est pas modifiée par le nouveau texte ; il s'agit toujours d'un contrat conclu à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique public ou privé pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fourniture et de services.

On peut noter que les marchés publics de travaux restent liés à la notion de maîtrise d'ouvrage, alors que certains projets de code des marchés publics avaient envisagé une dissociation entre les deux.

Ne sont ainsi concernés que les ouvrages où les travaux de bâtiment ou de génie civil répondent aux besoins du pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Une telle approche permet d'écarter du champ du code des opérations du type Bail Emphytéotique Administratif (BEA) au sein desquelles la maîtrise d'ouvrage est privée.

Par contre, des contrats du type BEA resteront soumis à la définition communautaire des marchés de travaux, les directives marchés publics ne faisant aucun lien entre de tels marchés et la maîtrise d'ouvrage publique et englobant dans leur champs toutes les opérations réalisées pour le compte d'un pouvoir adjudicateur par quelque moyen que ce soit.

L'article 1<sup>er</sup> du code innove cependant en donnant une définition des accords-cadres qui sont des contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique public ou privé ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer aux cours d'une période donnée.

L'accord-cadre apparaît ainsi comme un système permettant, après une mise en concurrence, de sélectionner une ou plusieurs entreprises avec lesquelles seront souscrits des marchés publics dont le contenu viendra préciser les grandes lignes fixées par l'accord.

Les principes fondamentaux applicables aux marchés publics et donc aux accords-cadres restent les mêmes par rapport au code de 2004 ; il s'agit de la liberté d'accès, de l'égalité de traitement et de la transparence des procédures qui permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Par contre, l'objectif du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse n'est plus mentionné.

2- Concernant les structures soumises au code des marchés publics, le code ne mentionne plus que l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et les collectivités locales et les établissements publics locaux.

Ne figurent donc plus les structures comme certaines sociétés d'économie mixte qui sont mandataires des pouvoirs adjudicateurs, de telles structures devant pourtant appliquer les règles au code des marchés comme leur mandant.

Par ailleurs, le code de 2006 réserve toute une partie aux dispositions applicables aux entités adjudicatrices, c'est-à-dire aux pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateur de réseau. Sont concernées les structures publiques qui exploitent des réseaux en matière d'eau, d'énergie, de transport et de services postaux.

Les règles applicables à ces entités adjudicatrices sont plus souples que celles du code des marchés publics ; notamment, le seuil des procédures formalisées est plus élevé ; et, même au-delà de ce seuil, elles disposent du choix entre l'appel d'offres et la procédure négociée avec une mise en concurrence préalable.

Pour compléter ce tableau, on doit rappeler que les structures parapubliques comme les sociétés d'économie mixte (non mandataires d'un pouvoir adjudicateur cette fois) ou les associations loi 1901 dépendantes sur un plan organique et financier d'une structure publique relèvent pour la passation de leurs propres marchés d'un texte spécifique, une ordonnance du 6 juin 2005, qui s'inspire fortement des règles du code des marchés publics.

## **Titre II : Dispositions générales**

1- L'article 5 réaffirme la nécessité de déterminer avec précision la nature et l'étendu des besoins à satisfaire avant toute procédure de publicité et de concurrence, tout en rappelant qu'il appartient à chaque pouvoir adjudicateur de déterminer le niveau auxquels ses besoins sont évalués.

Ce dernier point traduit parfaitement la dialectique liberté-responsabilité déjà évoquée : chaque pouvoir adjudicateur doit définir sa propre politique d'achat public et doit donc déterminer des familles de produits et de services, ainsi que des opérations de travaux qui serviront de base à la détermination des montants des marchés qui seront souscrits. Les modalités de détermination des catégories homogènes de fournitures et de services et des opérations de travaux sont précisées, comme dans le code 2004, dans l'article 27, qui se fonde notamment sur la notion d'unité fonctionnelle.

Mais, tant l'article 5 que l'article 27 rappellent que les modalités de calcul de la valeur des marchés ou accords-cadres ne peuvent avoir pour effet de soustraire ces derniers aux règles du code notamment en les scindant afin qu'ils ne franchissent pas le seuil des procédures formalisées.

