

CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Ce qu'il faut retenir de la réforme

L'ESSENTIEL

■ Plan de relance

La réforme de décembre 2008 répond au double objectif de clarifier certaines dispositions du CMP et de mettre en œuvre le plan de relance de l'économie.

■ Seuils

Le seuil de 4 000 euros HT, en dessous duquel les acheteurs peuvent conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence, passe à 20 000 euros HT. Les marchés de travaux inférieurs à 5 150 000 euros HT peuvent être conclus selon une procédure adaptée.

■ Dématérialisation

A compter du 1^{er} janvier 2010, les pouvoirs adjudicateurs devront publier sur leur profil acheteur leurs marchés supérieurs à 90 000 € HT. A partir de janvier 2012, ils ne pourront plus interdire aux candidats de remettre leur offre par voie électronique pour les marchés supérieurs à 90 000 € HT.

■ Régime financier des marchés

Délais de paiement réduits et régime des avances provisoirement assoupli.

UNE ANALYSE DE

Marie-Hélène Pachon Lefevre & Mathieu Heintz,
avocats SCP Seban & Associés

La fin d'année 2008 a été particulièrement active pour la commande publique, puisque pas moins de trois décrets ont réformé en quelques jours le droit des marchés publics.

Dans un ordre chronologique a été publié, tout d'abord, un décret du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions du Code des marchés publics (CMP) et des décrets pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005. Ensuite, sont parus le même jour, le 20 décembre 2008, d'une part, un décret portant mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics et, d'autre part, un décret relatif au relèvement de certains seuils. Enfin, à signaler la publication très récente de la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, dite «LAPCIPP» dont certaines dispositions impactent également les contrats publics.

Cette réforme poursuit une double finalité. Elle a été rendue nécessaire, d'une part, selon les termes de la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, «pour des raisons de coordination, de clarification, et de mise à jour des textes relatifs à la commande publique» (1). Elle vise, d'autre part, à transposer dans le droit des marchés publics certaines annonces faites par le chef de l'État le 4 décembre 2008 à Douai, au titre du plan de relance de l'économie (2).

Le présent commentaire porte uniquement sur les modifications opérées par les décrets de 2008 sur le Code des marchés publics. Cependant, la réforme a également impacté les décrets d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui régit les marchés passés par certaines personnes non soumises au CMP, ainsi que les décrets pris pour l'application de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP) qui sont désormais intégrés dans les textes d'application de cette ordonnance de

À NOTER

Le relèvement du seuil de 4 000 à 20 000 euros est conçu comme un moyen de soutien à l'économie, et indirectement aux petites et moyennes entreprises.

2005. Les décrets de décembre 2008 apportent des changements tant sur les procédures de passation que sur les règles d'exécution des marchés publics.

Ce commentaire présente successivement les principales évolutions portant sur le relèvement des seuils de passation, la dématérialisation des marchés publics, certains aspects des procédures de passation et les règles d'exécution financières des marchés.

I. Relèvement de certains seuils de passation

L'attention des acteurs de la commande publique s'est naturellement focalisée sur le relèvement de certains seuils de passation. Cette question avait fait l'objet, avant la pa-

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (LAPCIPP), JO du 18 février 2009.
- Décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au Code des marchés publics et aux décrets pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, JO du 18 décembre 2008.
- Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance, JO du 20 décembre 2008.
- Décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils, JO du 20 décembre 2008.
- Décret n° 2008-1550 du 31 décembre 2008 modifiant le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics, JO du 1^{er} janvier 2009.
- Circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française, JO du 20 décembre 2008.

rution des décrets, de l'annonce de la suppression du seuil de 90 000 euros hors taxe (HT), au-dessus duquel les obligations de publicité sont renforcées. Finalement, seul le seuil de 4 000 euros HT, en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sans publicité ni mise en concurrence, a été porté à 20 000 euros HT. En outre, le seuil applicable aux procédures formalisées pour les marchés de travaux a été relevé à 5 150 000 euros HT.

