DÉCRET DU 25 AOÛT 2011

Code des marchés publics
Cinq nouveautés qui font débat

Attendu depuis plusieurs mois, le décret modifiant le Code des marchés publics est paru au «Journal officiel» du 26 août. Outre le nettoyage de dispositions obsolètes et des corrections liées à la jurisprudence, le Code remanié introduit plusieurs nouveautés. Certaines d'entre elles font déjà débat, comme l'introduction de contrats globaux de performance ou la possibilité de proposer des variantes sans offre de base.

1 De nouveaux contrats globaux liés à la performance

Des marchés associant la réalisation à l'exploitation ou la maintenance (REM) pourront désormais être conclus afin de satisfaire des «objectifs chiffrés de performance» (article 73 du Code). Ces contrats globaux devront comporter des engagements de performance mesurables, cette notion n'étant pas définie mais simplement agrémentée de quelques exemples: «niveau d'activité, qualité de service, efficacité énergétique ou incidence écologique».
Les acheteurs publics pourront aussi conclure des marchés de conception, réalisation et exploitation ou maintenance (CREM), en vue de satisfaire ces mêmes objectifs de performance. Mais attention: un CREM comportant des marchés de travaux soumis à la loi MOP ne sera autorisé qu'en raison d'engagements de performance énergétique portant sur des bâtiments existants ou de motifs d'ordre technique – qui sont les conditions du recours à la conception-réalisation *(voir point 2 ci-contre)*.
Ces contrats globaux de performance dérogent au principe d'allotissement de l'article 10 du Code, mais demeurent soumis à l'interdiction du paiement différé ainsi qu'au principe de séparation de la rémunération des prestations de construction et de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance. Le critère de coût global devra en outre figurer parmi les critères de sélection des offres. La rémunération des titulaires sera modulée selon le niveau de satisfaction des objectifs de performance.

2 La conception-réalisation étendue

La loi Grenelle 2 a modifié la loi MOP afin de permettre le recours à la conception-réalisation pour des «motifs d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique». Le décret du 25 août 2011 actualise l'article 37 du Code en conséquence. Désormais, les marchés soumis à la loi MOP pourront être passés en conception-réalisation dès lors que l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage est rendue nécessaire, soit pour des motifs d'ordre technique (comme par le passé), soit en raison d'un engagement sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

3 La possibilité de présenter une variante sans offre de base

L'obligation de présenter les variantes avec une offre de base disparaît de l'article 50 du Code. Cette mesure est issue des travaux des Assises de la simplification du droit. Cependant les acheteurs pourront toujours, s'ils le souhaitent, exiger dans les documents de la consultation que les variantes soient accompagnées d'une offre de base. Pour mémoire, les variantes sont autorisées sauf précision contraire dans les marchés passés selon la procédure adaptée, et interdites sauf mention contraire en procédures formalisées.

4 Le dialogue compétitif ouvert à la maîtrise d'œuvre

Le recours à la procédure du dialogue compétitif pour l'attribution d'un marché ou d'un accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager fait son apparition à l'article 74 du Code.
Cette mesure était promise par Bercy comme un palliatif à la disparition des marchés de définition, tombés sous les coups du juge communautaire. L'idée est d'offrir à la maîtrise d'ouvrage une souplesse supplémentaire par rapport à ce que permettent les procédures existantes (tel que le concours), lorsque la complexité du projet le nécessite. Chaque participant au dialogue devra recevoir une prime correspondant à au moins 80% du prix des études demandées par le maître d'ouvrage et définies par le règlement de la consultation. Il s'agit d'indemniser le travail d'étude important qu'implique cette procédure.

5 Les modalités de publicité assouplies

Les dispositions du Code relatives à la publicité sont largement réécrites. A l'article 28, les cas de dispense de publicité et de mise en concurrence sont explicités. Sont visés, comme auparavant, les marchés dont le montant est inférieur à 4000 euros HT (seuil dont le relèvement à 15000 euros est envisagé dans le cadre de la proposition de loi Warsmann), et les cas particuliers de l'article 35-II du Code. Mais il est précisé en outre que la dispense de formalités préalables pourra 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». Soit un exercice délicat d'appréciation pour les acheteurs publics qui souhaitent se passer de publicité. Par ailleurs, ces derniers ne sont plus tenus d'utiliser le modèle national d'avis d'appel public à la concurrence pour les marchés en dessous de 90000 euros HT et pour les publications complémentaires (voir l'arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du Code, en cahier «Textes officiels» de ce numéro). Pour les marchés supérieurs aux seuils communautaires, soit 4845000 euros HT en travaux, la publication au BOAMP et au JOUE s'effectue selon les seuls modèles d'avis européens.

Et aussi...