En d'autres termes, les acheteurs sont libres de déterminer leurs modalités d'achat mais peuvent être sanctionnés dès lors que cette liberté franchit une limite de la légalité.

2- L'article 5 apporte une innovation en précisant que les pouvoirs adjudicateurs doivent prendre en compte des objectifs de développement durable lorsqu'ils déterminent leurs besoins.

Sans que ce terme ne soit précisément défini, il traduit une volonté d'accentuer des liens entre l'achat public et, notamment, la protection de l'environnement et les anticipations à mettre en œuvre sur ce plan afin de protéger les générations futures.

Cette sensibilisation aux questions environnementales se retrouve dans l'article 6 relatif aux spécifications techniques.

En effet, les marchés et accords-cadres peuvent prévoir de telles spécifications formulées en terme de performances et d'exigences fonctionnelles. Et dès lors que ces performances et exigences comportent des caractéristiques environnementales, ces dernières peuvent être définies par référence à un éco-label dont les caractéristiques

propres et les conditions dans lesquelles il doit avoir été adopté sont précisées dans le code.

L'article 14 relatif aux conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre précise également que ces derniers peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ainsi, le développement durable est très présent dans le nouveau code des marchés publics, tant dans ses composantes environnementales que sociales.

3- L'article 10 relatif à l'allotissement traduit la volonté de rechercher un équilibre entre les contraintes à imposer aux acheteurs en la matière et la liberté de choix qui doit leur être conservée. Il est ainsi indiqué que, sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe ses marchés en lots séparés.

Cette règle de l'allotissement – la passation d'un marché global, sans lot, devenant dès lors une exception – et justifiée par la nécessité de susciter la plus large concurrence.

En réalité, il s'agit d'une des mesures du code destinée à favoriser l'accès des PME à la commande publique

Le pouvoir adjudicateur ne peut souscrire un marché sans lots que s'il estime que l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ou de poser des difficultés sur le plan technique, financier ou en termes de mission d'organisation, de pilotage et de coordination.

Si les collectivités publiques devraient donc continuer à disposer d'une certaine latitude pour allotir ou non leurs marchés, elles devront néanmoins motiver le recours au procédé du marché global, alors que, dans le code de 2004, c'est au contraire l'allotissement qui devait faire l'objet d'une motivation. C'est donc la règle inverse qui va s'appliquer, l'objectif étant encore une fois de développer l'accès des PME au marché public.

4- L'article 18 vient préciser les différentes formes d'évolution du prix dans un marché public, ce qui n'était pas vraiment le cas dans les codes précédents. Il rappelle ainsi – à juste titre, les confusions étant encore nombreuses dans ce domaine – la distinction entre un prix ferme, qui peut être actualisable, et un prix révisable, ce dernier pouvant être modifié pour tenir compte des variations économiques.

Par contre, le code ne traite pas des prix ajustables, qui correspondaient notamment à des formules d'évolution de prix catalogues.

### **Titre III : Passation des marchés**

1- Les seuils des marchés publics ne sont pas modifiés dans le nouveau code.

Pour rappel, ces seuils sont les suivants :

- 135 000 € HT pour les fournitures et les services de l'Etat ;
- 210 000 € HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales, mais aussi pour les travaux tant de l'Etat que les collectivités territoriales ;
- Pour les travaux d'un montant entre 210 000 € HT et 5 270 000 € HT, le pouvoir adjudicateur peut choisir entre plusieurs procédures formalisées (appel d'offres, marché négocié, dialogue compétitif...) ;
- En dessous de ces seuils, il est donc toujours possible de mettre en œuvre une procédure adaptée ;
- Une procédure adaptée peut également être utilisée pour les marchés de services relevant de l'article 30 (services juridiques par exemple), et ce quelque soit leur montant, mais aussi pour certains lots dans le cas de marchés à lots (lots inférieurs à 80 000 € pour les marchés de fournitures de service et marchés de travaux inférieurs à 5 270 000 € HT et lots inférieurs à 1 000 000 € HT pour les marchés de travaux supérieurs à 5 270 000 HT, dès lors que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % la valeur de la totalité des lots).

