

Chronique de droit public de la régulation économique n° 3, par Bertrand du MARAIS¹

UN NOUVEAU DROIT DES MARCHES PUBLICS APRES LE DECRET DU 7 MARS 2001 ² ? PREMIERE PARTIE : CONTEXTE ET PRINCIPES GENERAUX DE LA REFORME : LA SIMPLIFICATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Marchés publics : Champ d'application - Marchés publics : Procédure – Réforme du code des marchés publics

I - Le contexte de la réforme	3
II - Le premier objectif de la réforme : la simplification	6
II.1 - Simplifications formelles	6
II.2 - Unification du champ d'application	6
II.3 - Unification des procédures	7
II.4 - Extension des « marchés sans formalités préalables »	7
II.5 - Création de la « mise en concurrence simplifiée »	8
II.6 - Simplification de l'organisation de la fonction achat	10
II.7 - Simplifications de l'accès à la commande publique au profit des PME.....	10
II.8 - Mesures en faveur de l'ensemble des entreprises	11
Annexe1: Seuils applicables aux procédures de droit commun des marchés publics	13
Annexe 2 : Tableau de concordance (ancien code-nouveau code).....	14
Annexe 3 : Tableau de concordance (nouveau code-ancien code).....	25

Le décret du 7 mars 2001, avec les quelques dispositions législatives incluses dans la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite « loi MURCEF », constituent une refonte en profondeur du droit des marchés publics.

Bien qu'ayant déjà fait l'objet de plusieurs commentaires en doctrine ³, il n'est pas inutile de revenir sur ce texte puisqu'il va considérablement bouleverser, sinon le

¹ Maître des Requêtes au Conseil d'État. Les propos tenus dans la présente chronique, ainsi que les erreurs qui y subsisteraient, n'engagent que leur auteur.

² Décret 2001-210 du 7 mars 2001 *portant code des marchés publics*, JO du 8 mars 2001, p 3700 et annexe, p 37003 MP – 370026 MP

fond du droit des marchés publics, du moins la pratique et les références en la matière.

En vertu de l'article 1^{er} du décret, le nouveau code qui figure en annexe à s'applique à partir du 8 septembre 2001, à l'exception de son article 27, relatif au mode de computation des seuils qui permettent de discriminer les différentes procédures et qui s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2002.

Pour les opérations déjà lancées, l'article 3 du décret prévoit l'application des dispositions de l'ancien code pendant la période transitoire : pour ce qui concerne leur exécution, aux marchés notifiés avant le 8 septembre 2001 ; pour ce qui concerne les seules dispositions relatives à leur passation, aux marchés ayant fait l'objet d'un acte de mise en concurrence avant le 8 septembre 2001.

Le décret du 7 mars 2001 s'inscrit dans une longue tradition de réformes (Paragraphe 1). Toutes visaient, déjà, les trois même objectifs : simplifier, moderniser et ouvrir davantage la commande publique aux PME. Les dispositions du nouveau code seront examinées à l'aune de ces objectifs initialement affichés : simplification (Paragraphe 2) et modernisation (Paragraphe 3). Compte tenu des conséquences induites par les améliorations qu'il apporte, en particulier en termes de sécurité juridique des transactions et des acteurs de la commande publique, le nouveau code sera aussi évalué en termes d'efficience de la commande publique (Paragraphe 4). Cette première partie traitera des deux premiers aspects.

³ Voir notamment : Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, « La réforme du Code des marchés publics », *Les Notes Bleues de Bercy*, 204, 1^{er} au 15 avril 2001, p. 1-8 ; « Réforme du code des marchés publics », numéro spécial, *Bulletin juridique des contrats publics*, 16, mai 2001 ; P. Cambot, « Le nouveau code des marchés publics : vers moins de formalisme et plus de garanties », *Lamy Droit public des affaires*, 47, mai 2001, p. 7 – 11 ; M. Guibal, « Un nouveau Code des marchés publics ? », *AJDA*, 2001, p. 361 – 366 ; M. Guibal, « A la recherche du nouveau code des marchés publics », *JCP Ed. G*, 24, 13 juin 2001, I 327, p. 1153-1157; F. Olivier, « Le nouveau droit des marchés publics - Une lecture pratique », *Droit adm.*, 7, juillet 2001, p 4 – 10 ; G. Pancrazi, « Commentaire sur le nouveau Code des marchés publics (décret du 7 mars 2001) et ses effets sur le délit de favoritisme (article 432-14 du code pénal) », *Gazette du Palais*, 19-20 septembre 2001, p. 2-45 ; D. Peljak, « La réforme des marchés publics et les groupements d'achats locaux », *AJDA*, 2001, p. 927-932 ; S. Pignon et D. Bandet, « Le nouveau Code des marchés publics : quelques éclairages pratiques », *AJDA*, 2001, p. 367 – 375 ; A. Taillefait, « Le nouveau droit des marchés publics – Les aspects financiers et comptables », *Droit adm.*, 7, juillet 2001, p 11 – 15 ; P. Zavoli, « Le champ d'application et les procédures de passation du nouveau code des marchés publics », *Lamy Droit public des affaires*, 47, mai 2001, p. 1 – 7.

I - LE CONTEXTE DE LA REFORME

La récente réforme s'inscrit dans une longue série de modifications de la réglementation de l'achat public au cours de ces dix dernières années. Ainsi peut-on citer plusieurs étapes législatives successives.