Seuil de 20 000 euros HT

Le décret n° 2006-1356 du 19 décembre 2008, relatif au relèvement de certains seuils,

À NOTER

Même sans le seuil des 20 000 euros, les marchés restent soumis aux principes fondamentaux de la commande publique.

a pour objet unique de relever de 4 000 euros HT à 20 000 euros HT le seuil des marchés publics en dessous duquel le pouvoir adjudicateur peut

décider de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence. Dans son esprit, ce relèvement est censé exonérer la passation de marchés de faible montant de formalités qui pourraient être un obstacle à l'accès à la commande publique pour certaines « petites » entreprises. Il est donc voulu comme un moyen de soutien à l'économie, et indirectement aux petites et moyennes entreprises.

Cependant, il faut se garder de toute fausse illusion (3). En effet, il est établi, tant par le droit communautaire (4) que par le droit français (5), que ces marchés, bien que de faible montant, demeurent soumis aux principes fondamentaux de la commande publique, définis à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, que sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ce qui signifie donc, entre autres, qu'ils ne sont pas exonérés pour leur conclusion de toute obligation de « publicité » et de mise en concurrence.

Dès lors, la difficulté principale, pour les acheteurs publics, réside dans le choix du support de publicité adéquat : devis, site internet de la collectivité ou portail d'achat, presse spécialisée, journaux d'annonces. Pour chaque marché, ce support sera choisi « compte tenu de son objet, de son montant, ainsi que des pratiques habituelles dans le secteur concerné » (6).

Par ailleurs, il convient de relever que le seuil de 20 000 euros ne peut être apprécié marché par marché ou indépendamment pour chaque prestataire. En effet, les achats des pouvoirs adjudicateurs sont soumis aux modalités de calcul de la valeur estimée des marchés définie à l'article 27 du CMP.

Il convient donc de vérifier que les marchés de faible montant n'entrent pas dans une opération pour les travaux (CMP, art. 27-II-1^o), ou une catégorie homogène pour les fournitures et les services (CMP, art. 27-II-2^o). Ainsi, la computation des seuils peut avoir pour effet de soumettre un marché, certes inférieur à 20 000 euros HT, à une procédure formalisée, car la somme des achats réalisés pour une même opération ou catégorie est supérieure à certains seuils.

Procédure adaptée pour les marchés de travaux inférieurs à 5 150 000 euros HT

Le relèvement des seuils décidé par la réforme porte également sur les marchés de travaux. En effet, le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance a porté de 206 000 à 5 150 000 euros HT, le seuil en dessous duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à une procédure adaptée pour attribuer leurs marchés de travaux. Ce nouveau montant correspond au seuil européen des marchés de travaux (7). C'est incontestablement un bouleversement pour les acheteurs, dont il convient cependant d'apprécier les effets.

Avant le décret du 19 décembre 2008, la procédure d'appel d'offres était obligatoire à partir du seuil de 206 000 euros HT. Désormais, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d'attribuer leurs marchés de travaux inférieurs à 5 150 000 euros HT selon une procédure adaptée. Ce nouveau seuil constitue une faculté, et non une obligation. Ce qui signifie que même en dessous de ce seuil, une collectivité peut librement décider d'attribuer un tel marché selon la procédure d'appel d'of-

fres. Toutefois, dès lors qu'il fait expressément ce choix, l'acheteur public doit alors appliquer toute la procédure d'appel d'offres; et non seulement certaines de ses modalités, au risque de voir la procédure en cause requalifiée dans le cadre d'un éventuel contentieux (CMP, art. 28, al. 2).

Lorsque l'acheteur recourt à la procédure adaptée, ainsi qu'il en a la possibilité, « les

À NOTER

Même en dessous du seuil de 5 150 000 euros, une collectivité peut librement décider d'attribuer un marché de travaux selon la procédure d'appel d'offres.

modalités [de cette procédure] 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 » (CMP, art. 28, al. 1^{er}).