2- L'article 28, comme dans le code de 2004, rappelle que les modalités des procédures adaptées sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire ainsi que des circonstances de l'achat. Il est cependant rajouté un autre critère, à savoir celui du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre. Un tel critère ne fait que relayer une récente jurisprudence du conseil d'Etat qui rappelle que les collectivités publiques doivent tenir compte, lorsqu'elles lancent une procédure de marché et notamment une procédure adaptée, de l'état de la concurrence et donc du nombre de candidats potentiels pouvant répondre à la procédure ainsi lancée.

Une telle obligation traduit une facette importante du métier de l'acheteur public, qui se doit de bien connaître le milieu des prestataires qu'il souhaite mettre en concurrence, afin que ses procédures de publicité et, donc, de mise en concurrence, soient les plus adaptées possibles à la réalité du marché – cette fois économique – concerné.

Par contre, le seuil des 4 000 € HT en dessous duquel les règles de publicité et de concurrence ne s'imposent pas est maintenu.

Et l'article 28 du code rajoute que le pouvoir adjudicateur peut également souscrire des marchés sans publicité et sans concurrence « si les circonstances le justifient ».

Dans certains cas précis, ainsi, il peut être dérogé aux règles de passations prévues par le code, une telle dérogation devant bien entendu être bien justifiée par le pouvoir adjudicateur.

3- S'agissant des marchés de services, le nouveau code maintient la différence entre l'article 29, qui concerne des services précisément listés soumis aux procédures de publicité et de concurrence classiquement applicables aux marchés, et l'article 30 qui concerne les services non mentionnés à l'article 29 qui peuvent être passés quel que soit leur montant selon une procédure adaptée.

On peut noter que, contrairement à certains projets de code, des services comme les services juridiques ou les services culturels et sportifs ne relèvent pas d'une procédure allégée qui aurait eu pour conséquence de les soustraire à toute publicité et concurrence.

Mais l'article 30-II-4 précise que le pouvoir adjudicateur doit veiller au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées.

De telles dispositions font notamment référence aux services juridiques, et plus précisément à la profession d'avocat qui est réglementée par des textes qui imposent des obligations de secret et de confidentialité. Cela pourrait signifier que de telles obligations permettraient un allègement, voir, dans certains cas, une suppression des règles de publicité et de concurrence applicables au marché souscrit avec les avocats.

Concernant ces marchés, il faut rappeler que, en vertu d'un arrêt du Conseil d'Etat, les avocats ne peuvent présenter des références professionnelles nominatives, qui enfreindraient leurs obligations de confidentialité.

Cette interdiction rend bien évidemment difficile la mise en concurrence des avocats, qui ne peuvent que difficilement se prévaloir de leurs références et expériences.

Le nouveau code des marchés public semble répondre à cette difficulté, et ouvre la voie à la mise en place de procédures nécessairement allégées et assouplies en termes de concurrence pour la passation des marchés d'avocats ; sachant que l'article 30-II-5 précise que les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre 4 du code, relatif à l'exécution des marchés, et que les marchés ayant pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au contrôle de la légalité.

4- S'agissant des marchés négociés, le nouveau code supprime la catégorie des marchés négociés sans publicité et avec mise en concurrence.

Ne subsistent donc que deux catégories de marchés négociés :

- Les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence :
  - Marchés et accords-cadres pour lesquels n'ont été proposées que des offres irrégulières ou inacceptables ;
  - Marchés et accords-cadres de services correspondant à une prestation dont les spécifications ne peuvent être précisément établies ;
  - Marchés et accords-cadres de travaux conclus à des fins de recherche, essai, expérimentation ;
  - Travaux, fournitures ou services ne permettant pas une fixation préalable et globale des prix ;

- Marchés et accords-cadres de travaux dont le montant est compris entre 210 000 et 5 270 000 € HT.
- Les marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.
  - Marchés et accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse ;
  - Marchés et accords-cadres relatifs à des produits fabriqués à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ;
  - Marchés et accords-cadres pour lesquels aucune offre n'a été déposée ou seules des offres inappropriées ont été déposées ;
  - Marchés complémentaires de fournitures ;
  - Marchés complémentaires de services ou de travaux ;
  - Marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires ;
  - Marchés et accords-cadres de services attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours ;
  - Marchés et accords-cadres ne pouvant être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;
  - Marchés et accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse ;
  - Marchés et accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions avantageuses suite à une cessation ou à une liquidation.

