



# Les commissions d'appel d'offres : la réforme du Code des marchés publics

## Repères

► Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics.

## L'essentiel

- Le nouveau Code des marchés publics du 7 janvier 2004 bouleverse en profondeur les règles relatives à l'organisation et à la compétence des commissions d'appel d'offres.
  - **Présence de la DDCCRF et du comptable public.** Le caractère facultatif de la présence de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et du comptable public en commission d'appel d'offres est instauré.
  - **Ouverture de la première enveloppe** de candidature par la personne responsable du marché (PRM), et non plus en commission d'appel d'offres.
  - **Marché négocié.** La commission d'appel d'offres n'émet plus un avis préalable, mais attribue le marché.
  - **Dialogue compétitif.** La négociation sera conduite par la personne responsable du marché. La commission d'appel d'offres est chargée d'attribuer le marché.
- Enfin, il convient de rappeler que le nouveau code procède à un relèvement des seuils des marchés sans formalités préalables et à une extension du champ des marchés de services soumis à une procédure allégée.

# A

près une large concertation menée depuis novembre 2002, le nouveau Code des marchés publics (CMP) est paru au «Journal officiel» du 8 janvier 2004. Le code du 7 mars 2001 est, quant à lui, abrogé (1).

Les enjeux affichés de la réforme visent à simplifier, à assouplir et à rendre plus efficace la commande publique. Dans ce esprit, on retient comme principales mesures, parmi d'autres le relèvement des seuils des procédures formalisées, la suppression de la mise en concurrence simplifiée, le caractère facultatif de la nomenclature et, enfin, l'instauration d'une procédure de dialogue compétitif.

Quant aux commissions d'appel d'offres (CAO), elles ne sortent pas indemnes de cette réforme. Leur rôle avait été renforcé par le précédent code (2). Le nouveau pourrait produire l'effet contraire en restreignant, notamment, leur sphère d'intervention.

Le décret du 7 janvier 2004 bouleverse en profondeur les règles relatives à l'organisation (I) et aux compétences (II) des commissions d'appel d'offres. Derrière ce bouleversement, la personne responsable du marché (PRM), dont l'intervention avait été généralisée par le code de mars 2001 (3), voit ses attributions renforcées.

## I / L'organisation des commissions d'appel d'offres

Le nouveau Code des marchés publics modifie à la fois les règles relatives à la composition (1) et au fonctionnement (2) des commissions d'appel d'offres.

### 1. La composition

La réforme porte, d'une part, sur la présence de personnalités tierces dans les commissions et, d'autre part, sur la composition des commissions des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), ainsi que sur celle de groupements de commandes.

### La convocation facultative du comptable public et du représentant de la DDCCRF

L'article 22-V modifié du Code des marchés publics prévoit désormais que: «lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et un représentant de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DDCCRF) peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions d'

Une analyse de **Mathieu Heintz**, responsable du service des marchés au conseil général de l'Isère

**A NOTER**  
Les CAO peuvent maintenant faire appel au concours d'agents de la personne publique compétents en matière de droit des marchés publics.

# Locales après publics

commission d'appel d'offres. Leurs observations sont consignées au procès-verbal».

Jusqu'à présent, la convocation aux CAO des représentants de la comptabilité publique et de la DDCCRF était obligatoire, leur non-convocation entachant la procédure d'irrégularité (4). Leur présence, en revanche, n'était pas obligatoire. Par ailleurs, ces personnalités siégeaient dans les commissions avec voix consultative, pouvant consigner, à leur demande, leurs avis au procès-verbal.

Dans la nouvelle rédaction du code, la convocation des deux représentants de l'Etat en commission devient facultative et ne conditionne dès lors plus la régularité de la procédure. En revanche, dans la mesure où ils auront été invités, ils conservent leur voix consultative et peuvent émettre des avis qui sont, à leur demande, consignés au procès-verbal (5).

Cette mesure est justifiée par la volonté de mettre le Code des marchés publics en cohérence avec les principes de la décentralisation (6). En effet, la présence des deux représentants de l'Etat en commission peut être perçue comme l'exercice d'un contrôle a priori sur les collectivités locales, tandis que l'esprit de la décentralisation suppose un contrôle a posteriori (7).