- La loi 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de passation des marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence* transpose certains éléments des directives communautaires et renforce les contrôles sur l'exécution des marchés publics. Elle instaure d'une part la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (MIEM), visée par les articles 119 à 125 du nouveau Code des Marchés Publics. L'article 7 de la loi de 1991 créait d'autre part une incrimination pénale nouvelle dont les acteurs de la commande publique n'ont pas fini d'évaluer tous les effets: le délit de favoritisme (art. 432-14 du code pénal).

- La loi 92-10 du 4 janvier 1992 *relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures de travaux* poursuit également la transposition des textes communautaires, et notamment ceux relatifs aux recours (directive 89/665 du 21 décembre 1989 pour les secteurs classiques et directive 92/13 du 25 février 1992 pour les services en réseaux, dits secteurs « exclus » ultérieurement codifiée par la directive 93/38 du 14 juin 1993). Cette loi de 1992 institue ainsi la procédure de « référé pré contractuel », codifiée aux articles L 22 et L 23 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, aujourd'hui repris aux art. L 551-1 et L 551-2 du code de justice administrative.

- La loi du 92-1282 du 11 décembre 1992 *relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* soumet aux procédures de publicité et d'appel à concurrence, les EPIC et les organismes privés gestionnaires d'un SPA ou d'un SPIC qui interviennent dans un des secteurs dits « exclus » (grands services publics en réseau);

- La loi 93-122 du 23 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique* (dite "Loi Sapin") étend notamment le champ d'application du code des marchés publics aux sociétés d'économie mixte gestionnaire d'un service public et aux organismes privés d'HLM (art. 48).

- La loi 93-1416 du 29 décembre 1993 *relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* étend le référé précontractuel aux contrats dans les secteurs dits « exclus » et instaure un référé précontractuel devant le juge judiciaire, qui est le pendant devant ce juge, de l'article ex-L. 22 du code des tribunaux administratifs .

- La loi 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public* élargit, en matière de marchés publics, les pouvoirs d'investigation des chambres régionales des comptes. Elle durcit les peines qui répriment le délit de favoritisme. Elle crée dans la loi du 29 janvier 1993 un article 49-1 qui encadre les

avenants aux marchés publics. Ces avenants doivent obligatoirement être examinés par la commission d'appel d'offres lorsqu'ils représentent plus de 5 % du montant du marché initial.

- La loi 97-210 du 11 mars 1997 *relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal* crée une obligation légale pour tout candidat à un contrat de marché public ou de délégation de service public, de prouver son absence de condamnation en matière de travail illégal.

- Enfin, il faut citer les textes assurant la transposition laborieuse – et néanmoins tardive sur de nombreux points - des directives européennes relatives aux marchés publics dans leur version établie au début des années 1990. Cette transposition conduit à une succession de textes. La loi 97-50 du 22 janvier 1997 *complétant, en ce qui concerne certains contrats de services et de fournitures, la n° loi 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence et la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* assure notamment la transposition de la Directive « Services » 92/50 du 18 juin 1992. Plusieurs décrets (98-111, 98-112 et 98-113 du 27 février 1998) viennent également compléter cette transposition.

Naturellement, la partie réglementaire du droit des marchés publics a subi dans la même période de nombreuses modifications, qu'il serait trop fastidieux de retracer ici.

Cette longue litanie de textes montre bien que le droit des marchés publics a constitué au cours de la dernière décennie un domaine très bouleversé, sujet à la fois de polémiques médiatiques et de tentatives successives de réforme en profondeur. Ainsi, au milieu des années 1990, une importante mission parlementaire de concertation et de réflexion devait-elle déboucher sur une proposition de réforme d'ensemble par la voie législative ⁴. Le projet de loi alors déposé sur l'initiative du ministre M. Yves Galland ne devait cependant pas résister la dissolution du Parlement du printemps 1997.

Le chantier fut repris par le nouveau Gouvernement, qui soumis à concertation publique un « document d'orientation sur la réforme du code des marchés publics » au printemps 1999 ⁵. Ce document annonçait un projet de loi. Ce fut finalement la voie réglementaire qui fut choisie, avec quelques dispositions législatives incorporées dans la loi « MURCEF ».

Comme cela est souvent le cas, cette "inflation normative" traduit malheureusement des difficultés de plusieurs ordres. Elle est à la hauteur de la peine que rencontrent la classe politique et le milieu administratif à les surmonter.

⁴ A. Trassy-Paillogues, *Mission parlementaire sur la réforme des marchés publics*, 8 mars 1996, ronéo.

⁵ Publié par exemple dans *La Gazette*, 7 juin 1999, p. 44 – 52.

D'une part, en matière de marchés publics, le pouvoir normatif échappe largement aux autorités nationales. Celles-ci doivent donc procéder à la transposition successive des directives communautaires. Le retard entre les deux processus normatifs est de nature à brouiller le droit applicable et à fragiliser la sécurité juridique des transactions.

À cet égard, les trois directives relatives aux marchés publics de services, de fournitures et de travaux, codifiées en 1993⁶, sont déjà aujourd'hui en cours de révision.

Le projet de la Commission consiste notamment à les fusionner, à assouplir certaines de leurs dispositions, notamment en relevant les seuils et en créant une nouvelle procédure de « dialogue compétitif ». Le projet de nouvelle directive vise également à moderniser le droit communautaire en intégrant des critères environnementaux et sociaux et en facilitant la passation des marchés par voie électronique⁷. Si le nouveau code comprend déjà certains des éléments contenus dans ces propositions, ceci laisse néanmoins présager sa prochaine modification...

