



Le 25-8-2006

## CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 : *LES POINTS ESSENTIELS*

Le Nouveau Code des Marchés Publics a été enfin publié au Journal officiel du 4 août 2006. Ce dernier entrera en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2006.

Concrètement, il en résulte que :

- les marchés signés avant le 1<sup>er</sup> septembre restent soumis au code 2004 ;
- les marchés dont la procédure a été engagée avant le 1<sup>er</sup> septembre demeurent soumis au code 2004 quant à leur procédure de passation mais relèveront du code 2006 pour leur exécution.

Sur le fond, le Code 2006 ne bouleversera pas les habitudes des collectivités. Les principales modifications à retenir sont les suivantes :

### ➤ **DISPARITION DE LA NOTION DE PERSONNE RESPONSABLE DU MARCHÉ (PRM) ET APPARITION DES NOTIONS DE POUVOIRS ADJUDICATEURS ET D'ENTITES ADJUDICATRICES**

A noter que les entreprises candidates sont désormais désignées sous le vocable d'«opérateur économique».

La notion de **pouvoir adjudicateur** (article 2) désigne l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ainsi que les collectivités locales et leurs groupements. La notion d'**entité adjudicatrice** (article 134) concerne ces mêmes personnes mais lorsque celles-ci exercent une activité d'opérateur de réseaux.

La disparition de la PRM n'a aucun effet dans la pratique. Le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice) devra être représentée par la personne physique qui en a la compétence en vertu des textes de loi. Pour les communes et les EPCI, il s'agit du maire et du président de l'EPCI, sauf si ces derniers ont délégué cette compétence.

➤ **APPARITION DE LA NOTION D'ACCORDS-CADRES** (article 1<sup>er</sup>, article 76) : ils ne constituent pas en eux-mêmes des marchés publics, mais ils instituent le cadre à l'intérieur duquel le pouvoir

adjudicateur (la collectivité acheteuse) pourra attribuer des marchés pendant une période au plus égale à quatre années, sauf cas exceptionnel dûment motivé.

L'accord-cadre définit deux choses : une liste de fournisseurs et quelques grands caractères invariables des futurs marchés (délais de livraison, modalités de détermination du prix...). Le pouvoir adjudicateur sélectionne par le biais d'une procédure formalisée un nombre d'entreprises qui signent l'accord-cadre. C'est entre ces seuls signataires qu'on organisera une mise en concurrence à l'occasion de la survenance de chaque commande.

➤ **EXTENSION DE LA LISTE DES EXCLUSIONS DE L'ARTICLE 3.**

L'exclusion des contrats d'emprunt est maintenue.

Les nouvelles exclusions concernent : les marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation (article 3-12°), les marchés de services concernant les contrats de travail (article 3-13°), les marchés qui ont pour objet la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques (article 3-14°) et les marchés passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans l'Union Européenne (article 3-15°).

➤ **PRISE EN COMPTE DES OBJECTIFS DE DEVELOPPEMENT DURABLE DANS LA DETERMINATION DES BESOINS (ARTICLE 1).** Cette disposition vient compléter celle qui permettait déjà à l'acheteur public d'utiliser un critère d'attribution de type mieux-disant environnemental.

➤ **NOUVELLE REDACTION DE L'ARTICLE 6 :** l'article 6 du code 2004 imposait aux collectivités une obligation de référence aux normes pour la définition des prestations. Il résulte de cette nouvelle rédaction que les spécifications techniques des marchés peuvent être formulées soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents, soit en termes de performances ou d'exigences professionnelles.

Ce nouvel article 6 est applicable aux marchés à procédure adaptée. Le code 2006 prévoit toutefois la possibilité que les spécifications techniques soient décrites de manière succincte.

➤ **MODIFICATION SUBSTANTIELLE DES REGLES RELATIVES A L'ALLOTISSEMENT (ARTICLE 10) :** l'allotissement devient la règle et le marché global l'exception. Les collectivités pourront néanmoins recourir au marché global si la division en lots est de nature à « *restreindre la concurrence ou qu'elle risque de rendre techniquement plus difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations* » ou encore si la collectivité n'est pas en mesure d'assurer elle-même « *les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ».