On doit donc noter l'extension importante de la catégorie des marchés négociés sans publicité et sans concurrence, et donc des marchés négociés les plus dérogoratoires aux règles fixées par la réglementation

5- S'agissant de la présentation des offres, l'article 48 du nouveau code précise que, lorsqu'elles sont transmises par voie électronique, les offres sont accompagnées d'un certificat de signature.

Ainsi, et alors que cette question était très discutée, l'obligation de signature de l'acte d'engagement transmis par voie électronique est maintenue. Elle prend la forme d'un certificat de signature, c'est-à-dire d'une sorte de label qui sera octroyé par des autorités agréées, un arrêté du Ministre de l'Economie devant venir préciser les conditions de cet agrément.

Toujours en matière de présentation des offres, l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de consultation peuvent demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers et notamment à des PME.

Il s'agit là d'une nouvelle mesure en faveur des PME, que l'acheteur public sera libre d'utiliser ou non.

6- L'article 50 instaure une règle inverse par rapport à celle du code de 2004 concernant les variantes.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis public à la concurrence ou le règlement de consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes seront réputées non admises.

7- L'article 51 instaure une nouvelle souplesse concernant les groupements d'entreprises. Ainsi, en cas de liquidation judiciaire ou de défaillance d'un des membres du groupement, ce dernier peut proposer au pouvoir adjudicateur de continuer soit sans le membre défaillant, soit en proposant un ou plusieurs sous-traitants.

8- L'article 52 met en place une nouvelle mesure en faveur des PME, et plus précisément des PME nouvellement créées.

Il précise en effet que l'absence de références relatives à l'exécution de marché de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat.

En d'autres termes, une entreprise sans expérience dans le domaine du marché considéré pourra malgré tout candidater à l'obtention de ce dernier, notamment en se fondant sur ses moyens professionnels, techniques et financiers. Une telle nouveauté ne sera pas sans poser des problèmes aux acheteurs publics qui pourront, notamment en appel d'offres restreint, rencontrer des difficultés pour sélectionner les candidats sans prendre en compte leur expérience et leurs références.

9- L'article 56 vient préciser les modalités de transmission des offres et documents de consultation par voie électronique. Il indique notamment qu'une copie de sauvegarde, et donc une sorte de roue de secours, puisse être envoyée avec les documents électroniques.

Par ailleurs, à titre d'expérimentation et pour certains marchés, le pouvoir adjudicateur peut exiger la transmission des candidatures et des offres par voie électronique. Cette exigence pourra devenir la règle à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010.

Toujours concernant les aspects électroniques des marchés publics, l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence par voie électronique permet au pouvoir adjudicateur de bénéficier de délais de réception des offres réduits (7 jours de réduction en vertu de l'article 57-II-4 du code par exemple, une nouvelle réduction de 5 jours pouvant résulter de la transmission électronique des documents de consultation)

10- L'article 60 relatif à l'appel d'offres restreint offre une nouvelle possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de favoriser l'accès des PME à la commande publique, en leur permettant de fixer un nombre minimum de PME admises à présenter une offre.

11- L'article 66 vient préciser les modalités de déroulement d'une procédure négociée. Notamment, et cela était attendu depuis longtemps, il rappelle que :

- La négociation ne peut porter sur l'objet du marché ni en modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution ;
- Elle est conduite dans le respect du respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats, aucune solution ou information confidentielle proposée par l'un d'entre eux ne pouvant être communiquée aux autres sans son accord ;
- Elle peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains candidats sont éliminés, dès lors que cette possibilité est prévue dans l'AAPC ou le règlement de consultation.