En revanche, le décret du 19 décembre 2008 n'a pas modifié les règles de publicité applicables aux marchés de travaux inférieurs à 5 150 000 euros HT, qui se décomposent de la façon suivante : en dessous de 90 000 euros HT (réserve faite du seuil de 20 000 euros HT examiné ci-dessus), le pouvoir adjudicateur « choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux » (CMP, art. 40-II).

Puis, entre 90 000 euros et 5 150 000 euros HT, « le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le « Bulletin officiel des annonces des marchés publics », soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales », et dans un journal spécialisé correspondant au secteur concerné si la nature ou le montant des travaux l'impose (CMP, art. 40-IV-1^o). Il sera intéressant par la suite de connaître la part des marchés de travaux compris entre 206 000 et 5 150 000 euros HT qui ont été passés selon une procédure adaptée ou en appel d'offres. >

(1) Note relative au décret, mise en ligne par la DAJ le 3 décembre 2008.

(2) « Réforme des marchés publics : second round, la libéralisation », lemoniteur-expert.com, 19 décembre 2008.

(3) M. Heintz, « Relèvement des seuils des marchés publics : attention aux fausses illusions ! », « La Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales » n°16, avril 2003.

(4) CJCE 7 décembre 2000, « Telaustria et Telefonadress », aff. C-324/98; CJCE 3 décembre 2001, « Bent Moustsen Vestergaard », aff. C-59/00; voir également : Communication interprétative de la Commission relative au droit

communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », 2006/C 179/02.

(5) CE avis 29 juillet 2002, « Sté MAJ Blanchisseries de Pantin »; CE 7 octobre 2005, « Région Nord-Pas-de-Calais », req. n° 27873.

(6) Communication interprétative 2006/C 179/02.

(7) Règlement (CE) n° 2083/2005 de la Commission du 19 décembre 2005 modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application en matière de procédure de passation.

II. Dématérialisation des marchés publics

La réforme de décembre 2008 poursuit également l'objectif de dynamiser la dématérialisation des marchés publics (8). Avant la parution du décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008, l'obligation principale consistait pour les pouvoirs adjudicateurs à devoir accepter, pour les marchés supérieurs à 206 000 euros HT, tout mode de transmission des candidatures et des offres: que ce soit par un échange électronique ou par la production d'une offre papier ou d'un support physique électronique (un CD). Le décret prévoit de nouvelles obligations pour les pouvoirs adjudicateurs en procédant graduellement.

Au 1^{er} janvier 2010

La date du 1^{er} janvier 2010, tout d'abord, marque une évolution à la fois dans les obligations de publicité et de remise des candidatures et des offres dématérialisées. A partir de cette date, les pouvoirs adjudicateurs devront, en sus des obligations de publication sur les supports papiers (Joue, BOAMP, JAL, journaux spécialisés), publier sur leur profil acheteur les avis d'appel public à la concurrence et les documents de la consultation de leurs marchés supérieurs à 90 000 euros HT (CMP, art. 40 et 41). Le profil acheteur étant

À NOTER

Au 1^{er} janvier 2010, les pouvoirs adjudicateurs devront publier, sur leur profil acheteur, les avis d'appel public à la concurrence et les documents de la consultation de leurs marchés supérieurs à 90 000 euros HT.

le site dématérialisé auquel ils ont recours pour leurs achats (CMP, art. 39-I). Ils pourront également imposer aux opérateurs économiques la transmission dématérialisée des candidatures et des offres. Il s'agit là d'une faculté. En revanche, ceci présentera un caractère obligatoire pour les achats de fournitures, de matériels et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT.

Au 1^{er} janvier 2012

A partir de cette date, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront plus refuser aux candidats la remise de leur offre par la voie électronique pour les marchés de fournitures, services et travaux supérieurs à 90 000 euros HT. En définitive, la dématérialisation des marchés

publics représente pour le ministère des Finances l'un des enjeux de la modernisation de l'achat public. Dans ce but, la DAJ de Bercy vient de publier une fiche sur la dématérialisation des marchés publics à jour de ces dernières réformes (9).