D'autre part, le domaine des marchés publics soumet le personnel politique français à des contradictions qui transcendent les clivages partisans. Ces conflits nécessitent de prendre des responsabilités tranchées, ce qui n'est jamais chose simple. Cela est particulièrement le cas depuis la loi d'amnistie de 1990. Celle-ci fut votée à l'issue d'une première vague d'affaires pénales dues au détournement de marchés publics afin de financer les partis politiques. La récurrence, depuis, des « affaires » n'est pas de nature à faciliter la réforme du droit de la commande publique qui nécessite au contraire une grande sérénité, compte tenu de la technicité de la matière.

La complexification du droit traduit enfin la pluralité d'objectifs assignés à un même instrument juridique. Des objectifs purement conjoncturels – par exemple, transposer le droit communautaire – y côtoient d'autres plus fondamentaux, qui parfois apparaissent contradictoires – simplifier tout en durcissant les modalités de contrôle, par exemple.

⁶ Directives du Conseil « portant coordination des procédures de passation des marchés publics » : de service (92/50/CEE du 18 juin 1992), de fournitures (93/36/CEE du 14 juin 1993), de travaux (93/37/CEE du 14 juin 1993) et dans les secteurs spéciaux (93/38/CEE du 14 juin 1993).

⁷ Voir Com(2000)275 et COM(2000)276 du 10 mai 2000, publiées au JOCE, 30 janvier 2001 et R. Wainwright, « Marchés publics, refonte des directives », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 449, juin 2001, p. 394 – 399.

II - LE PREMIER OBJECTIF DE LA REFORME : LA SIMPLIFICATION

II.1 - Simplifications formelles

L'effort de simplification apparaît tout d'abord dans la présentation formelle du nouveau code des marchés publics. Le nouveau texte est ainsi réduit par rapport au précédent, passant de 31 chapitres et près de 400 articles à 136 articles répartis en six titres et 22 chapitres. Cependant, cette réduction est plus que cosmétique : elle traduit en effet une unification du champ d'application du nouveau code des marchés publics et de ses procédures.

Cette présentation se veut également plus pédagogique. Le nouveau code suit en effet un plan séquentiel, selon les différentes étapes de la procédure d'achat ⁸.

II.2 - Unification du champ d'application

Le code précédent distinguait selon les différents types de collectivités publiques. Les dispositions du nouveau code sont au contraire unifiées, et couvrent pour la plupart l'ensemble du champ d'application *ratione personae* des marchés publics tel qu'il est défini à l'article 2 : l'Etat, ses EPA, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

A cet égard, il faut noter que les EPIC de l'Etat restent exclus du champ du nouveau code des marchés publics (1° de l'art. 2-I), comme ils l'étaient dans l'ancien code (ex-art. 39, notamment). Au contraire, les EPIC des collectivités locales – comme leurs EPA – sont régis par le droit commun du code.

En qualité de « pouvoir adjudicateur » au sens des directives communautaires, les EPIC de l'Etat restent néanmoins soumis aux grands principes de l'achat public, qui doivent donc inspirer leurs règlements internes d'achats ⁹. Lorsque ces EPIC interviennent dans les secteurs dits « exclus », ils doivent appliquer les procédures particulières de publicité et de mise en concurrence transposées en droit interne, notamment par la loi du 11 décembre 1992.

Les EPA de l'Etat peuvent également faire l'objet de mesures dérogatoires (art. 2-II). Comme établissements publics de l'Etat ou des collectivités territoriales, les établissements publics hospitaliers sont également concernés par le nouveau code, et sont régis par les règles applicables à leur collectivité de tutelle.

⁸ Voir ci-joint [la table de concordance des articles](#) du nouveau et de l'ancien code, et [la table de concordance inversée](#) de l'ancien vers le nouveau code. Source : ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (www.finances.gouv.fr)

⁹ Par exemple, pour le Centre national d'études spatiales, EPIC par la loi, les règles de passation des marchés sont fixées par délibération du conseil d'administration et « s'inspirent de la réglementation des marchés de l'Etat » (art. 9 de l'arrêté interministériel du 20 juillet 1990 *relatif aux modalités de fonctionnement du Centre national d'études spatiales*).

Le mandataire d'un des organismes publics soumis au code y est également soumis, éventuellement avec certaines dérogations (2° de l'art. 2-I). En revanche, le cas des groupements d'intérêt public (GIP), formule en plein développement, n'est pas précisé.

Au-delà de cette unification du champ d'application, les auteurs du nouveau code ont également procédé à une simplification drastique, d'une part par l'unification de certaines procédures qui conduit à l'extension des procédures « sans formalités préalables », et d'autre part, par la création d'une nouvelle procédure de « mise en concurrence simplifiée ».

II.3 - Unification des procédures

L'unification des procédures est sensible, comme le montre la diminution du nombre des seuils qui les distinguent – voir en [annexe I](#) une comparaison des principaux seuils définis par l'ancien et le nouveau code.

Devrait également faciliter le travail des acheteurs publics, la fixation de ces seuils pour des montants hors taxes et leur cohérence avec les seuils définis par les directives communautaires.