Néanmoins, cette disposition est paradoxale dans la mesure où la jurisprudence récente renforce le rôle des acheteurs publics dans la détection et la dénonciation des pratiques anticoncurrentielles (8). Or, la présence des représentants de la DDCCRF dans les CAO répond parfaitement à cette mission.

Alors que les deux représentants de l'Etat sont bien souvent perçus comme les « gardiens du temple », on est tenté de dire que, sur cet aspect de la réforme, les commissions d'appel d'offres sont en quelque sorte désacralisées. Cependant, il est trop tôt pour préjuger de l'attitude que retiendront les collectivités locales par rapport à cette faculté. Il sera intéressant dans quelque temps de l'évaluer.

Quoi qu'il en soit, outre une mission générale de surveillance de la transparence et de la régularité des procédures des marchés publics (9), tant le comptable public que le représentant de la concurrence et des fraudes apportent une aide et un conseil jugés précieux dans cette matière et appréciés par les acheteurs publics. Cet aspect sera certainement déterminant dans leur invitation à siéger aux CAO.

## La présence des services marchés en CAO

Depuis longtemps, le Code des marchés publics prévoit que les CAO ont la possibilité d'être assistées de personnalités tierces. Ainsi, peuvent participer à leurs réunions un représentant du service technique compétent pour suivre l'exécution des travaux, ainsi que des personnalités désignées en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres. Ces personnes ont voix consultative. Sur ce point, la réforme ne modifie rien. En ayant recours notamment à des assistants en maîtrise d'ouvrage, les CAO peuvent éclairer leurs décisions dans des matières particulièrement complexes.

La nouveauté réside dans l'ajout d'un article 22-VII qui dispose que les CAO peuvent faire appel au concours d'agents de la personne publique compétents en matière de droit des marchés publics. Cette précision vient légitimer la présence des services marchés en commission. Cependant, on relève qu'à l'inverse des autres personnalités tierces, et dans le silence du code, ces personnes n'ont pas voix consultative.

## La composition des CAO des EPCI

Le Code des marchés publics de mars 2001 avait précisé les règles de désignation des membres des commissions d'appel d'offres des EPCI et des syndicats mixtes. Ainsi, le nombre des membres est égal à celui prévu pour la composition de la CAO de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé. Toutefois, si ce nombre ne pouvait être atteint, la commission était composée des membres de l'assemblée délibérante de l'EPCI.

Le nouveau code apporte quelques modifications ou précisions. Tout d'abord, il est précisé que les membres de la CAO sont élus par l'assemblée délibérante de l'établissement public, et non plus désignés. Ceci lève donc l'ambiguïté de la rédaction antérieure. Par ailleurs, si le nombre de membres devant composer la commission ne peut être atteint, il est prévu désormais que la commission est composée au minimum d'un président et de deux membres élus par l'assemblée délibérante de l'établissement, et non plus obligatoirement par la totalité des membres de cette assemblée (10). Enfin, la règle relative à l'élection des suppléants ne s'applique pas aux EPCI dont l'organe délibérant comporte moins de cinq membres (11).

## Les CAO des groupements de commandes

Selon le Code des marchés de 2001, des groupements de commandes pouvaient être constitués soit par des services de l'Etat et des établissements publics nationaux autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, soit par des collectivités territoriales ou/et des établissements publics locaux.

Désormais, ces groupements pourront être constitués conjointement entre l'Etat ou ses établissements publics et des collectivités locales ou des établissements publics locaux (12).

(1) Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics, JO du 6 janvier 2004, p. 37003.

(2) J.-G. Madinier, « Les collectivités locales et la réforme des marchés publics », BJC n° 16/2001, p. 206; V. Fèvre, « La commission d'appel d'offres », « le Moniteur », 1<sup>er</sup> juin 2001, p. 105; J.-M. Peyricol, « Les nouvelles commissions d'appel d'offres: des compétences et responsabilités étendues », « le Moniteur », 22 juin 2001, cahier spécial « Maîtriser la commande publique », p. 21.

(3) « Droit des marchés publics », « le Moniteur », III.400.2, p. 7.

(4) CE, 16 octobre 1995, « Société Screg Ile-de-France », req. n° 129236.

(5) Art. 22-V et VI du CMP.

(6) « Le ministère de l'Economie s'explique sur la réforme », « le Moniteur », 27 juin 2003, p. 16.