En outre, l'Observatoire économique des achats publics vient d'annoncer la création d'un groupe d'étude des marchés (GEM) relatif à la dématérialisation des marchés publics, qui poursuit quatre objectifs: encourager l'accélération du passage à la dématérialisation, apporter des solutions touchant la viabilité économique des plateformes dans le respect des règles de la concurrence, fournir aux acheteurs des plateformes des critères d'évaluation leur permettant de faire un choix éclairé, rédiger un guide des bonnes pratiques pour les utilisateurs des plateformes de marchés publics (10).

III. Les règles de passation

Les décrets de décembre 2008 ont apporté de nombreuses modifications aux règles et procédures de passation des marchés. Parmi ces évolutions, deux retiennent particulièrement l'attention: celles portant, d'une part, sur les niveaux minimaux de capacités et, d'autre part, sur la procédure d'appel d'offres.

Niveaux minimaux de capacité

Le Code des marchés publics 2006 avait introduit, au stade de la candidature, une nouveauté consistant à apprécier l'aptitude des soumissionnaires au regard de niveaux minimaux de capacités. Cependant, cette évolution a suscité des interprétations divergentes, pouvant être synthétisées dans la problématique suivante: les pouvoirs adjudicateurs sont-ils tenus d'exiger des candidats des niveaux minimaux de capacités et de les mentionner dans les avis de marchés? Le Conseil d'Etat avait répondu à une partie du problème en considérant très clairement que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus «de préciser dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats» (11). Aussi, afin de reprendre cet apport de la jurisprudence et mettre définitivement fin aux interprétations divergentes, le décret du 17 décembre 2008 a modifié l'article 45 du Code des marchés publics qui dispose désormais sur ce point

que: «lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des

À NOTER

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché.

niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché». Ces niveaux sont alors précisés dans l'avis de publicité du marché ou, à défaut, dans les documents de la consultation.

Il ressort de cette rédaction que la fixation des niveaux minimaux de capacité est facultative. Autrement dit, la collectivité ne commet aucune irrégularité de procédure en ne quantifiant pas un niveau minimum de capacité au regard duquel elle examinera les candidatures.

Ce point désormais acquis, la question doit être posée de savoir dans quelle mesure les collectivités pourront examiner les candidatures reçues, en l'absence de fixation de niveaux minimaux de capacité dans l'avis d'appel à la concurrence ou, à défaut, dans les documents de la consultation. Autrement dit, y a-t-il encore place à un examen des candidatures, au-delà de la vérification du caractère complet, et donc recevable, des dossiers de candidatures? Faute de niveau minimum de capacité déterminé, l'examen des candidatures ne devrait plus être quantitatif, mais qualitatif.

Par ailleurs, l'article 52 du CMP disposant que les candidatures sont examinées au regard des niveaux de capacités et que celles qui ne satisfont pas à ces niveaux sont éliminées, les collectivités devraient veiller tout d'abord à indiquer, dans leurs avis d'appel public à la concurrence, ou à défaut dans leurs documents de consultation, que le caractère suffisant des candidatures sera examiné au vu des justificatifs requis des candidats, énumérés dans ces avis ou documents. Ensuite, l'élimination d'un soumissionnaire pour insuffisance des justificatifs remis à l'appui de sa candidature devrait être réservée aux cas d'insuffisance manifeste d'un candidat à satisfaire les besoins du marché considéré.

Procédure d'appel d'offres

La procédure d'appel d'offres a été réformée à la fois sur les délais et les conditions de remise des candidatures et des offres.

En ce qui concerne les délais, que ce soit pour l'appel d'offres ouvert ou restreint, la réception des candidatures et des offres ne peut plus être ramenée à 22 jours comme le prévoyait le CMP pour les marchés de travaux inférieurs à 5 150 000 euros HT. Quant à l'appel d'offres ouvert, le délai de droit commun reste de 52 jours, et pour la procédure restreinte, il est de 37 jours (sauf urgence) pour la remise des candidatures et de 40 jours pour l'envoi des offres. Il reste toutefois possible de réduire ces délais en cas de publication d'un avis de pré-information ou d'utilisation du support électronique pour l'envoi et la publication de l'avis du marché (CMP, art. 57-II, 60-II et 62-II).

