

# Le décret du 25 août 2011 : du toilettage à l'innovation

- Le décret du 25 août 2011 procède à la fois au toilettage des dispositions obsolètes du code des marchés publics et à de véritables innovations procédurales en matière de commande publique qu'il convient de manier toutefois avec précaution, tels le contrat global de performance et la présentation de variantes sans offre de base.
- Ces nouveautés incitent les acteurs de la commande publique à adopter une approche davantage performantielle ou fonctionnelle de leurs achats.

## Auteur

Nicolas Charrel, avocat, cabinet Charrel et Associés, Montpellier et Marseille

## Référence

Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011

## Mots clés

Code des marchés publics • Pouvoir adjudicateur • Entité adjudicatrice • Publicité et mise en concurrence • Seuils • Délai de « standstill » • Critère de sélection des offres • Produit de l'agriculture • Tacite reconduction • Marché global • Performance • Maîtrise d'œuvre • Dialogue compétitif • Variante •

## POUR ALLER PLUS LOIN

Code des marchés publics, commenté et annoté, par M. Guibal et N. Charrel aux Éditions du Moniteur

Le décret attendu depuis le début de l'année (n° 2011-1000 du 25 août 2011) modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique a été publié au *Journal officiel* le 26 août 2011. Cette parution résulte d'une longue gestation entamée depuis les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 décembre 2009<sup>(1)</sup> et du Conseil d'État du 10 février 2010<sup>(2)</sup>. Si l'objectif de cette « réformatrice » est de procéder à un toilettage de certaines dispositions du code en corrigeant, clarifiant, ainsi qu'en introduisant de nouvelles procédures, une lecture attentive dévoile outre des améliorations, certaines orientations qui, bien mises en œuvre, seront un vecteur de probables innovations dans la commande publique.

## I. Un toilettage tardif

Dans un premier temps, le décret corrige les dispositions du code des marchés publics devenues obsolètes, telle que par exemple la référence à la « Communauté européenne » en faveur de celle d'« Union européenne ». Malgré cette volonté, dès le lendemain de la parution du décret, des articles du code étaient atteints d'obsolescence alors qu'une rédaction différente aurait permis de devancer ce risque.

En effet, le nouveau règlement d'exécution (UE) 842/2011, publié le 27 août 2011, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis est venu abroger le règlement (CE) 1564/2005 dont la référence figurait à onze articles du code. Fort opportunément, un nouveau décret<sup>(3)</sup> du 14 septembre 2011, relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité, est venu modifier la référence à l'ancien règlement par une rédaction plus générique faisant men-

(1) *Commission c/ République française*.

(2) *CE 10 février 2010, F. Pérez, req. n° 329100*.

(3) *Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011*.

tion du «règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics» qui aurait pu déjà être employée dans le décret du 25 août.

En revanche, le premier arrêté d'application du 27 août 2011 (en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics) a été pris, fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et accords-cadres.

Une circulaire en concertation jusqu'au 15 septembre, portant sur la mise à jour du *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, devrait suivre prochainement pour éclairer les dispositions nouvelles issues du décret du 25 août 2011.

Dans un second temps, le décret clarifie de nombreuses dispositions du code des marchés publics notamment en prenant en compte la jurisprudence intervenue depuis la dernière réforme. Ainsi, la réforme s'inscrit dans l'évolution jurisprudentielle tant au niveau communautaire que national, avec presque deux ans de décalage pour la première et un an et demi pour la seconde. D'une part, suite à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 décembre 2009 censurant les marchés de définition de l'article 73 (par le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010) du code abrogé, la réforme a enfin mis en place une procédure comparable à celle des anciens marchés de définition, grâce au raccrochage avec le dialogue compétitif, spécifiquement pour les marchés de maîtrise d'œuvre urbaine, donnant ainsi une réponse opérationnelle selon un processus très proche de celui utilisé pendant longtemps à la grande satisfaction des professionnels de l'aménagement. Des précautions resteront à prendre face à la multiplication des velléités d'introduire divers comités de pilotage plus ou moins fournis et de solliciter des remises de prestations qui risquent de faire glisser cette procédure de dialogue compétitif de l'autre côté de la ligne jaune à ne pas franchir: le concours de maîtrise d'œuvre urbaine sans anonymat.

