

# Les modifications du code des marchés publics par le décret du 2 septembre 2009

- Le décret « effets utiles » porte bien son nom puisqu'il vient clarifier les dispositions du code des marchés publics qui posaient encore des difficultés aux acheteurs publics, malgré les importantes modifications opérées par le décret du 19 décembre 2008.
- Ces clarifications portent essentiellement sur les dispositions relatives aux acteurs de la commande publique, aux règles de passation des marchés et au régime financier des marchés.

## Auteurs

Marie-Hélène Pachen-Lefèvre et Mathieu Heintz, avocats, SCP Seban & Associés

## Référence

Décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 tendant à assurer l'effet utile des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE et modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics

## Mots clés

Code des marchés publics • Décret « effets utiles » • Modifications • Groupement de commandes • Commission d'appel d'offres • Jury de concours • Commission consultative des MP • Passation • Mapa • Variante • Régularisation de la candidature • Marché à bons de commande •

Le code des marchés publics 2006 (CMP 2006) vient d'être modifié pour la huitième fois depuis sa parution le 1<sup>er</sup> août 2006 par un nouveau décret paru le 2 septembre 2009<sup>(1)</sup>. Ce décret poursuit une double finalité. Il a été rendu nécessaire, d'une part, pour mettre en conformité le code de procédure civile avec le droit communautaire, en supprimant l'obligation de mettre en demeure le pouvoir adjudicateur préalablement à l'introduction d'un recours contre un contrat de droit privé passé par les personnes morales relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005<sup>(2)</sup>. D'autre part – et principalement –, il vise à clarifier, selon les termes de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, « quelques dispositions du code des marchés publics qui posent des difficultés récurrentes aux acheteurs publics »<sup>(3)</sup>. À cet égard, on constatera que le décret corrige essentiellement certaines imperfections qui étaient demeurées dans le code des marchés publics, malgré les profondes modifications opérées en décembre 2008<sup>(4)</sup>. Seront donc commentés successivement les apports de ce décret sur les dispositions relatives aux acteurs de la commande publique (I), les règles de passation des marchés (II) et enfin leur régime financier (III).

## I. Les modifications portant sur les acteurs de la commande publique

Le décret du 2 septembre 2009 modifie certaines dispositions du code des marchés publics qui portent sur les organes de la

(1) Décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009 tendant à assurer l'effet utile des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE et modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics.

(2) Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

(3) Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Fiche explicative du projet de décret « effet utile ».

(4) CP-ACCP, n° 85, février 2009, numéro spécial Réforme 2009 du code des marchés publics ; M.-H. Pachen-Lefèvre et M. Heintz, « Code des marchés publics : ce qu'il faut retenir de la réforme », Gaz. com., 30 mars 2009, p. 48.

commande publique. Il corrige notamment quelques dispositions qui étaient demeurées en l'état, malgré la suppression par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de l'obligation de constituer une commission d'appel d'offres pour l'État et les établissements publics de santé<sup>(5)</sup>.

### A) Les groupements de commandes

Le décret précise tout d'abord la situation d'un groupement de commandes dans lequel le coordonnateur ne dispose pas d'une commission d'appel d'offres. Cette situation intéresse principalement les cas où un tel groupement est constitué entre l'État ou l'un de ses établissements publics et des collectivités territoriales. Dans cette hypothèse se pose la question de la réunion d'une commission d'appel d'offres dans la mesure où le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 a supprimé cette commission pour les services de l'État et les établissements publics nationaux<sup>(6)</sup>. Le code précise désormais que ce n'est plus qu'en présence d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public local dans le groupement, que le coordonnateur doit constituer une commission d'appel d'offres. *A contrario*, en l'absence de collectivités ou d'établissements locaux dans le groupement, celui-ci ne nécessite plus la réunion d'une commission d'appel d'offres.