(7) Idem.

(8) TA Bastia, 6 février 2003, « SARL Autocars Mariani

/département de la Haute-Corse », « le Moniteur », TO 6 juin 2003, p. 458; B. Neveu, « Un rôle renforcé des acheteurs publics dans la prévention des ententes », « le Moniteur », 6 juin 2003, p. 84.

(9) B. Castaing, « Le contrôle par le comptable public », ACCP, n° 18, janvier 2003, p. 33.

(10) Art. 22-I-e du CMP.

(11) Art. 22-II du CMP.

(12) Art. 8-I-3° du CMP.

**A NOTER**

Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents.

Des personnes privées, des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial et des groupements d'intérêt public peuvent participer à ces groupements. Dans cette hypothèse, ces derniers sont alors soumis au Code des marchés publics. Dès lors qu'il y a au moins une collectivité locale dans ces groupements «mixtes», les règles sont celles applicables aux marchés des collectivités territoriales (13). Pour chaque membre titulaire de la CAO du groupement peut être prévu un suppléant (14). Ceci n'était pas prévu précédemment.

Enfin, la rédaction du nouvel article 8 du CMP vient combler le silence du précédent code sur la présence du comptable et de la DDCCRF dans la CAO du groupement (15). Ainsi, le comptable du coordonnateur du groupement et un représentant de la concurrence et des fraudes peuvent y participer, avec voix consultative, lorsqu'ils y sont invités. Le décret du 7 janvier 2004 apporte également des changements sur certaines règles relatives au fonctionnement des commissions.

## 2. Le fonctionnement

Le nouveau code prévoit la possibilité d'instituer, au sein d'une même collectivité, plusieurs commissions et modifie les règles relatives au calcul du quorum.

### La multiplicité des CAO

Concernant le fonctionnement des commissions d'appel d'offres, est inclus un premier alinéa dans le I de l'article 22 qui dispose qu'au sein d'une même collectivité peuvent être constituées une ou plusieurs commissions d'appel d'offres présentant un caractère permanent. Il est également ajouté qu'une commission spécifique peut être désignée pour la passation d'un marché déterminé.

Les précédentes versions du code évoquaient la commission d'appel d'offres au singulier. Pour autant, il ressort des travaux préparatoires de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République que le législateur envisageait l'existence de plusieurs commissions d'appel d'offres dans une même collectivité (16). Le principe de libre administration des collectivités territoriales pouvait en effet servir de fondement à une éventuelle multiplicité des commissions.

L'institution de plusieurs CAO permanentes a désormais un fondement juridique clair. Cette possibilité peut répondre à plusieurs attentes: instituer des commissions spécialisées dans certains domaines, répondre au cas d'un élu qui, du fait de son activité professionnelle, serait personnellement intéressé, au sens de l'article L.2131-11 du Code général des collectivités territoriales.

Quant à la possibilité de constituer une commission spécifique pour un appel d'offres déterminé, elle permettra à une collectivité de mettre l'accent, parmi d'autres moyens, sur la réalisation d'un projet ou d'une opération qu'elle souhaite particulièrement visible. Sur un plan strictement juridique, les collectivités qui institueraient plusieurs commissions permanentes ou spécifiques devront veiller, dans leurs délibérations institutives, à indiquer très clairement le domaine de compétence de chacune (17).

### Le quorum

Le code issu du décret du 7 mars 2001 a défini la notion de quorum, qui n'avait pas été écrite jusque-là. L'alinéa 2 de l'article 23 prévoyait que «le quorum est atteint lorsque la moitié plus un

des membres ayant voix délibérative sont présents». Cette règle d'apparence claire n'a pas été sans poser de problème, notamment pour les commissions d'appel d'offres composées de trois membres ayant voix délibérative. Comment calculer, dans cette hypothèse, la moitié plus un d'un nombre impair ?

La direction des affaires juridiques a été interrogée sur l'application de cette règle aux commissions d'appel d'offres composées d'un nombre impair de membres (18) et a conclu qu'il convient, dans ce cas, de faire application de la jurisprudence du Conseil d'Etat, selon laquelle en l'absence de disposition expresse claire applicable, le quorum est fixé à plus de la moitié des membres composant l'assemblée délibérante.