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

Le code 2006 précise par ailleurs que « *les candidatures et les offres sont analysées lot par lot* », ce qui signifie que les entreprises soumissionnant à plusieurs lots d'un même marché devront produire une enveloppe candidature et une enveloppe offre par lot.

L'article 27-III prévoit, pour les marchés allotis, la possibilité de lancer une procédure unique pour l'ensemble des lots ou, et c'est là la nouveauté, une procédure propre à chaque lot.

Les possibilités de recourir à la procédure adaptée pour les « petits lots » visés à l'article 27-III sont étendues. La procédure adaptée peut être utilisée lorsque ces « petits lots » ont été déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure formalisée (appel d'offres, marchés

négociés, dialogue compétitif) ou encore pour des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial.

➤ **MAINTIEN DE LA POSSIBILITE DE RESERVER CERTAINS MARCHES OU CERTAINS LOTS A DES ENTREPRISES ADAPTEES OU DES ETABLISSEMENTS ET SERVICES D'AIDES PAR LE TRAVAIL OU STRUCTURES EQUIVALENTES (ARTICLE 15).**

Cette mesure s'applique en faveur des établissements qui emploient en majorité des travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. Le code 2004 comportait une mesure similaire à l'article 54-IV.

L'avis d'appel public à la concurrence devra faire mention de l'application de cet article 15.

➤ **CLARIFICATION RELATIVE AUX PRIX DES MARCHES (ARTICLES 18 ET 19)**

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 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 du **prix ajustable**, qui, dans l'ancien code, correspondait notamment à des formules d'évolution de prix « catalogue ».

La possibilité de conclure des marchés à prix provisoire, qui n'était jusque là ouverte qu'aux marchés négociés, est étendue à l'ensemble des marchés par l'article 19 du nouveau code.

➤ **MODIFICATIONS CONCERNANT LE CALCUL DES SEUILS (ARTICLE 27-II-1°)** : le montant des marchés de travaux est désormais déterminé non seulement en fonction de la valeur globale des travaux mais également en considération de la valeur des fournitures nécessaires à la réalisation des travaux. En d'autres termes, on comprend désormais dans le calcul du seuil ce que la collectivité fournit à l'entreprise.

Le manuel d'application du nouveau code est malheureusement muet sur la question et ne nous fournit aucun exemple.

➤ **PAS DE MODIFICATION DU MONTANT DES SEUILS FIXES LE 1<sup>ER</sup> JANVIER 2006.**

En dessous du seuil de 210 000 €HT, les marchés de fournitures, de services et de travaux peuvent être passés selon la procédure adaptée.

Aucune publicité ni aucune mise en concurrence ne sont requises pour les achats d'un montant inférieur à 4 000 €HT.

De 4 000 €HT jusqu'à 90 000 €HT, la collectivité doit engager une procédure de mise en concurrence dont elle définit librement les modalités. En fait, cette définition n'est pas totalement libre. Le nouveau code précise que l'acheteur doit prendre en compte non seulement l'objet et le montant du marché, mais aussi le nombre d'opérateurs économiques et leur localisation. Ce nouvel élément fait écho à 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.

Il sera dès lors très difficile de se borner à publier un avis dans un journal ayant une diffusion locale ou régionale, si la localisation des opérateurs n'est pas strictement locale et si le niveau de concurrence ne le permet pas.

Le code 2006 précise désormais que le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées, mais s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, il est tenu d'appliquer les modalités prévues par le Code dans leur intégralité.

Entre 90 000 et 210 000 € la collectivité peut toujours utiliser la procédure adaptée, mais il faut obligatoirement publier un avis au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP) ou dans un Journal d'Annonces Légales (JAL). Il faut, en outre, publier un avis dans la presse spécialisée, si cela s'avère "nécessaire". Cette solution résulte de la jurisprudence et d'une récente réponse ministérielle du 6 juillet 2006 dans laquelle le ministre de l'Intérieur a déclaré qu'en cas de doute, il convenait de procéder à cette publication complémentaire, de manière à s'assurer que l'objectif d'information des opérateurs économiques était rempli au mieux.

Un nouveau modèle d'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) devrait paraître prochainement pour les annonces devant être publiées au BOAMP.

Le code 2006 prévoit expressément la possibilité de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence si les circonstances le justifient (article 28 alinéa 4) pour les marchés inférieurs à 210 000 €HT. Cette disposition sera à manier avec la plus grande précaution dans la mesure où nous n'avons aucune idée des circonstances qui seraient de nature à dispenser la collectivité de toute publicité et de mise en concurrence.