### B) La commission d'appel d'offres

Le décret supprime utilement le dernier alinéa de l'article 22 du CMP aux termes duquel il était précisé que : « Outre le directeur ou son représentant, président, chaque commission comporte obligatoirement au moins un membre désigné par le conseil d'administration en son sein ou parmi des personnalités qualifiées proposées par le directeur. Chaque commission comporte un nombre impair de membres. » Cette disposition, qui concernait uniquement la commission d'appel d'offres des établissements de santé et médico-sociaux, avait été « oubliée » par le décret précité du 19 décembre 2008 qui avait procédé à la suppression de cette commission pour l'État et ces établissements. Cependant, son maintien jusqu'à présent dans le code pouvait laisser croire qu'elle s'appliquait aux règles de composition de la commission d'appel d'offres des établissements publics locaux.

Les collectivités territoriales, pour leur part, sont surtout concernées par la suppression dans la procédure d'appel d'offres restreint de la compétence de la commission d'appel d'offres pour l'ouverture et l'enregistrement des plis contenant les offres<sup>(7)</sup>. Comme pour la procédure d'appel d'offres ouvert depuis la suppression de la double enveloppe, cette phase relève désormais de la compétence du pouvoir adjudicateur, autrement dit du service de la collectivité chargé des marchés publics, qui devra procéder à l'ouverture des plis. Accessoirement, en ce qui concerne la compétence de la commission d'appel d'offres, il est relevé que l'article 55 du CMP précise que celle-ci n'intervient pour rejeter les offres anormalement

basses que des seuls marchés formalisés, à l'exclusion donc des marchés à procédure adaptée. Cela est parfaitement logique, puisque cette commission n'est compétente qu'en matière de marchés formalisés.

### C) Le jury de concours

On peut noter tout d'abord que la présence du représentant de la direction de la répression des fraudes a été supprimée pour les concours organisés par l'État ou ses établissements publics. Par ailleurs, le code renvoie aux règles propres à chaque établissement de santé ou médico-social pour la composition du jury. Enfin, la composition du jury des marchés de conception-réalisation a été affinée. Il est précisé, d'une part, que le jury comporte « dans tous les cas » un tiers de maître d'œuvre, d'autre part, que ces derniers sont désignés par le président du jury et non plus par le pouvoir adjudicateur.

### D) La commission des marchés publics

L'intitulé de l'ancienne commission des marchés publics de l'État est remplacé par la commission consultative des marchés publics. Pour mémoire, cette commission peut, depuis la réforme de décembre 2008, fournir une assistance aux collectivités locales pour l'élaboration ou la passation de leurs marchés<sup>(8)</sup>.

En définitive, ces modifications concernent finalement peu ou pas les collectivités locales. Elles sont en revanche directement impactées, comme l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, par les modifications apportées par le décret aux règles de passation des marchés publics.

## II. Les modifications portant sur les règles de passation des marchés

Le décret du 2 septembre 2009 modifie également certaines dispositions du code des marchés publics qui portent sur les règles de passation des marchés. Sont ainsi concernées le régime des variantes dans le cadre d'une procédure adaptée, certaines règles applicables suite à la suppression de la double enveloppe, la possibilité pour les candidats de régulariser en cours de procédure la preuve de leur capacité juridique, et enfin les marchés à bons de commande.

### A) Les marchés à procédure adaptée

L'article 50 du code des marchés publics organisait jusqu'à présent le régime des variantes, sans distinguer les marchés formalisés des marchés à procédure adaptée. Le décret du 2 septembre 2009 réécrit cet article en opérant une distinction entre les deux types de procédures.

Pour les marchés formalisés, la règle demeure selon laquelle, à défaut d'autorisation, les variantes ne sont pas admises<sup>(9)</sup>. En revanche, le code retient la règle strictement opposée pour les

(5) Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics.

(6) *Id.*

(7) Art. 2-9° du décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009.

(8) Art. 129 CMP.