Luc Bodin, dans une chronique sur les commissions d'appel d'offres après la réforme de 2001, s'interroge sur la validité de cette analyse (19). Il souligne que la jurisprudence du Conseil d'Etat trouve à s'appliquer «en l'absence de disposition expresse claire» (20) et «lorsqu'aucune disposition du Code des marchés publics n'a fixé de quorum applicable aux délibérations des CAO» (21).

Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque le code définissait, pour la première fois, quelle règle appliquer pour la détermination dudit quorum. C'est pourquoi, le nouveau code redéfinit cette notion. L'article 23, alinéa 2, dispose désormais que «le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents». Le calcul du quorum n'est donc plus problématique pour les CAO composées de membres en nombre impair. Concernant l'organisation des commissions d'appel d'offres, on retiendra principalement de cette réforme le caractère facultatif de la convocation du représentant de la DDCCRF et du comptable public, les autres mesures pouvant être perçues comme des ajustements. D'autres aspects du nouveau code retentissent sur leurs compétences.

## II / Les compétences

### des commissions d'appel d'offres

Avec la réforme de 2001, les commissions d'appel d'offres avaient vu leur champ de compétences s'élargir. Le nouveau Code des marchés publics pourrait produire l'effet inverse en transférant à la personne responsable du marché (PRM) des attributions assumées jusque-là par les CAO. La réforme induit à la fois des effets directs (1) et indirects (2) sur leur domaine de compétences.

#### 1. Les effets directs du Code des marchés publics sur les compétences des CAO

Le nouveau code retire aux commissions d'appel d'offres l'ouverture de l'enveloppe relative aux candidatures. Par ailleurs, il remplace l'avis préalable obligatoire de la CAO, pour le lancement d'une procédure négociée, par son intervention au terme des négociations pour l'attribution du marché. Enfin, il instaure une nouvelle procédure, dite de dialogue compétitif, qui confie à la PRM d'importantes responsabilités.

#### L'ouverture des candidatures par la PRM

C'est un décret du 27 avril 1994 qui a introduit le mécanisme de la double enveloppe (22). Auparavant, et à l'exception de

## A NOTER

Seul le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché devra produire les attestations et les certificats prouvant qu'il est en règle au regard des dispositions de l'article R.324-4 du Code du travail et qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales.

la procédure d'adjudication, l'élimination des candidats sur le fondement de leurs garanties se faisait simultanément au jugement des offres. Depuis 1994, dans le cas d'un appel d'offres ouvert, la commission d'appel d'offres statue dans un premier temps sur la capacité des candidats contenue dans la première enveloppe puis, après élimination de ceux dont les garanties sont jugées insuffisantes, procède à l'ouverture de la seconde enveloppe contenant l'offre. Le système a été reconduit dans le code de mars 2001. Avec la réforme, la PRM procède à l'ouverture de l'enveloppe relative aux candidatures hors commission (23). Ses attributions dans cette étape sont importantes. L'administration ouvre les premières enveloppes contenant les candidatures, enregistre le contenu et procède à leur analyse. Son travail est substantiellement modifié et allégé par le nouveau code.

D'une part, le contenu de la première enveloppe est réduit à l'essentiel. L'article 45 du Code des marchés dispose qu'à l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat; si le candidat est en redressement judiciaire, la copie du jugement et, enfin, une déclaration sur l'honneur justifiant que le candidat a satisfait aux obligations fiscales et sociales, qu'il n'a pas fait l'objet d'une interdiction de concourir ni d'une condamnation pour travail illégal.

Seul le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché devra produire les attestations et certificats prouvant qu'il est en règle au regard des dispositions de l'article R.324-4 du Code du travail et qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales (24).

D'autre part, l'article 52 du code prévoit «qu'avant de procéder à l'examen des candidatures, si la PRM constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique pour tous les candidats et qui ne saurait être supérieur à dix jours».

Cette possibilité de régulariser une candidature a été abandonnée lors de la consultation préalable à la réforme de 2001, mais n'a pas été retenue à l'époque. Cette régularisation est étendue puisqu'elle concerne l'hypothèse d'une pièce absente, mais également celle d'un document incomplet. Au regard de cette disposition, le stade de la candidature ne devrait plus être un obstacle pour les entreprises. Il faut préciser qu'il s'agit là d'une faculté pour l'administration. Néanmoins, cette mesure est cohérente avec l'esprit de la réforme qui est de simplifier et d'alléger le formalisme de la commande publique. Quel que soit le parti retenu, la démarche de l'administration devra être guidée par le principe d'égalité entre les candidats. En d'autres termes, la position retenue devra être identique pour tous les candidats d'un même appel d'offres.