En fixant ces seuils, le pouvoir réglementaire, suivant en cela le législateur européen, a souhaité en outre ménager un régime favorable aux collectivités territoriales. En effet, le seuil maximum de l'applicabilité de la procédure de « mise en concurrence simplifiée » est supérieur de près de 50 % à celui qui est applicable aux organismes d'Etat : 200.000 € HT pour les premières contre 130.000 € HT pour les derniers. L'existence et le montant de ces deux seuils sont d'ailleurs conformes à la proposition de réforme des directives communautaires.

Par ailleurs, la définition du champ d'application *rationae materiae* de la procédure sommaire des « marchés sans formalités préalables » devrait grandement alléger le formalisme applicable aux administrations locales.

II.4 - Extension des « marchés sans formalités préalables »

Cette unification des seuils s'accompagne en effet d'un relèvement sensible de leur montant. Ceci a notamment pour effet d'élargir considérablement le champ de la procédure la plus simple, des « marchés sans formalités préalables ».

Dans le cadre général des marchés d'un montant inférieur au seuil de 90.000 € HT (soit 706.000 F HT) défini à l'art. 28, cette procédure remplace celle dite des « travaux sur mémoire ou achats sur simple facture » de l'ex-art. 123, qui étaient alors limités à 300.000 F TTC.

Sachant que, selon les chiffres officiels, le montant moyen des marchés des collectivités territoriales s'élevait à 700.000 F en 1999, on perçoit ainsi l'allègement significatif des procédures que va procurer ce relèvement du seuil de 135%.

Les marchés sans procédures préalables s'appliquent également à des marchés de service spécifiques par leur nature, quel que soit leur montant. En vertu de l'art. 30, il s'agit des marchés : de prestations juridiques ; de services sociaux ou sanitaires ;

récréatifs culturels ou sportifs ; d'éducation ou de formation professionnelle ainsi que la représentation devant les tribunaux ¹⁰. Là encore, on remarquera que ce type de prestations concernent plutôt les collectivités locales. Elles font d'ailleurs souvent l'objet de contrats avec des partenaires associatifs.

Le même type de dérogation s'applique aux marchés de maîtrise d'œuvre inférieur au seuil de 90.000 €HT (art. 74-II-1).

Ces marchés sans formalités préalables sont ainsi exemptés de certaines obligations du code :

- Forme écrite, imposée par l'art. 11 ;
- Formalité de publicité et d'appel à concurrence ;
- Rapport de présentation aux instances de contrôle du marché (art. 75).

Toutefois, s'ils sont exemptés de la plupart des conditions formelles, ces marchés restent régis par les conditions de fond applicables à l'ensemble des marchés publics. Ils sont ainsi régis par les principes et règles générales édictés aux titres I et II du code, et notamment aux limitations portant sur la durée et le prix . Les marchés sans formalité préalable sont également soumis à la définition des critères d'attribution (art. 53) et à l'obligation d'adresser un avis d'attribution.

Inclus dans la même Section (« Absence de formalités ou modalités particulières de passation »), les marchés liés au « 1% culturel » font également l'objet de dispositions dérogatoires, et donc simplificatrices, qui seront précisées par un décret ultérieur (art. 31).

II.5 - Création de la « mise en concurrence simplifiée »

L'article 32 du décret du 7 mars 2001 crée une nouvelle procédure, dite de « mise en concurrence simplifiée ». Réservée aux opérations d'un montant inférieur à 130.000 € HT (pour l'Etat) ou 200.000 €HT (pour les collectivités locales), cette procédure fait appel au formalisme de l'appel d'offre : publicité dans au moins un journal d'annonces légales (art. 40-II) et mise en concurrence. Cependant, le choix du fournisseur se fait après négociation.

Cette procédure s'apparente à celle de « *competitive negotiation* » utilisée pour certaines opérations complexes à l'étranger, comme dans le cas de la PFI britannique ¹¹ ou, de façon plus proche, à la procédure d'attribution des délégations de service public régie par la « Loi Sapin » ¹². Elle reprend également la procédure de marché négocié avec publicité et mise en concurrence, prévue à l'ex-art. 104 – I – 10°.

¹⁰ Ce dernier point marque la consécration réglementaire de la jurisprudence CE, Ass. 9 avril 1999, *Toubol-Fischer*, *AJDA*, 1999, p. 776, chron. P. Fombeur et M. Guyomar.

¹¹ Voir P. Cossalter et B. du Marais, *La Private Finance Initiative*, Paris, Institut de la gestion déléguée, mars 2001, p. 68-70 et p. 84.

¹² Article 38 de la loi du 29 janvier 1993 et décret 93-471 du 24 mars 1993, intégrés pour les collectivités locales aux articles L 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

Il faut noter cependant que la mise en concurrence simplifiée se distingue de plusieurs façons des *procédures de marché négocié*, prévues par le nouveau code à l'article 35. Celles-ci restent, il faut le souligner, des procédures dérogatoires dont l'emploi doit donc être précisément justifiée. Par rapport à l'ancien code, le nouveau code restreint d'ailleurs les cas où elles peuvent être utilisées¹³.

D'une part, la mise en concurrence simplifiée consiste en une négociation véritablement compétitive. En effet, le code prend soin d'utiliser le pluriel pour souligner que, dans la mise en concurrence simplifiée, des négociations parallèles s'établissent avec « plusieurs candidats » (art. 32). De même, cette procédure s'établit sur la base d'une liste de candidats (« *short list* ») qui ne peuvent, sauf insuffisance d'entreprises intéressées, être inférieurs à trois (art. 57-I).