(9) Art. 50-I CMP.

marchés à procédure adaptée<sup>(10)</sup>. Pour ces derniers, il est désormais prévu que la présentation des variantes est admise, sauf si le pouvoir adjudicateur a expressément indiqué qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Autrement dit, les variantes sont autorisées à défaut d'indication contraire dans la publicité du marché ou les documents de la consultation. Cependant, cette possibilité ne peut s'exercer que dans le seul cas où le marché est attribué sur la base d'une pluralité de critères, et non seulement sur le prix. Enfin, le pouvoir adjudicateur est invité à mentionner dans le cahier des charges, même de manière succincte, les exigences minimales que devront respecter les variantes et leurs modalités de présentation. Cette distinction est par ailleurs étendue aux marchés passés par les entités adjudicatrices.

### B) Précisions sur la suppression de la double enveloppe

La suppression de la double enveloppe pour la procédure d'appel d'offres ouvert était l'un des points essentiels de la réforme du code des marchés publics de décembre 2008<sup>(11)</sup>. Cependant, quelques incohérences de rédaction étaient demeurées dans le code, et des précisions étaient attendues par les acheteurs publics.

Tout d'abord, le décret du 2 septembre 2009 supprime le dernier alinéa de l'article 58-II aux termes duquel « les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes ». Cet alinéa avait échappé à la précédente réforme, mais était devenu sans objet précisément du fait de la suppression de la double enveloppe<sup>(12)</sup>.

Ensuite, le code organise les conséquences de la suppression de la double enveloppe pour les marchés allotis. Pour ces marchés, les candidats peuvent soit présenter un seul exemplaire des documents relatifs à leur candidature et scinder lot par lot les éléments relatifs à leurs offres, soit présenter pour chacun des lots des éléments relatifs à leurs candidatures et leurs offres. Cette rédaction fait penser que le choix entre l'une ou l'autre forme de présentation de la candidature appartient aux seuls candidats et non au pouvoir adjudicateur, qui ne pourrait ainsi les obliger à retenir l'une ou l'autre des formes.

Enfin, la suppression de la double enveloppe est étendue à la procédure d'appel d'ouvert lancée par les entités adjudicatrices, auxquelles la réforme de décembre 2008 n'avait pas étendu cette simplification.

### C) La régularisation de la capacité juridique en cours de procédure

Le code élargit également la possibilité de permettre aux candidats de régulariser leur candidature en cours de procédure. L'article 52 du code des marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur qui constate, avant de procéder à l'examen des candidatures, que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier. Cependant, cette

possibilité était limitée, semble-t-il, aux seules pièces portant sur la capacité professionnelle, technique et financière des soumissionnaires, à l'exclusion des autres documents demandés à l'appui des candidatures par l'article 44 du CMP<sup>(13)</sup>.

Désormais, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de régulariser leur dossier s'ils n'ont pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature. Pour autant, cette nouveauté est limitée à la seule capacité juridique de l'entreprise, c'est-à-dire aux documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à engager le candidat. Elle ne recoupe en revanche pas la déclaration sur l'honneur faite par le candidat justifiant qu'il ne fait pas l'objet d'une interdiction de soumissionner. L'omission de ce document devrait toujours entraîner le rejet des candidatures et ne peut être régularisable avant leur examen.

### D) Les marchés à bons de commande

Les conditions du recours à un marché à bons de commande sont précisées. Ainsi, dès lors que le pouvoir adjudicateur décide de mettre en œuvre un marché à bons de commande multiattributaire, les titulaires doivent être au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres. Ce nombre minimum d'opérateurs économiques était déjà prévu pour les accords-cadres, mais devait être appliqué également aux marchés à bons de commandes pour être conforme à la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative aux marchés publics.

## III. Les modifications portant sur le régime financier des marchés

Enfin ce sont deux dispositions relatives aux règles des avances versées dans le cadre des marchés qui ont été modifiées par le décret du 2 septembre 2009.

### A) Précision sur la constitution d'une garantie à première demande

L'article 87 du code des marchés publics prévoit que le montant d'une avance à laquelle peut prétendre un titulaire correspond à 5% du montant initial du marché. Toutefois, le marché peut stipuler que l'avance versée au titulaire dépasse ce seuil, et être portée à un maximum de 60% du montant initial<sup>(14)</sup>.