De nombreuses autres modifications méritent l'attention. En voici les principales:
- La constitution de groupements conjoints d'entreprises est facilitée pour les accords cadres et marchés à bons de commande.
- La reconduction devient tacite, sauf stipulation contraire du marché.
- Les modalités de variation des prix sont clarifiées: les tranches conditionnelles sont actualisables, et la possibilité d'inclure une partie fixe dans les clauses de révision de prix de l'article 18-V du Code est mentionnée.
- L'article 56 relatif à la dématérialisation est entièrement mis à jour, et le recours possible au système d'acquisition dynamique est étendu aux «services courants».
- La possibilité de déroger au respect du délai de suspension de signature d'un marché est réécrite pour prendre en compte la censure récente du Code par le Conseil d'Etat.
- La prise en compte de la diversité en matière sociale a finalement disparu du décret modificatif. En revanche, la dimension locale fait son entrée dans la sélection des offres, mais elle est limitée à l'approvisionnement direct de produits agricoles.

Enfin, la partie du Code relative aux entités adjudicatrices ainsi que des textes annexes (décrets d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005, décret en matière de délais de paiement...) sont dépoussiérés.

■ *Dossier réalisé par Sophie d'Auzon avec Elodie Cloâtre*

EN SAVOIR PLUS

Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011: publié en cahier «Textes officiels» de ce numéro.

Analyse détaillée des dispositions du décret par Jean-Marc Peyrical dans «Le Moniteur» du 16 sept.

Plus d'informations et de réactions sur le site www.lemoniteur.fr

CE QU'EN PENSENT LES PROFESSIONNELS

«Nous dénonçons une utilisation excessive des contrats globaux»


SYNTEC-INGENIERIE

L'introduction de contrats globaux assortis d'une obligation de performance est une source d'insécurité juridique, car la notion «d'engagements de performance mesurables» n'est pas définie. De plus, nous dénonçons l'utilisation excessive des contrats globaux, qui risque d'aboutir à la disparition de l'indépendance de la mission de maîtrise d'œuvre. Et, à terme, à l'exclusion des métiers de l'ingénierie du champ des marchés publics. Nous souhaitons aussi une modernisation des procédures classiques de passation.

KARINE LEVERGER, déléguée générale de Syntec-Ingénierie

«Les contrats globaux permettent de valoriser toutes les performances»


EGF-BTP

Nous sommes satisfaits du nouveau texte: il rééquilibre le Code des marchés publics. Dans la continuité des lois Grenelle qui préconisent une globalisation de l'opération de construction pour favoriser le développement durable, le Code se dote de nouveaux contrats globaux liés à la performance. Cerise sur le gâteau, ces contrats permettent de valoriser toutes les performances, au-delà du volet énergétique. Par ailleurs, la possibilité de remettre une variante sans offre de base va stimuler l'innovation et la concurrence.

XAVIER BEZANÇON, délégué général d'EGF-BTP

«L'accès direct des PME aux marchés publics est de plus en plus menacé»


SNSO

Depuis plusieurs années, le gouvernement détricote le principe de l'allotissement par l'extension de la conception-réalisation, le recours inconsidéré aux contrats de partenariat ou la dispense d'allotir accordée aux offices d'HLM. Aujourd'hui, il autorise le recours aux marchés globaux dès lors qu'il y a un engagement de performance, avec une rédaction si floue qu'elle généralise la possibilité de déroger à l'allotissement! Cela écarte de plus en plus les PME d'un accès direct à la commande publique et les réduit à la sous-traitance.

RENAUD MARQUIÉ, délégué général du Syndicat national du second œuvre (SNSO)

«Les variantes sans offre de base risquent de nuire à l'égalité de traitement des candidats»


FFB

Nous déplorons que les variantes puissent être proposées désormais sans offre de base. En effet, les entreprises redoutent déjà la comparaison des mémoires techniques. Elles vont maintenant craindre d'être de plus confrontées à des entreprises proposant une variante sans chiffrer l'offre de base, ce qui pourra nuire à l'égalité de traitement des candidats. Nous nous inquiétons également de la possibilité de recourir à des marchés globaux de performance, potentiellement dangereux pour les PME.

FRANÇOIS ASSELIN, président de la commission marchés de la FFB

«Le dialogue compétitif garantit mal le respect de la propriété intellectuelle»


CH. DEMONFEAUCON/CNOA

Nous regrettons que les marchés de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager puissent désormais être passés selon la procédure du dialogue compétitif. Complexe et onéreuse, cette procédure que nous avons toujours combattue garantit mal le respect de la propriété intellectuelle. Nous avons cependant obtenu deux garde-fous: l'introduction d'un jury dans cette procédure, et le versement obligatoire d'une prime dont le montant est encadré.

LIONEL CARLI, président du Conseil national de l'ordre des architectes

«Nous saluons les précisions apportées aux marchés sans formalités préalables»


AACT

Les possibilités de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence prévues à l'article 28 sont précisées, ce qui est de bon ton pour les praticiens. C'est toujours rassurant d'avoir un cadre écrit sur lequel s'appuyer. Mais il ne faut pas s'engouffrer systématiquement dans les cas de dispense, et appliquer à tour de bras la théorie des formalités impossibles ou celle du produit unique ou exclusif. Nous invitons les praticiens à conserver les éléments qui ont motivé leur choix dans un souci de transparence vis-à-vis des acteurs de la commande publique.

ALAIN BÉNARD, vice-président de l'Association des acheteurs des collectivités territoriales (AACT)