D'autre part, la réforme réintroduit l'ancien seuil des 4000 euros en application de l'abrogation par l'arrêt du Conseil d'État «Pérez», du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence de 20000 € HT. Curieusement, ce seuil est applicable aux seuls pouvoirs adjudicateurs et non aux entités adjudicatrices qui bénéficient toujours du seuil de dispense de 20000 € HT, les mêmes causes ne produisant apparemment pas les mêmes effets.

En outre, au terme d'un véritable «copier-coller» du considérant du même arrêt «Pérez», l'article 28 alinéa 5 du code précise que:

«L'absence de publicité et de mise en concurrence peut en outre être justifiée si ces formalités sont impossibles ou sont manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.»

Ceci ne manque pas de laisser les acheteurs publics perplexes sur les possibilités d'application et les modalités de leur explication, notamment lors de dérives pénales. À ce titre, il est impératif qu'un véritable seuil législatif de dispense de mise en concurrence soit établi pour rétablir sécurité juridique et pragmatisme dans l'achat public.

Enfin, et de manière très réactive cette fois, l'article 80-I-2° du code a été modifié pour tenir compte de la jurisprudence Koné du 1<sup>er</sup> juin 2011<sup>(4)</sup> en imposant le respect du délai de *stand still* même dans le cas où le marché a été attribué au seul candi-

dat ayant déposé une offre, les dispositions de l'article 80 dans sa rédaction antérieure ayant été considérées comme non conformes à la directive recours du 21 décembre 1989.

## II. Les avancées pratiques

Plusieurs modifications attirent l'attention des acheteurs publics, notamment l'obligation pour les acheteurs publics d'accepter les offres dématérialisées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 dans les procédures supérieures à 90000 € HT, l'introduction d'un critère relatif aux performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture à l'article 53, la clarification des modalités de variation des prix pour les marchés à tranches ou encore l'absence d'obligation de mentionner la répartition préalable des prestations entre les membres des groupements pour les marchés à bons de commande et les accords-cadres.

Plus remarquable, la réintroduction de la tacite reconduction permettra certes de limiter le formalisme toujours décrié de la notification d'une décision formelle, mais risque de réintroduire les dérives de reconductions non souhaitées ou mal anticipées. Il sera impératif de maintenir une vigilance accrue sur l'arrivée, à terme, du préavis et au risque de reconduction que cela suppose. Enfin, depuis de nombreuses années, les praticiens de collectivités territoriales et leurs établissements s'étonnaient du maintien de l'obligation d'attribution des marchés publics de maîtrise d'œuvre par l'assemblée délibérante (ancien article 74-V), sans limite basse et sans justification réelle notamment pour les procédures d'appel d'offres. Le pragmatisme affiché de ce décret du 25 septembre 2011 a conduit à la suppression de cette obligation. Malheureusement, l'enfer étant pavé de bonnes intentions, l'abrogation de cette disposition implique l'intervention dédoublée du jury (sur les candidatures et sur les offres) et de la commission d'appel d'offres de la collectivité pour l'attribution du marché. En procédant ainsi, les rédacteurs ont en réalité, sous couvert de simplification, complexifié la vie des acheteurs publics qui devront désormais parvenir à réunir deux fois le jury puis la commission d'appel d'offres, ce qui s'avère peu efficient en pratique (sans compter les problèmes de quorum) et en tout état de cause, parfaitement inutile pour de simples appels d'offres de missions partielles de maîtrise d'œuvre d'infrastructure.