Au-delà de cet aspect, c'est essentiellement la suppression de la double enveloppe pour l'appel d'offres ouvert qui est à souligner. Dans cette procédure, la désignation de l'attributaire du marché s'est toujours opérée en deux temps : la sélection des candidatures puis la sélection des offres, les entreprises

remettant une enveloppe distincte pour chacune de ces phases. Dans un esprit de simplification des procédures, le code prévoit désormais, uniquement en appel

À NOTER

A partir du 1^{er} janvier 2012, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront plus refuser aux candidats la remise de leur offre par la voie électronique pour les marchés de fournitures, services et travaux supérieurs à 90 000 euros HT.

d'offres ouvert, que les candidats transmettront leur candidature et leur offre dans une enveloppe unique (CMP, art. 57-V).

Il est à noter que seul cet aspect formel est modifié. En revanche, le processus distinct de sélection des candidatures et des offres demeure. En premier lieu, le pouvoir adjudicateur (les services de la collectivité) procède à l'analyse des candidatures.

En cas d'élimination d'une candidature, il faut regretter que la mention selon laquelle « les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes » n'ait pas été supprimée dans le code ; cela constitue vraisemblablement un oubli (CMP, art. 58-II). Il convient certainement de considérer, eu égard à la suppression de la double enveloppe, que dans ce cas, les pièces relatives à l'offre, et elles seules, sont retournées au candidat. La DAJ devrait publier prochainement une fiche explicative sur cette

question pour préciser aux acheteurs ce qui doit être fait en la matière (12). Les offres des candidats, dont les dossiers de candidature sont recevables et examinés comme disposant de capacités suffisantes, sont ensuite examinées. Les praticiens (13) se posent d'ores et déjà la question de savoir si, compte tenu de la disparition de la double enveloppe, la commission d'appel d'offres doit se réunir deux fois, pour la sélection des candidats d'abord, et l'attribution du marché ensuite, ou si elle peut se réunir une seule fois, la réunion étant alors bien décomposée en deux temps : recevabilité et examen des candidatures d'abord, examen des offres ensuite.

Les deux solutions nous paraissent envisageables, les services de la collectivité préparant les travaux de la commission d'appel d'offres et devant bien alors réserver toute décision à ladite commission.

Enfin, les décrets de décembre 2008 ont apporté des modifications aux conditions d'exécution financières des marchés.

IV. Régime financier des marchés publics

L'esprit de cette réforme est également de contribuer au plan de relance de l'économie, et de générer de la trésorerie pour les entreprises. Trois mesures poursuivent ce but : la réduction des délais de paiement, l'extension de l'obligation de variation des prix et la modification du régime des avances.

La réduction des délais de paiement

Les délais de paiement qui étaient jusqu'à présent de 45 jours sont réduits. Ils sont, pour les collectivités locales et depuis le 1^{er} janvier 2009, de 40 jours, et ils devront passer à 35 jours au 1^{er} janvier 2010, puis à 30 jours le 1^{er} juillet 2010.

En outre, un décret du 31 décembre 2008 est venu rehausser les pénalités applicables aux collectivités en cas de dépassement des délais de paiement aux entreprises.

La variation des prix

L'article 18-V du Code des marchés publics, qui réservait jusqu'à présent l'obligation d'insertion d'une clause de variation de prix aux seuls marchés de travaux dont la durée d'exécution est supérieure à trois mois, étend désormais cette obligation aux marchés de fournitures et de services.

Parmi les autres conditions, il faut également que ceux-ci nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux.