Il ne s'agit donc pas de la même négociation que dans un marché négocié, celle-ci pouvant éventuellement être menée avec un seul candidat (art. 34).

D'autre part, le champ des trois types procédures négociées n'est pas assorti de limites quantitatives¹⁴, mais défini exclusivement par la nature de l'opération, qui détermine alors onze cas de figure :

- Marchés après publicité et avec mise en concurrence préalable, dans les cas d'appel d'offres infructueuse (art. 35- I-1°), de fourniture d'un « prototype » (art. 35-I-2° et 3°) ;
- Marchés sans publicité mais avec mise en concurrence, dans les cas d'urgence ou de secret défense (art. 35-II-1° à 3°) ;
- Marchés sans publicité, ni mise en concurrence dans les cas des marchés complémentaires (art. 35-III-1°), de reconduction (art. 35-III-2°), liés à un concours (art. 35-III-3°) ou pour lesquels le fournisseur ne peut, mais pour des raisons objectives, qu'être unique (art. 35-III-4 reprenant l'ex-art. 104-II-1° et 2°).

Les mécanismes de transparence ne sont pas les mêmes. Si les négociations sont dans les deux cas menées par la personne responsable du marché, la commission d'appel d'offres joue un rôle différent. Pour la mise en concurrence simplifiée, et comme dans les procédures d'appel d'offres, la commission intervient à titre consultatif dans le cas de l'Etat (art. 57-II) ou attribue le marché elle-même dans le cas des collectivités territoriales (art. 57-III).

Dans le cas de marchés négociés, c'est la personne responsable du marché qui, dans tous les cas, attribue le marché. Cependant, pour les collectivités territoriales, la décision de principe de passer un marché négocié est subordonnée à un avis conforme de la commission d'appel d'offres (art 35-V).

Au-delà de la simplification des procédures elles-mêmes, le nouveau code contient certaines dispositions qui devraient faciliter l'organisation des acteurs de la commande publique, qu'ils soient au sein des organismes publics ou chez leurs fournisseurs.

¹³ Le nouveau code supprime ainsi les cas prévus à l'ancien art. 104-I, 7° à 11°.

¹⁴ Sauf pour les marchés complémentaires de fournitures, dont le montant doit rester inférieur à 130.000 €HT (Etat) ou 200.000 €HT (collectivités locales) : art. 35-III-1° a).

II.6 - Simplification de l'organisation de la fonction achat

Les formalités applicables aux *groupements de commandes* sont particulièrement assouplies (art. 8). Par rapport aux dispositions de l'ancien code (ex-art. 362 à 377), l'intervention d'une commission départementale de coordination des commandes et la désignation du coordonnateur par le préfet sont supprimées.

Le groupement d'achat devient une structure contractuelle légère, régie par sa convention constitutive qui identifie le coordonnateur. Le coordonnateur peut être désigné mandataire des membres du groupement, pour assurer l'ensemble des attributions des acheteurs publics, y compris dans l'exécution des marchés (art. 8-V).

Les opérations du groupement sont régies par les règles de droit commun du code applicables, selon le cas, aux administrations d'Etat ou aux collectivités territoriales.

Ces dispositions devraient faciliter le développement des groupements d'achats locaux, qui ne représentent qu'une part marginale de l'achat public (de l'ordre de quelques point de pourcentage, selon les différentes études disponibles). Si le gain financier du au regroupement des acheteurs publics n'est pas nécessairement énorme – également quelques points de pourcentage de la commande totale – la mutualisation de la gestion des achats peut dégager des gains de productivité significatifs dans les organisations publiques.

Par ailleurs, le code innove en permettant la coordination des achats des services qui disposent d'un budget propre au sein d'une même personne publique (art. 7). Cette disposition devrait notamment faciliter la mutualisation au niveau local des commandes des services déconcentrés de l'Etat.

II.7 - Simplifications de l'accès à la commande publique au profit des PME

Du côté des fournisseurs, le code vise clairement à faciliter l'accès des PME à la commande publique, au moyen de plusieurs mesures : l'encouragement apporté à l'allotissement, aux groupements et à la sous-traitance.

D'ailleurs, le nouveau code des marchés publics donne une définition juridique des PME. Il s'agit des entreprises dont l'effectif maximum est de 250 salariés, le chiffre d'affaires de 40 M € et qui ne sont pas des filiales à plus de 33 % d'une grande entreprise (art. 89)..

L'allotissement – la répartition d'un marché en plusieurs lots – est clairement défini (art. 10). Son utilisation relève de la discrétion de la personne responsable du marché, en fonction des avantages de cette formule.

Par rapport à l'ancien code, les procédures d'allotissement ou de marché unique sont présentées comme équivalentes. Si le seuil servant à définir la procédure est calculé à partir de la somme des lots, les marchés sont attribués lot par lot. Cependant, les rabais – les « offres variables » - ne sont pas possible en fonction du nombre de lots

obtenus (art. 10, al. 4). Le nouveau code a choisi là, la simplicité et la défense des intérêts des PME spécialisées au détriment de la rationalité financière.