12- L'article 67 rend enfin plus conforme la procédure de dialogue compétitif vis à vis du droit communautaire.

En effet, à l'issue du déroulement de cette procédure, l'administration n'a plus à établir un cahier des charges sur la base duquel les candidats doivent être remis en concurrence.

Un tel procédé était en effet critiqué par les entreprises, qui voyaient là un moyen pour l'administration de s'inspirer de leurs solutions techniques respectives pour la réalisation dudit cahier des charges.

Dorénavant, et à nouveau en conformité avec les directives communautaires, le pouvoir adjudicateur devra classer les offres de candidats en fonction de critères pré-établis, en se fondant sur leurs propositions et non sur un document réalisé à l'issue des discussions.

13- L'article 73, relatif aux marchés de définition met fin à un mécanisme qui était contesté par la commission européenne.

Ainsi, l'entreprise choisie à l'issue du déroulement simultané de plusieurs marchés de définition ne se verra plus automatiquement attribuer un marché de réalisation.

Dorénavant, les prestations d'exécution faisant suite à plusieurs marchés de définition et exécutés simultanément seront attribuées après remise en concurrence des seuls titulaires des marchés de définition.

14- L'article 76 traite par la suite de la nouvelle procédure des accords-cadres.

Ainsi que cela a déjà été indiqué, l'accord-cadre est un système de référencement d'entreprises qui permet une déconnexion entre la procédure formalisée de passation du contrat et la phase d'achat.

En effet, si la passation de l'accord-cadre doit respecter, en fonction des montants envisagés, les procédures de publicité et de concurrence prévues par le code, la passation des marchés souscrits sur son fondement pourra se faire de manière très souple ; dans le cas où un accord-cadre est attribué à plusieurs

opérateurs économiques, le code prévoit ainsi que les marchés passés sur le fondement de cet accord sont précédé d'une mise en concurrence organisée par le pouvoir adjudicateur, qui dispose donc d'une certaine liberté en la matière.

Concernant cette nouvelle procédure, le plus difficile sera sans doute de définir ce qui devra respectivement figurer dans l'accord-cadre et dans les marchés passés sur son fondement, s'agissant notamment du prix proposé par les candidats.

Il est en tous cas certain que ce procédé sera particulièrement adapté aux achats courants de fournitures et services, la solution d'un accord-cadre d'une durée maximale de 4 ans suivi de la passation de plusieurs marchés en fonction de la survenance et de l'évolution des besoins apparaissant en l'espèce adéquate.

Ce procédé de l'accord-cadre doit être distingué de celui des marchés à bons de commande.

En effet, un bon de commande ne peut être comparé à un marché passé sur le fondement d'un accord-cadre ; et, contrairement à ce dernier, son émission s'effectue sans remise en concurrence préalable des titulaires.

Concernant ces marchés à bons de commande, on peut noter l'extrême souplesse du nouveau code des marchés publics, qui ne les soumet plus à aucun critère ; notamment, de tels marchés peuvent prévoir ou non un minimum et un maximum en valeur ou en quantité sans aucune justification.

Par contre, comme d'ailleurs les accords-cadres, ils ne peuvent, sauf exception, avoir une durée supérieure à 4 années.

15- Toujours s'agissant des nouvelles procédures instaurées par le code des marchés version 2006, le système d'acquisition dynamique est une procédure qui s'apparente à celle de l'accord-cadre, à part quelques détails près :

- Il ne concerne que les fournitures courantes ;
- Il est entièrement électronique ;
- Il permet à tout candidat intéressé de venir se rajouter à la liste des candidats présélectionnés avant la passation de chaque marché ;
- Chaque marché passé sur son fondement donne lieu à une remise en concurrence précédée d'une nouvelle publicité.

A priori, sa mise en œuvre sera sans doute plus délicate que celle, finalement plus souple, de l'accord-cadre.

Agnès BRICARD  
Expert-comptable diplômée

Jean-Marc PEYRICAL  
Avocat à la Cour de Paris