Les avances

En principe, le titulaire du marché n'est en droit de percevoir une avance que lors-

À NOTER

Dans un esprit de simplification des procédures, le code prévoit désormais, uniquement en appel d'offres ouvert, que les candidats transmettront leur candidature et leur offre dans une enveloppe unique.

que son marché est supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à 2 mois (CMP, art. 87-I). Cette règle demeure mais, à titre provisoire, les collectivités pour-

ront accorder des avances pour tout marché supérieur à 20 000 euros HT ; cette disposition ne s'appliquant qu'aux marchés en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur du décret ou notifiés au plus tard le 31 décembre 2009, y compris pour ceux actuellement en cours d'exécution.

Cette mesure a été précisée par la circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française et à l'augmentation des avances sur les marchés publics de l'Etat en 2009. Elle comporte une annexe sous forme de fiche technique qui présente ce nouveau dispositif et propose un modèle de clause à insérer dans les marchés pour prévoir une telle avance.

A cet égard, le Code des marchés publics dispose que le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant initial du marché, en prévoyant toutefois la possibilité de le porter à 30 %, voire à un maximum de 60 %, sous réserve de la constitution par le titulaire du marché >

(8) S. Levet-Veyrier, « Le Code 2008 va dynamiser la dématérialisation des achats publics », lemoniteur-expert.com, 20 novembre 2008.

(9) http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/dematérialisation/4-nvles-mesures-achats-plus-90000-euros-ht.pdf

(10) E. Cloâtre, « Bercy booste la dématérialisation des marchés publics », 29 janvier 2009, lemoniteur.fr

(11) CE 8 août 2008, « Région Bourgogne », req. n° 307143, « La Gazette » du 1^{er} septembre 2008, p.53 ; CE 8 août 2008, « Cne de Nanterre », req. n° 309136, « La Gazette » du 8 septembre 2008, p.53 ; CE 8 août 2008, « Centre hospitalier Edmond-Garcin », req. n° 309652, « La Gazette » du 8 septembre 2008, p.55.

(12) Achatpublic.info, « L'Info du jour : Suppression de la double enveloppe : les acheteurs l'ont échappé belle... » (2), 30 janvier 2009.

(13) Y.-S. Le Naélou, SIS M@rCHES L'information réglementaire : l'article n°217.

■ ■ ■ d'une garantie à première demande. Or, la circulaire du 19 décembre 2008 impose aux administrations de l'Etat de porter en 2009 le montant de l'avance à 20% lorsque le montant initial du marché est supérieur à 20 000 euros et inférieur à 5 millions d'euros. Les collectivités peuvent bien entendu s'inspirer de ce seuil.

V. Délégations accordées aux exécutifs des collectivités locales

La loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés du 17 février 2009 (LAPCIPP) a étendu à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, la possibilité donnée aux assemblées délibérantes des collectivités locales de déléguer leur passation à leur exécutif. Elle restreint par ailleurs les dispositions permettant à ces assemblées de charger leur exécutif, avant l'engagement de la procédure de passation, de souscrire un marché déterminé.

Etat du droit avant la loi du 17 février 2009

Avant les modifications opérées par la LAPCIPP, il fallait distinguer deux blocs de dispositions permettant ou non à l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale de déléguer ses compétences en matière de marchés publics à son exécutif. Cette distinction correspondait à celle entre les marchés à procédure adaptée et les marchés conclus selon une procédure formalisée.

Pour les marchés à procédure adaptée, et accords-cadres inférieurs à 206 000 euros HT, les assemblées délibérantes avaient la possibilité de déléguer à leur exécutif, qu'il s'agisse du maire (CGCT, art. L.2122-22-4°), du président du conseil général (CGCT, art. L.3221-1) ou du conseil régional (CGCT, art. L.4231-8), la passation et l'exécution de ces contrats. Cette possibilité a été étendue par la suite aux avenants à ces marchés, à la condition qu'ils n'entraînent pas une augmentation du contrat initial supérieure à 5% (14).