C'est au vu des renseignements de candidature enregistrés par la PRM que la commission d'appel d'offres élimine les candidats qui ne disposent pas de la capacité administrative, financière ou technique.

On le voit donc, en ce qui concerne la phase des candidatures, la commission d'appel d'offres n'intervient plus qu'en aval pour éliminer les candidatures insuffisantes. Elle garde néanmoins la responsabilité de cette phase, qui n'est pas transmise à la PRM.

Lorsque la commission d'appel d'offres a écarté les entreprises ne présentant pas les garanties suffisantes, elle retrouve ses attributions classiques et procède alors à l'ouverture des enveloppes contenant les offres.

### L'attribution des marchés négociés par la CAO

En matière de marchés négociés, jusqu'alors, aucune procédure ne pouvait être engagée sans avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres, sous peine d'irrégularité de la procédure. Le code de mars 2001 avait même précisé que l'avis devait être obtenu avant l'envoi de la publicité, dans les cas où elle est obligatoire, alors que, sous l'empire du précédent code, l'avis devait être obtenu avant l'engagement des discussions préalables (25).

Cette obligation a été supprimée par le code du 7 janvier 2004. L'avis préalable de la CAO n'est donc plus une formalité obligatoire. En revanche, l'article 66 du code prévoit que, pour les collectivités territoriales, le marché est attribué par la CAO au vu d'une proposition de classement des offres réalisée par la PRM. Cependant, ne risque-t-on pas, à travers cette importante modification, de renouveler les critiques qui avaient pu être formulées à l'encontre de la mise en concurrence simplifiée?

Cette dernière n'avait pas suscité l'engouement des acheteurs publics car elle leur confiait d'importantes responsabilités. Dans le nouveau code, avec la suppression de l'avis préalable de la CAO, la responsabilité du lancement d'une procédure négociée pèse sur la PRM. Or, le recours illégal ou irrégulier au marché négocié peut être constitutif d'un délit de favoritisme (26).

Il était également reproché à la mise en concurrence simplifiée de ne faire intervenir la CAO qu'à l'issue de la procédure, la privant ainsi de toute maîtrise sur la bonne conduite de celle-ci. N'en sera-t-il pas de même en marché négocié en faisant intervenir la commission au stade de l'attribution?

Enfin, on peut s'interroger sur le pouvoir de la CAO dans le cas où elle déciderait de ne pas entériner le choix proposé par la PRM. Dans le cadre de la mise en concurrence simplifiée, la commission pouvait soit mettre fin à la procédure, soit demander à la PRM de continuer les négociations. Or, le nouvel article 67 ne prévoit que l'hypothèse de l'attribution. Doit-on déduire de ce silence que la CAO aurait une compétence liée, et ne pourrait en aucun cas remettre en cause le choix proposé par la PRM? Cette interprétation n'est pas tenable, ne serait-ce que parce que l'on ferait endosser à ses membres une responsabilité sur une décision qu'ils ne maîtriseraient pas. Assurément, il y a, sur ce point, un vide juridique que la réglementation ou la jurisprudence devra combler.

(13) Art. 8-V alinéa 4 du CMP.

(14) Art. 8-III-2° du CMP.

(15) Art. 8-IV du CMP.

(16) M. Barbari, précité, p. 24.

(17) Idem, p. 25.

(18) *Marchés publics*, 2002-1, p. 13.

(19) L. Bodin, «La commission d'appel d'offres des collectivités locales», *Contrats et marchés publics*, janvier 2003, p. 4.

(20) CE, 21 novembre 1997, «Commune de Blanc-Mesnil», req. n° 167404.

(21) CE, 30 septembre 1996, «Préfet de Seine-et-Marne», req. n° 164114.

(22) Décret n° 94-334 du 27 avril 1994, JO du 28 avril 1994, p. 6224.

(23) Art. 58-II pour l'appel d'offres ouvert et 61-II en appel d'offres restreint.

(24) Art. 46-I du CMP.