➤ **NOUVELLE REDACTION DE L'ARTICLE 30 SUR LES MARCHES DE SERVICES** : les marchés ne figurant pas dans la liste établie à l'article 29 du code peuvent être passés, quel que soit leur montant, en procédure adaptée.

➤ **APPARITION DES NOTIONS D'OFFRE IRREGULIERE, D'OFFRE INACCEPTABLE ET D'OFFRE INAPPROPRIEE (ARTICLE 35-I-1°)**

**Une offre irrégulière** est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation (ex : offre remise au-delà de la date limite de réception des offres mentionnées dans le règlement de la consultation).

**L'offre est inacceptable** si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.

**L'offre est inappropriée** lorsqu'elle apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut, par conséquent, être assimilée à une absence d'offre.

➤ **MODIFICATION RELATIVE AUX MARCHES NEGOCIES (ARTICLES 35 ET 66)**

Le nouveau code supprime la catégorie des marchés négociés passés sans publicité mais avec mise en concurrence, seuls subsistent donc les marchés négociés avec publicité et mise en concurrence et les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence (qui font l'objet d'une extension important dans ce code 2006).

L'article 66 vient préciser les modalités de déroulement de la négociation, il en résulte notamment 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 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.

➤ **MODIFICATIONS RELATIVES AU DIALOGUE COMPETITIF (ARTICLES 36 ET 67) ET AUX MARCHES DE DEFINITION (ARTICLE 73).**

Dans la procédure de dialogue compétitif, la collectivité acheteuse n'a plus à élaborer un cahier des charges au terme de la phase de dialogue avec les entreprises. Désormais, les candidats sont invités à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions proposées au cours du dialogue.

Par ailleurs, la commission de dialogue compétitif qui était prévue par l'article 24 du code 2004 n'est pas reprise dans le nouveau code. C'est donc la commission d'appel d'offres qui aura la charge d'attribuer les marchés.

Concernant les marchés de définition, le nouveau code est en rupture avec le code 2004 qui prévoyait la possibilité d'attribuer sans remise en concurrence l'exécution de prestations à l'auteur de la solution retenue au terme d'un marché de définition. Désormais, les prestations d'exécution qui font suite à un marché de définition donneront lieu à une nouvelle mise en concurrence.

➤ **MODIFICATION IMPORTANTE DES MARCHES A BON DE COMMANDE (ARTICLE 77).**

La fixation d'un minimum et d'un maximum est désormais facultative, la conclusion d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum n'est donc plus considérée comme une dérogation. La collectivité n'est donc plus tenue (si elle fait le choix d'un marché sans minimum ni maximum) de garantir un minimum de dépenses à l'entreprise titulaire du marché.

Il convient néanmoins d'être prudent dans la mesure où, **à défaut de fixation d'un maximum, le montant du marché est réputé dépasser le seuil de 210 000 €HT (article 27-VI)**. Autrement dit, en l'absence de maximum, les collectivités seront obligées de passer un marché formalisé (appel d'offres ou autres).

➤ **MODIFICATION CONCERNANT LES AVIS DE PRE-INFORMATION (ARTICLE 39)** : la collectivité a désormais le choix de publier cet avis à l'Office des Publications Officielles de l'Union européenne ou sur un profil acheteur (c'est-à-dire le site internet sur lequel la collectivité publie ses marchés).

➤ **NOUVELLE REDACTION DE L'ARTICLE 50 RELATIF AUX VARIANTES** : à défaut d'indication dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation, les variantes ne sont désormais plus admises (solution inverse à celle retenue dans le code 2004).

➤ **INTRODUCTION D'UNE POSSIBILITE DE MODIFIER LA COMPOSITION D'UN GROUPEMENT D'ENTREPRISES (ARTICLE 51)** : si le groupement apporte la preuve que l'un de ses membres est en liquidation judiciaire ou dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut solliciter l'autorisation de la collectivité acheteuse de continuer à participer à la procédure soit sans l'entreprise défaillante, soit en proposant un ou plusieurs sous-traitants. Le code 2006 déroge ainsi à l'interdiction jusque là existante de modifier la composition du groupement entre la date de remise de la candidature et la signature du marché.