En revanche, les assemblées délibérantes ne pouvaient accorder une telle délégation pour les marchés formalisés. Pour ces derniers, les assemblées devaient, à l'issue de la procédure d'attribution, autoriser leur exécutif à signer le marché. Elles pouvaient également, avant l'engagement de la procédure, char-

ger le maire ou le président de la collectivité de signer un marché déterminé, à la condition que la délibération comporte la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché. Elles pouvaient toutefois revenir à tout moment sur cette délibération, en décidant que la signature du marché ne pourra intervenir qu'après une « nouvelle délibération », une fois connu « l'identité de l'attributaire » et le « montant du marché » (15).

L'ensemble de ces dispositions ont été modifiées par la loi du 17 février 2009.

Apports de la LAPCIPP

La LAPCIPP permet tout d'abord aux collectivités de déléguer à leur exécutif le pouvoir « de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et accords-cadres » sans limite de montant (16). Cette délégation n'est donc plus limitée aux seuls marchés à procédure adaptée, mais à tous les marchés publics et accords-cadres, y compris formalisés. Ainsi, le maire d'une commune, par exemple, pourrait recevoir délégation de son conseil municipal, pour la durée de son mandat, de signer tous les marchés de fournitures et de services supérieurs à 206 000 euros HT et tous les marchés de travaux supérieurs à 5 150 000 euros HT, sans que l'assemblée n'ait à autoriser préalablement la signature de chacun d'eux. Cette « extension » va bouleverser les pratiques des collectivités qui ne pouvaient déléguer, jusque-là, que seule la passation des marchés à procédure adaptée.

Toutefois, en autorisant les assemblées à déléguer à leur exécutif le pouvoir notamment « de prendre toute décision concernant... la passation » des marchés sans limite de montant, l'intention du législateur est uniquement de supprimer, lorsque cette délégation est accordée, la délibération de l'assemblée autorisant la signature du marché (17). Par conséquent, avant cette étape, le déroulement des procédures formalisées prévues par le Code des marchés publics n'est pas modifié par cette loi.

Ensuite, le législateur a supprimé la disposition du Code général des collectivités territoriales (CGCT) qui interdisait de déléguer à l'exécutif la signature des avenants entraînant une augmentation du montant du contrat initial supérieure à 5%. Désormais, l'exécutif

d'une collectivité pourra recevoir délégation de son assemblée pour prendre toute décision concernant les avenants aux marchés publics sans limitation de montant (y compris pour les marchés formalisés), et quel que soit le pourcentage d'augmentation de l'avenant, c'est-à-dire même lorsque celui-ci entraîne une augmentation du montant initial supérieure à 5%. Dans ce dernier cas, l'avis préalable de la commission d'appel d'offres reste obligatoire pour les seuls marchés formalisés (18).

Enfin, la loi du 17 février 2009 a restreint les conditions d'utilisation de l'autorisation donnée par l'assemblée délibérante à son exécutif, avant l'engagement de la procédure de passation, de signer tel marché lorsqu'il sera attribué. Avant cette modification, le Code général des collectivités territoriales autorisait l'assemblée à revenir à tout moment sur cette délibération. C'est cette possibilité qu'a supprimée la LAPCIPP; l'intention du législateur étant que l'assemblée délibérante ne puisse plus remettre en cause par la suite cette autorisation accordée pour un marché donné (19).

Cette volonté pourrait toutefois être discutée. La loi a certes supprimé les dispositions du CGCT, aux termes desquelles l'assemblée délibérante pouvait « à tout moment, décider que la signature du marché ne pourra intervenir qu'après une nouvelle délibération, une fois connus l'identité de l'attributaire et le montant du marché ». Pour autant,

À NOTER
Désormais, l'exécutif pourra recevoir délégation de son assemblée pour prendre toute décision concernant les avenants aux marchés publics sans limitation de montant, et quel que soit le pourcentage d'augmentation de l'avenant.

le Code général des collectivités territoriales modifié n'interdit pas expressément à l'assemblée de pouvoir retirer cette autorisation lorsqu'elle a été accordée. Selon la règle du parallélisme

des compétences, il pourrait être considéré, à défaut de dispositions expresses contraires, que l'assemblée peut toujours « défaire ce qu'elle avait fait » (20).