(25) Art. 308, ancien code.

(26) F. Meyer, «Dix questions sur le délit de favoritisme», *la Gazette*, 15 décembre 2003, p. 61.

**La procédure de dialogue compétitif**

Le Code des marchés publics introduit une nouvelle procédure dite de dialogue compétitif, qui se substitue à l'appel d'offres sur performances. L'une des principales modifications réside dans la justification du recours à cette procédure (27). Dans la procédure d'appel d'offres sur performances, la collectivité ne pouvait y recourir que lorsqu'elle n'était pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins ou d'évaluer les solutions techniques ou financières disponibles (28). Pour la procédure de dialogue compétitif, la motivation semble désormais plus exigeante et plus précise. En effet, le recours à cette nouvelle procédure n'est possible que lorsque la personne publique n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou si elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. Cependant, ces conditions de recours ne s'appliquent pas pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 et 5 900 000 euros HT.

La composition de la commission de la procédure de dialogue compétitif est identique à celle de la commission d'appel d'offres sur performances. Elle est composée des membres de la CAO auxquels sont adjointes des personnalités désignées en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet du dialogue compétitif (29). En revanche, c'est sur le déroulement de la procédure que la compétence de la commission est affectée par rapport à l'appel d'offres sur performances. Jusqu'à présent, la commission procédait elle-même aux auditions (30). Désormais, les discussions et les négociations avec les candidats sont menées par la personne responsable du marché sans que la commission n'intervienne (31). Ce n'est qu'au vu d'un rapport précis et détaillé du déroulement et du contenu des discussions que la commission attribue le marché.

Concernant la faculté de la commission d'entériner le choix qui lui est proposé par la PRM, la même observation pourrait être faite que précédemment en matière de marché négocié. A l'instar de ce que prévoyait le code précédent pour les appels d'offres sur performances, le nouvel article 67 prévoit qu'il peut ne pas être donné suite à la procédure de dialogue compétitif si aucune offre n'est jugée acceptable. Comme l'indiquait l'instruction d'application du code de mars 2001, cette formulation exclut la possibilité de déclarer la procédure infructueuse et de négocier. Cependant, l'article est muet sur l'autorité compétente pour mettre fin à la procédure sur ce fondement. S'agit-il de la PRM ou de la CAO? En outre, la commission de dialogue compétitif, non satisfaite de la proposition d'attribution, pourra-t-elle mettre fin à la procédure ou demander à la PRM de reprendre les négociations? Sur ces points, il y a également un vide juridique qui devra être comblé. Que ce soit sur l'ouverture des candidatures ou dans le déroulement de la procédure de dialogue compétitif, le code retire délibérément aux CAO d'importantes prérogatives. Par ailleurs, certains silences du code font peser des incertitudes sur leurs attributions. D'autres mesures produisent, cette fois de façon indirecte, des effets sur le champ de compétences des commissions.

**2. Les effets indirects du Code des marchés publics sur les compétences des CAO**

Trois mesures phares de cette réforme pourraient avoir pour conséquence de réduire le domaine d'intervention des commissions

d'appel d'offres. D'une part, le décret abroge la procédure de mise en concurrence simplifiée. D'autre part, le code étend le champ des marchés de services soumis à une procédure allégée. Enfin, le seuil des marchés à procédure adaptée est réévalué.

**La suppression de la mise en concurrence simplifiée**

La réforme abroge la procédure de mise en concurrence simplifiée. Pour les collectivités territoriales, cette procédure s'appliquait pour les marchés passés entre 90 000 euros HT et 200 000 euros HT (32). Il s'agissait, en quelque sorte, d'une procédure intermédiaire entre l'absence de formalités et l'appel d'offres. En effet, si la quasi-totalité de la procédure était confiée à la responsabilité de la PRM, la CAO intervenait néanmoins à la fin pour attribuer le marché. En outre, loin d'être réduite à un rôle d'une simple chambre d'enregistrement, elle pouvait également mettre fin à la procédure ou inviter la PRM à reprendre les négociations si elle désapprouvait le choix proposé (33). Cette procédure n'a pas suscité beaucoup d'engouement de la part des acheteurs publics (34), confiant d'importantes responsabilités à la PRM et privant la CAO d'une visibilité sur la procédure par son intervention tardive dans celle-ci.