Dans ces circonstances, le code prévoit la possibilité pour le titulaire, voire l'obligation si l'avance est supérieure à 30%, de constituer une garantie bancaire à première demande. À ce titre, le décret du 2 septembre 2009 précise l'assiette du montant de l'avance qui conditionne la constitution de cette garantie. Pour connaître cette assiette, les acheteurs doivent se référer aux dispositions de l'article 87-II du CMP qui détermine les éléments à prendre en compte pour calculer le montant de l'avance lorsque

(10) Art. 50-II CMP.

(11) M.-H. Pachen-Lefèvre et M. Heintz, « Code des marchés publics : ce qu'il faut retenir de la réforme », *Gaz. com.*, 30 mars 2009, p. 48.

(12) *Rép. min.* Q n° 07303 (JO Sénat du 7 mai 2009, p. 1144).

(13) CAA Bordeaux 8 septembre 2009, Sté Blanchon, n° 08BX02209 – CE 28 avril 2006, Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault, n° 283942.

(14) Art. 87-III CMP.

**Achetez et consultez en ligne  
votre documentation de référence  
sur une seule et même adresse**



© Oligalib - Fotolia.com

Contrats publics | Urbanisme  
Développement durable | Architecture  
Construction | Réglementation  
Immobilier | Environnement  
Gestion locale | Sécurité

 Achat en ligne |  Consultation en ligne

[editionsdumoniteur.com](http://www.editionsdumoniteur.com)

Le taux de 5% est retenu. À titre d'exemple, si le marché ou la tranche affermée est d'une durée inférieure ou égale à douze mois, l'assiette à prendre en compte pour déterminer l'avance correspond au montant initial toutes taxes comprises. Si en revanche, cette durée est supérieure à douze mois, l'assiette est alors égale à X pour cent (selon le taux qu'aura retenue le pouvoir adjudicateur) d'une somme égale à douze fois le montant initial du marché divisé par cette durée exprimée en mois.

### B) L'avance versée au sous-traitant

Le code disposait jusqu'à présent qu'une avance était versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. Par conséquent, le sous-traitant devait satisfaire lui-même aux conditions prévues pour le versement d'une avance, par l'article 87 du CMP pour pouvoir y prétendre. Avec la réforme de septembre 2009, le code précise désormais que cette avance est versée au sous-traitant, dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance. En d'autres termes, seule la situation de l'entreprise titulaire sera prise en compte pour déterminer si le sous-traitant peut bénéficier de l'avance. Ainsi, un sous-traitant qui, pour sa part sous-traitée, ne remplirait pas les conditions prévues à l'article 87 du CMP, pourrait tout de même prétendre au versement d'une avance dès lors que l'entreprise titulaire satisferait à ces conditions.

### Conclusion

Le caractère éparé de cette réforme, qui présente certes l'intérêt de clarifier certaines dispositions du code des marchés publics, expose tout de même les acteurs de la commande publique à certaines complexités supplémentaires. Il en va ainsi du dispositif retenu pour les variantes présentées dans le cadre d'une procédure adaptée, qui est strictement l'inverse de celui applicable en la matière aux marchés formalisés. Par ailleurs, ces modifications répétées, auxquelles doivent s'adapter les acheteurs publics, posent la question de la sécurité juridique des procédures qui sont ainsi impactées.

À cet égard, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit là de la dernière modification du code des marchés publics. La réponse est négative si l'on prend en compte l'ensemble de la réglementation applicable aux marchés publics. En effet, plusieurs textes viennent d'être publiés ou devraient l'être d'ici la fin de l'année 2009 : un nouveau manuel d'application du code des marchés publics ; les nouveaux cahiers des clauses administratives générales portant sur les marchés industriels, les prestations intellectuelles, l'information et la communication ; le décret d'application de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique. La vie des acheteurs est loin d'être un long fleuve tranquille... ■