Le pendant des groupements de commande, du côté des acheteurs publics, se trouve dans *le groupement de candidatures ou d'offres*. Ceux-ci sont facilités par les dispositions de l'article 51. Dans le silence du texte, il faut déduire a contrario de l'article 51-V que l'offre groupée devient la règle, l'acheteur n'ayant pas à l'interdire ou à la permettre formellement dans le règlement de consultation. En outre, les notions de groupement conjoint et de groupement solidaire sont dorénavant précisément définies. Dans le dernier cas, le mandataire d'un groupement conjoint n'est solidaire de la totalité des membres, dans l'exécution, que si le marché le prévoit. Une difficulté subsiste cependant pour le nantissement d'un marché qui fait l'objet d'un groupement solidaire : le nouveau code prévoit un « document unique » pour l'acte d'engagement (art. 51-III) et ce cas n'est pas réglé par les dispositions générales relatives au nantissement des marchés (art. 106 à 110).

Les dispositions du chapitre II du Titre IV ont également pour vocation de favoriser les PME, dans la mesure où elles interviennent souvent en qualité cette fois-ci de *sous-traitantes*. Comme antérieurement, le principe est, d'une part, l'agrément formel du sous-traitant par le pouvoir adjudicateur – qui éventuellement peut dorénavant tenir compte des « capacités professionnelles » - et d'autre part, l'acceptation de ses conditions de paiement (art. 112). D'autre part, la responsabilité de l'exécution du marché incombe toujours au seul titulaire (art. 113).

Pour les prestations supérieures à 600 €, le sous-traitant est payé directement (art. 115-I), en bénéficiant des mêmes conditions que le titulaire du marché (art. 116). De même, il peut nantir la quote-part du marché qui lui revient (art. 117).

II.8 - Mesures en faveur de l'ensemble des entreprises

A l'attention de l'ensemble des entreprises, le nouveau code facilite également *les formalités de présentation de leur candidature*. Ainsi, de façon relativement innovante en droit administratif, le nouveau code ne prévoit qu'un contrôle a posteriori de certaines conditions de nature fiscale et sociale qui régissent la possibilité de concourir. Les candidats n'auront qu'à fournir une attestation sur l'honneur du respect de leurs obligations. Seul le candidat finalement retenu aura à produire les pièces justificatives (art. 46).

Ces conditions d'accès à la commande publique restent cependant substantielles. Leur méconnaissance par le candidat retenu entraîne automatiquement son élimination et l'attribution du marché au candidat immédiatement suivant (art. 53-III).

Enfin, le nouveau code est particulièrement ambitieux en ce qui concerne le paiement des fournisseurs. Il supprime en effet la référence au délai de mandatement – envoi par l'ordonnateur de l'ordre de payer au comptable - pour y substituer le délai de paiement global (art. 96).

Ceci est beaucoup plus satisfaisant pour les partenaires des administrations, qui se voyaient souvent opposer, à leur détriment, le principe de la séparation de

l'ordonnateur et du comptable. Au délai impératif de mandatement de 35 jours pour l'Etat (ex-art. 178) et de 45 jours pour les collectivités locales (ex-art. 352 et 352bis), le nouveau code substitue un délai contractuel de paiement, encadré par une disposition réglementaire à venir. Il s'agit là d'une transposition de la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 *concernant les retards de paiement dans les transactions commerciales*, qui fixe un délai de droit commun maximal de 30 jours.

Tout d'abord, compte tenu de la directive et de l'article 54 de la loi 20-420 du 15 mai 2001 *relative aux nouvelles régulations économiques* (dite loi NRE), il faut entendre le délai de paiement qui sera fixé par voie réglementaire comme un délai maximal, et non supplétif. En outre, cette disposition revêt sa pleine efficacité dès lors que l'article 55 de la même loi rend le paiement d'intérêts moratoires automatique, dès le dépassement du délai de paiement. Le nouveau code paraît alors audacieux : les documents de présentation du nouveau code évaluent à 38 jours le délai moyen de paiement des administrations.

Toutefois, les garanties qu'il offre aux fournisseurs de l'administration ne sont pas certaines. Compte tenu des pratiques de la comptabilité publique, et comme auparavant, le fournisseur de l'administration n'a aucune prise sur les deux étapes du mandatement et du paiement. L'acheteur public ne maîtrise pas non plus totalement le passage entre ces deux phases. Les nouveaux principes affirmés par le décret du 7 mars 2001 pourraient, en définitive, déplacer le terrain des contentieux vers celui de la responsabilité respective de l'ordonnateur et du comptable. Ce dernier relève en effet de l'Etat pour les collectivités locales.