**L'extension du champ des marchés de services soumis à une procédure allégée**

L'article 30 du Code des marchés publics de mars 2001 transpose pour partie la directive n° 92-50 du 18 juin 1992, portant sur la coordination des procédures de passation des marchés publics de services, qui prévoit que les services visés à l'annexe I-B de cette directive sont soumis à une procédure allégée en raison de leur objet (35). Pour autant, l'article 30 ne transpose que partiellement la directive communautaire, dans la mesure où seuls quelques services visés à l'annexe I-B étaient repris. Il s'agissait des marchés publics relatifs aux services juridiques, aux services sociaux et sanitaires, aux services récréatifs, culturels et sportifs, aux services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelle.

Le nouvel article 30 définit par déduction la catégorie de marchés de services conclus selon des modalités particulières de passation. En effet, d'après cet article, relève de la procédure allégée l'ensemble des marchés de services qui ne figurent pas à l'article 29 du code. Ce dernier article énumère intégralement les seize catégories de services recensées à l'annexe I-A de la directive 92-50, c'est-à-dire soumis aux règles générales de passation au-delà des seuils communautaires. Par déduction les services qui font l'objet d'une procédure allégée, au sens de l'article 30 du code, sont toutes les catégories de services définies à l'annexe I-B de la directive 92-50 (36). Il s'agit de services d'hôtellerie et de restauration, de transports ferroviaires, de transports par eau, ainsi que des services annexes et auxiliaires des transports, des services juridiques, de placement et de fourniture de personnel, des services d'enquête et de sécurité, d'éducation et de formation professionnelle, sociaux et sanitaires et, enfin, des services récréatifs, culturels et sportifs.

D'une part, le ressort de l'article 30 est plus étendu qu'il ne l'était en 2001. D'autre part, la passation des marchés qui or

pour objet ces services est soumise, quel que soit leur montant, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 euros HT. Ces marchés sont conclus sous la seule responsabilité de la PRM après autorisation de l'assemblée délibérante, ce sont donc autant de marchés qui échappent aux commissions d'appel d'offres.

### **L'extension du champ des marchés à procédure adaptée**

Dans la précédente version du Code des marchés, les acheteurs pouvaient passer des marchés sans formalités préalables lorsque le seuil de 90 000 euros HT n'était pas dépassé. Le Code des marchés publics prévoit désormais pour les collectivités territoriales que les marchés publics de fournitures et de services peuvent être passés selon une procédure adaptée, lorsque le seuil de 230 000 euros HT n'est pas dépassé. Au-delà, l'appel d'offres est la règle (37).

Pour les marchés de travaux, le seuil est également de 230 000 euros HT. Au-delà et jusqu'à 5 900 000 euros HT, ces marchés peuvent être passés, au choix de la personne responsable du marché, selon la procédure de l'appel d'offres, du marché négocié avec publicité et mise en concurrence ou du dialogue compétitif (38). Lorsque le seuil de 5 900 000 euros HT est atteint, les marchés de travaux sont alors passés obligatoirement sur appel d'offres. Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux des opérateurs de réseaux, le seuil en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 400 000 euros HT (39).

A ces dispositions, il faut ajouter également la dérogation prévue par l'article 27 du Code des marchés publics aux règles de calcul des seuils et de détermination de la procédure applicable aux marchés allotis. Ainsi, pour ces derniers, la PRM peut déroger à la procédure de passation appliquée à l'ensemble du marché «et conclure des marchés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 euros HT, dans le cas de marchés de fournitures et de services et dans le cas de marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 900 000 euros HT. Pour les marchés de travaux dont le montant atteint 5 900 000 euros HT, il est possible de conclure des marchés passés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 1 000 000 euros HT. Dans tous les cas, le montant cumulé de ces lots ne doit pas excéder 20% de la valeur de l'ensemble du marché» (40).