## III. Des outils de promotion de l'innovation dans la commande publique

Le décret introduit de nouvelles procédures avec au premier plan les nouveaux contrats globaux liés à la performance, insérés à l'article 73 du code des marchés publics. Ces contrats globaux se heurtent à l'obligation d'allotissement posée par l'article 10 du code à laquelle ils dérogent par la justification d'objectifs de performance. Toutefois, comme pour toute dérogation, on aurait pu s'attendre à une interprétation stricte, mais compte tenu de l'adverbe «notamment» précédant les justifications prévues: niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique, cela ne pourra être le cas. Ces contrats globaux semblent bien ouvrir une grande brèche dans l'obligation d'allotissement, ce que craignent évidemment certains opérateurs, au bénéfice d'autres, notamment certains groupes présentant des modèles contractuels optimisés

(4) Req. n° 346405.

sur des objectifs clairement affichés de performances «clés en mains». Les contrats de performance énergétique sont évidemment parmi les premiers concernés, mais également les contrats dits de *facility management*. Les limites liées aux opérations soumises à la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 demeurent dans la rédaction de l'article 37 sur les contrats de conception réalisation.

Le décret introduit également une nouveauté essentielle qui réside dans la possibilité de présenter une variante sans offre de base, alors même que certaines entreprises ne peuvent concevoir que des propositions qui répondent à leur processus spécifique qui n'entre pas dans un cahier des charges «fermé». Si le refus des variantes est souvent motivé par le refus de «perdre» du temps dans la procédure en analyse complexe, ou la crainte de ne pouvoir comparer des offres assez distinctes, ouvrir aux seules variantes, y compris administratives et financières (montant de l'avance, délais d'exécution, contenu et durée des garanties techniques, caractéristiques techniques, méthodologies...) constitue une véritable source de propositions alternatives propres à répondre parfois davantage aux besoins des acheteurs publics. Et d'aucuns de s'interroger sur les possibilités de maintenir l'obligation, dans le règlement de consultation, de déposer des offres de base malgré la nouvelle rédaction du code, ce que laissait pourtant entrevoir le projet de nouvelle circulaire en concertation cet été.

Ces deux nouveautés devront conduire les pouvoirs adjudicateurs à concevoir davantage leurs cahiers des charges en termes fonctionnels et performantiels, comme le prévoit expressément l'article 6 du code et son arrêté d'application du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres<sup>(5)</sup>. Le développement de l'achat public qualitatif passe probablement par une plus grande réflexion des

pouvoirs adjudicateurs sur la réelle définition de leurs besoins en termes de fonctionnalité et d'exigences minimales de leurs cahiers des charges, laissant ainsi plus de liberté aux opérateurs économiques dans la conception de leurs propositions.

#### IV. La réforme permanente

En définitive, la volonté de résoudre les difficultés présentes dans les dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique et de promouvoir l'innovation doit être saluée. Si l'objectif reste atteint sous certains aspects, la réalité des praticiens risque de venir ternir la portée de certaines dispositions qui peuvent complexifier le quotidien des services. Et, au-delà, ce sont les entreprises qui d'ores et déjà s'interrogent sur les conséquences de cette nouvelle réforme en termes d'accès des PME à la commande publique et de mise en œuvre de l'égalité de traitement dans l'analyse d'offres performantielles et des variantes.

Enfin, d'autres évolutions du droit des marchés publics sont probablement à prévoir ces prochains mois. D'abord, en ce qui concerne le seuil de dispense de publicité, suite à l'initiative du député Warsmann qui a déposé une proposition de loi (n°3706) le 28 juillet 2011 relative à la simplification du droit et à l'allègement des procédures administratives en faveur d'un relèvement du seuil des marchés à procédure adaptée à 15000 €. De manière certaine, de nouveaux seuils de publicité et de mise en concurrence (annoncés en légère hausse) entreront en vigueur en début d'année prochaine. Enfin, le projet de nouvelle directive Marchés publics devrait poursuivre son cheminement législatif au sein des institutions européennes pour devoir à terme s'intégrer également dans la réglementation française. ■

(5) NOR: ECOM0620005A.