➤ **MODIFICATIONS PORTANT SUR LES CRITERES DE SELECTION DES CANDIDATURES (ARTICLE 52) ET DE SELECTION DES OFFRES (ARTICLE 53).**

Le code 2006 prévoit expressément que « *l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat* ». Il s'agit là d'une mesure qui a vocation à favoriser l'accès des PME nouvellement créées à la commande publique.

Un nouveau critère de sélection des offres fait son apparition au sein de l'article 53, il s'agit du critère de rentabilité (à noter qu'aucune information n'est donnée sur ce que recouvre clairement ce critère). La pondération des critères est obligatoire, sauf si le pouvoir adjudicateur peut démontrer que la pondération est impossible.

➤ **MODIFICATIONS DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 56 SUR LA DEMATERIALISATION** (à noter que l'obligation de signature électronique des offres par un certificat demeure et figure à l'article 48).

Le nouveau code consacre un article 54 aux enchères électroniques qui ne sont donc pas reprises au sein du nouvel article 56. Désormais, le recours aux enchères électroniques est limité aux marchés de fournitures d'un montant supérieur à 210 000 €HT.

Est ajoutée l'existence d'une « copie de sauvegarde », qui n'est en réalité qu'un double des candidatures et des offres sur support physique, et qui ne sera utilisée qu'en cas de défaillance de la transmission électronique (article 56-I).

Le code 2006 prévoit une réduction des délais de réception des candidatures et des offres (article 57-II-4° et 5°, article 60-II, article 62-II-4°, article 65-II,...).

A titre d'expérimentation, les collectivités peuvent imposer la transmission électronique des candidatures et des offres pour certains marchés. Un arrêté d'application devrait préciser les modalités de mise en œuvre de ces expérimentations (article 56-III-1°).

A noter qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010, les collectivités pourront exiger des entreprises la remise des candidatures et des offres par voie électronique (article 56-III-2°).

➤ **POSSIBILITE DE FAVORISER L'ACCES DES PME AU SEIN DE L'APPEL D'OFFRES RESTREINT (ARTICLE 60), DES MARCHES NEGOCIES (ARTICLE 65) ET DU DIALOGUE COMPETITIF (ARTICLE 67)** en permettant aux collectivités acheteuses de fixer le nombre minimum de PME au sens de l'article 48 (à savoir les entreprises qui ont moins de 250 salariés et dont la moyenne du chiffre d'affaires sur les trois dernières années ne dépasse pas 40 000 000 €).

➤ **APPARITION DU SYSTEME D'ACQUISITION DYNAMIQUE (S.A.D) A L'ARTICLE 78** : il s'agit d'une procédure entièrement réalisée par voie électronique, pour des fournitures courantes, dans laquelle la collectivité acheteuse attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un ou les opérateurs préalablement sélectionnés sur la base de l'offre indicative.

En d'autres termes, il s'agit de la version entièrement dématérialisée de la procédure de l'accord-cadre.

A noter que ce système permet à tout candidat intéressé de venir se rajouter à la liste des candidats présélectionnés avant la passation de chaque marché.

➤ **POSSIBILITES DE DEROGER AU RESPECT DU DELAI DE 10 JOURS ENTRE LA DATE DE NOTIFICATION DES LETTRES DE REJET AUX CANDIDATS EVINCES ET LA SIGNATURE DU MARCHE (ARTICLE 80-I)**

D'une part, ce délai peut être réduit en cas d'urgence ne permettant pas de respecter les 10 jours. D'autre part, ce délai n'est pas exigé dans les situations d'urgence impérieuse justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul candidat, dans le cas des appels d'offres, marchés négociés ou des marchés passés selon un accord-cadre lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre.

*Le nouveau code des marchés publics et son manuel d'application sont disponibles sur demande au secrétariat de l'association, et peuvent être consultés sur les sites [www.legifrance.org](http://www.legifrance.org) et [www.colloc.minefi.gouv.fr](http://www.colloc.minefi.gouv.fr) (rubrique marchés publics).*

**6, rue de Flacé – 71 000 MACON**

**Tél. : 03 85 38 10 59**

**Fax : 03 85 39 18 72**

**Courriel : [asso.maires.71@wanadoo.fr](mailto:asso.maires.71@wanadoo.fr)**