Ces marchés sont soumis aux règles prévues par le titre I<sup>er</sup> (champ d'application et principes fondamentaux), le titre II (dispositions générales), à l'exception du chapitre 5 (documents constitutifs du marché), le II de l'article 40 (modalités de publicité pour les marchés inférieurs à 90 000 euros HT) et l'article 79 (notification des marchés), ainsi que les titres IV (exécution des marchés), V (dispositions relatives au contrôle), VI (dispositions

diverses) du Code des marchés publics (41). En d'autres termes, dès le premier euro, l'acheteur doit respecter plus des deux tiers du code. Le relèvement des seuils des marchés à procédure adaptée a pour effet d'étendre considérablement le champ des marchés non soumis à délibération des commissions d'appel d'offres. Il s'agit en effet de marchés pour lesquels les CAO sont juridiquement incompétentes. La loi Murcef du 11 décembre 2001 est venue lever toute ambiguïté en conférant à l'exécutif de la collectivité, sous réserve que son assemblée délibérante le lui ait délégué, le pouvoir de prendre toute décision concernant la préparation, la passation et le règlement des marchés qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant (42). L'article 28 du nouveau code précise que ces marchés à procédure adaptée constituent des marchés sans formalités préalables au sens de la loi Murcef, pour lesquels la délégation sus-évoquée est possible.

Néanmoins, dans les faits, l'impact de ces nouveaux seuils sur le fonctionnement des commissions d'appel d'offres est difficile à apprécier. En effet, une enquête réalisée par «le Moniteur» démontre qu'une partie des marchés qui pouvaient être passés selon la procédure de mise en concurrence simplifiée l'était en réalité par appel d'offres (43). Dans ce sondage, 23,9% des acheteurs publics déclaraient ne jamais utiliser de mise en concurrence simplifiée, alors que 20% des commandes des collectivités publiques se trouvaient comprises dans les seuils applicables à cette procédure.

Les commissions d'appel d'offres ressortent affaiblies par cette réforme du Code des marchés publics. A l'inverse, le rôle des PRM se trouve, lui, conforté. Néanmoins, le droit et la pratique pourront diverger. A titre d'exemple, et comme exposé précédemment à propos des règles relatives à la composition des commissions, le caractère facultatif de l'invitation du comptable public et du représentant de la concurrence et des fraudes bouleverse les habitudes. Cependant, il faudra juger, dans quelque temps, du bien-fondé de cette mesure au regard des choix que feront les collectivités de solliciter ou non les représentants de l'Etat.

De même, le relèvement des seuils des marchés à procédure adaptée ne préjuge en rien des politiques d'achat que retiendront les acheteurs pour déclencher un appel d'offres. Cette dernière procédure reste le droit commun et peut être appliquée en dessous du seuil des 230 000 euros HT. Statistiquement, sous l'empire du précédent code, l'appel d'offres était bien souvent préféré à la procédure de mise en concurrence simplifiée.

Dans la balance pèsera certainement le fait que les commissions d'appel d'offres jouent un rôle fondamental dans le processus de la commande publique. Leur caractère collégial contribue au premier plan au respect des principes de la commande publique que sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. ●

## **A NOTER**

Le Code des marchés publics introduit une nouvelle procédure dite de dialogue compétitif qui se substitue à l'appel d'offres sur performances.

(27) Y.-R. Guillou et L. Benchikh, «Une réforme des marchés sur performances nécessaire?», *ACCP* n° 22, mai 2003, p. 48.

(28) Art. 36 du Code des marchés publics, issu du décret du 7 mars 2001.

(29) Art. 24 du CMP.

(30) Art. 68 du CMP, issu du décret du 7 mars 2001.

(31) Art. 67 du CMP.

(32) Art. 32 du CMP, issu du décret du 7 mars 2001.

(33) Art. 57 du CMP, issu du décret du 7 mars 2001.

(34) «Code des marchés publics, la parole aux praticiens»,

«le Moniteur», 18 avril 2003, p. 50.

(35) Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JOCE* du 24 juillet 1992.

(36) Cette rédaction serait critiquée par la Commission européenne, pour laquelle seules les prestations listées dans l'annexe I-B de la directive 92-50 peuvent bénéficier d'un régime allégé, et qui rappelle, par ailleurs, qu'elles ne seraient pas exonérées des obligations de publicité et de mise en concurrence.

(37) Art. 26 et 28 du CMP.

(38) Art. 28 du CMP.

(39) Art. 28-III du CMP.

(40) Art. 27-III du CMP.

(41) Art. 28-I du CMP.

(42) Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JO* du 12 décembre 2001, p. 19703.

(43) «Code des marchés publics, la parole aux praticiens», «le Moniteur», 18 avril 2003, p. 50.