ANNEXE1: SEUILS APPLICABLES AUX PROCEDURES DE DROIT COMMUN DES MARCHES PUBLICS ¹

Ancien code			Nouveau code	
Plafond en Francs	Origine du seuil		Plafond en Euros (en Francs, arrondis)	Nature de l'opération et conséquences juridiques
	CEE	France		
300.000 F TTC		X	90.000 €HT (590.361 HT ; 706.000 TTC)	Achat sans formalité préalable (art. 28) : seules les obligations de principe générales doivent être respectées.
450.000 F TTC		X		
700.000 F TTC		X		
900.000 F HT	X		130.000 €HT (852.744 F HT ; 1.019.882 F TTC)	Mise en concurrence simplifiée des marchés de l'Etat (art. 32) : appel à concurrence et publicité dans un journal d'annonces légales
1.300.000 F HT	X		200.000 €HT (1.319.914 F HT ; 1.569.049 TTC)	Mise en concurrence simplifiée des marchés des collectivités territoriales (art. 32) : appel à concurrence et publicité dans un journal d'annonces légales
4.900.000 F HT	X		750.000 €HT (4.919.678 F HT ; 5.883.934 F TTC)	Appel d'offres obligatoire (art. 33). Pour tous les marchés : publicité obligatoire au BOAMP ; pour les marchés de fournitures et de service : double publicité obligatoire au JOCE (art. 40-III).
32.700.000 F HT	X		5.000.000 €HT (32.797.850 F HT ; 39.226.229 F TTC)	Pour les marchés de fournitures et de service : avis de préinformation adressé à l'Office des publications des CE (art. 39-I).
			> 5.000.000 €HT (32.797.850 F HT ; 39.226.229 F TTC)	Pour les marchés de travaux : avis de préinformation adressé à l'Office des publications des CE (art. 39-I) et double publicité obligatoire : au BOAMP et au JOCE (art. 40-III)

ANNEXE 2 : TABLEAU DE CONCORDANCE (ANCIEN CODE-NOUVEAU CODE)

NB : Le nouveau code des marchés publics étant issu d'une réforme en profondeur et non d'une simple codification, la concordance ne peut par définition être que partielle. On a donc simplement mis en parallèle les articles portant sur le même thème, sans préjudice du fait que le code initial a pu faire l'objet selon le cas de modifications plus ou moins substantielles, que certaines dispositions ne sont pas reprises et que de nouveaux mécanismes ont été institués.

Source : Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Articles de l'ancien code	Articles correspondants du nouveau code
1	1, 2
2	112, 113, 114
3	-
4	-
5	-
6	-
10	-
11	-
12	-
13	-
14	-
15	-
16	-
17	-
18	-
19	-
20	-
21	-
22	134
23	134
24	134
25	134
26	134
27	-
34	8, 9
34-1	7

35	136
36	136
37	136
38	1, 8, 40, 80, 81
38bis	42
38-1	120
38-2	120
38-3	120
38-4	121
38-5	122
38-6	123
38-7	124
38-8	125
39	1, 2, 11, 26, 78, 79
39-1	3
40	4
42	47
43bis	41
44	20, 48, 78, 79, 80, 81
45	11, 12
45bis	19, 118
46	48
46-1	1, 51
47	1
48	44
49	-
49-1	-
50	45
52	43
53	-
54	43
55	46
56	-
60	-
61	-

62	54
63	54
64	-
66	54
69	-
70	54
71	54
72	-
73	-
75	1, 5, 6
76	72
76bis	72
77	10
78	16, 17
79	17
80	18
81	49
82	-
83	21, 26
83-1	25, 38, 40, 71
84	-
85	-
86	-
87	-
88	-
89	-
90	-
91	-
92	-
93	33
94	58
94bis	58, 59
94ter	58, 59
95	1, 52, 53, 59, 60
95bis	50, 55, 59, 60

95ter	35, 59, 60, 76
96	61
96bis	61, 62
97	52, 62, 63
97bis	1, 53, 63, 64, 65
97ter	50, 55, 65
97quater	35, 65, 76
98	38, 71
99	24,36, 68
100	37, 70
103	34, 67
104	34, 35, 66, 67, 84
106	-
107	74
108	73
108bis	74
108ter	71, 74
109	-
110	-
111	-
112	13
113	13
122	-
123	28, 29
124	-
125	99
131	100
132	101
133	104
138	102
139	103
142	104
143	54
144	100
145	100

149	100
153	86
154	87
155	88
162	89
168	-
170	91
171	92
174	93
175	94
176	-
177	95
178	96
178bis	-
178ter	96
179	-
179bis	-
180	-
181	-
182	-
183	97
184	-
185	98
186	-
186bis	115
186ter	116
186quater	-
187bis	114
188	106
188bis	114
189	106
190	107
191	-
192	108
193	109

194	110
195	110
196	117
198	111
199	111
200	111
201	111
201bis	111
201ter	111
202	130
203	75
205	15
206	119
207	119
209	119
211	119
212	119
213	119
214	119
216	77
217	77
218	119
219	119
220	119
221	119
222	-
223	126
224	127
225	127
226	128
227	129
228	-
229	129
230	-
231	-

232	-
233	-
234	-
235	-
236	-
237	-
238	-
239	131
240	131
241	131
242	131
243	131
244	131
245	131
246	131
246-1	131
247	132
248	-
249	-
250	1, 2, 11, 26, 78, 79
250bis	3
252	47
253bis	41
254	20, 48, 78, 79, 80, 81
255	11, 12
255bis	19, 118
256	voir 46, 46-1, 47, 48
259	voir 49 à 60
260	-
261	54
262	54
263	-
265	54
266	-
267	54

268	54
269	-
270	-
272	5, 6
273	72
274	10
275	16
277	49
278	-
279	22, 26
279-1	25, 38, 40, 71
280	-
295	33
296	58
296bis	58, 59
296ter	59, 60
297	1, 52, 53, 59, 60
297bis	50, 53, 55, 59, 60
298	35, 59, 60, 76
298bis	61
299	61, 62
299bis	52, 62, 63
299ter	1, 53, 63, 64, 65
300	50, 53, 55, 65
300bis	35, 65, 76
302	25, 38, 71
303	24, 36, 68
304	37, 70
305	69
308	35, 66, 67
309	67, 84
310	35, 67
312ter	75
313	-
313bis	74