Dans la plupart des cas, cette question ne se posera pas. Cependant, l'hypothèse d'une divergence entre un exécutif et son assemblée ne peut être écartée; qu'elle interprétation retiendrait le juge éventuellement saisi d'un recours en annulation contre une délibération

procédant au retrait de l'autorisation, préalablement accordée, de signer un marché?

En supprimant certaines des formalités relatives à l'autorisation de signer les marchés publics, le législateur poursuit l'objectif de réduire les délais des procédures de passation (21).

En pratique, cependant, les exécutifs des collectivités locales seront-ils enclins à accepter de telles délégations de signer des marchés

À NOTER

Les délais de paiement sont, depuis le 1^{er} janvier 2009, de 40 jours, et ils devront passer à 35 jours au 1^{er} janvier 2010, puis à 30 jours le 1^{er} juillet 2010.

pour des montants très importants, sans recourir pour chacun d'eux au débat et au vote de leur assemblée délibérante.

Au-delà de l'ampleur de la réforme, les collectivités locales vont devoir distinguer les mesures applicables immédiatement de celles qui ne le sont pas pour les marchés en cours d'exécution ou pour lesquels une consulta-

tion est en cours. En synthèse, celles prévues dans le décret du 19 décembre 2008 sur le plan de relance sont d'effet immédiat, (sous quelques réserves pour les délais de paiement des marchés en cours (22), tandis que les autres ne le seront que pour les marchés lancés après la parution des autres décrets modifiant le code, les 18 et 20 décembre 2008 (23), soit à compter du 19 et 21 décembre 2008.

Ensuite, bien d'autres réformes du droit des marchés publics sont annoncées: modification des cahiers des clauses administratives générales (CCAG), évolution de certai-

nes procédures contentieuses, parution d'un code de la commande publique, etc.

La loi précitée du 17 février 2009 charge également le gouvernement d'adresser au Parlement, dans un délai de six mois à compter de sa publication, « un rapport étudiant les solutions les plus adéquates pour permettre un accès aussi simple que possible aux appels publics à la concurrence pour les entreprises candidates, tout en assurant la plus grande sécurité juridique possible aux acheteurs publics » (24). La vie des acheteurs publics n'est donc pas un long fleuve tranquille. ■

(14) M. Heintz, « Les avenants aux Mapa: simplification du formalisme », CP-ACCP n°75, mars 2008, p.51.

(15) Art. L.2122-21-1 du CGCT pour les conseils municipaux; L.3221-11-1 pour les conseils généraux et L.4231-8-1 pour les conseils régionaux.

(16) Art. L.2122-22-4° du CGCT pour les conseils municipaux, art. L.3221-11 pour les conseils généraux, art. L.4231-8 pour les conseils régionaux.

(17) Assemblée nationale, 6 janvier 2009, amendement n°39 présenté par M. Warsmann; Sénat, rapport n°167 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, p.48.

(18) Art. 49 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

(19) Assemblée nationale, 6 janvier 2009, amendement n°39 présenté par M. Warsmann.

(20) R. Chapus, « Droit administratif général », Tome 1, 15^e éd., 1094 et s.

(21) Assemblée nationale, 6 janvier 2009, amendement n°39 présenté par M. Warsmann.

(22) Art. 45 du décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008.

(23) Art. 74 du décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008 et art. 2 du décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008.

(24) Art. 11 de la loi n°2009-179 du 17 décembre 2009.

La Gazette vous aide à y voir plus clair



Abonnez-vous
près de
57%
de réduction.

Pour vous abonner, reportez-vous aux bulletins d'abonnement présents dans la revue.

La Gazette c'est :

CHAQUE SEMAINE,



l'hebdô avec son supplément

CHAQUE JOUR,



le Quotidien en ligne

EN PERMANENCE,



l'accès libre à tous les services du Pack Internet sur www.lagazette.fr