314	73
314bis	74
314ter	25, 38, 71, 74
315	-
316	-
317	-
318	13
318bis	13
320	-
321	28, 29
322	voir 125, 131, 132
327	voir 133, 139, 143, 144, 145, 149
335	86
336	- ; et voir 154
337	voir 155
339	voir 162
345	voir 168 à 174 et 176
350	94
352	voir 177, 178, 178bis, 179, 180, 181, 182 et 183
352bis	voir 178, 178 bis et 181
353	-
354	-
355	voir 186bis
356	voir 186ter
357	voir 178 et 182
360	voir 187 à 201ter
360-1	131
360-2	131
361	132
361-1	-
361-2	-
362	8
363	8
364	8
365	8

366	8
367	8
368	8
369	8
370	8
371	8
372	8
372bis	8
372ter	8
373	8
374	8
375	8
376	8
377	8
378	1, 2
379	3
379-1	3, 30
380	39, 40, 50, 80, 81
381	1, 39
382	80, 81
383	40, 61, 67
384	58
385	58, 61, 63, 67
385-1	71
386	76
387	40, 66
388	35
389	50, 53
389-1	-
390	51
391	82
392	82
393	82, 83
394	84
395	84

396	84
397	84
398	85
399	84

ANNEXE 3 : TABLEAU DE CONCORDANCE (NOUVEAU CODE-ANCIEN CODE)

NB : Le nouveau code des marchés publics étant issu d'une réforme en profondeur et non d'une simple codification, la concordance ne peut par définition être que partielle. On a donc simplement mis en parallèle les articles portant sur le même thème, sans préjudice du fait que le code initial a pu faire l'objet selon le cas de modifications plus ou moins substantielles, que certaines dispositions ne sont pas reprises et que de nouveaux mécanismes ont été institués.

Articles du nouveau code	Articles correspondants de l'ancien code
1	1, 38, 39, 46-1, 47, 75, 95, 97bis, 250, 272, 297, 299ter, 381
2	1, 39, 250, 378
3	39-1, 250bis, 378, 379, 379-1
4	40
5	75, 272
6	75, 272
7	34-1
8	34, 38, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 372bis, 372ter, 373, 374, 375, 376, 377
9	34
10	77, 274
11	39, 45, 250, 255
12	45, 255
13	112, 113, 318, 318bis
14	-
15	76, 205, 273
16	78, 275
17	78, 79, 171
18	80
19	45bis, 255bis
20	44, 254
21	83
22	279
23	-
24	99, 303
25	83-1, 98, 100, 108ter, 279-1, 302, 314ter
26	39, 83, 250, 279

27	-
28	123, 321
29	123, 321
30	379-1
31	-
32	-
33	93, 295
34	103, 104
35	95ter, 97quater, 104, 298, 300bis, 308, 310, 388
36	99, 303
37	100, 304
38	83-1, 98, 108ter, 279-1, 302, 314ter
39	380, 381
40	38, 83-1, 279-1, 380, 383, 387
41	43bis, 253bis
42	38bis
43	52, 53, 54
44	48
45	49, 49-1, 50, 60
46	55
47	42, 252
48	44, 46, 254
49	81, 277
50	95bis, 97ter, 297bis, 300, 380, 389
51	46-1, 390
52	95, 97, 297, 299bis
53	95, 97bis, 297, 297bis, 299ter, 300, 389
54	61, 62, 63, 64, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 143, 162, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 270
55	95bis, 97ter, 297bis, 300
56	-
57	-
58	94, 94bis, 94ter, 296, 296bis, 384, 385
59	94bis, 94ter, 95, 95bis, 95ter, 296bis, 296ter, 297, 297bis, 298
60	95, 95bis, 95ter, 296ter, 297, 297bis, 298
61	96, 96bis, 298bis, 299, 383, 385

62	96bis, 97, 299, 299bis
63	97, 97bis, 299bis, 299ter, 385
64	97bis, 299ter
65	97bis, 97ter, 97quater, 299ter, 300, 300bis
66	104, 308, 387
67	103, 104, 308, 309, 310, 383, 385
68	99, 303
69	101, 305
70	100, 304
71	83-1, 98, 108ter, 279-1, 302, 314ter, 385-1
72	76, 76bis, 273
73	108, 314
74	107, 108bis, 108ter, 181, 313bis, 314bis, 314ter
75	203, 312ter
76	95ter, 97quater, 298, 300bis, 386
77	212, 213, 214, 216, 217, 218, 219
78	39, 44, 250, 254
79	39, 44, 250, 254
80	38, 44, 254, 380, 382
81	38, 44, 254, 380, 382
82	391, 392, 393
83	393
84	104, 309, 394, 395, 396, 397, 399
85	398
86	153, 335
87	154, 336
88	155
89	162
90	-
91	170
92	171
93	174
94	175, 350
95	177
96	178, 178ter, 180
97	183

98	185
99	125
100	131, 144, 145, 149
101	132
102	138
103	139
104	133, 142
105	336, 352
106	188, 189
107	189, 190
108	192
109	193
110	194, 195
111	198, 199, 200, 201, 201bis, 201ter
112	2
113	2
114	2, 187bis, 188bis
115	186bis
116	186ter
117	196
118	45bis, 255bis, 179
119	206, 207, 209, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221
120	38-1, 38-2, 38-3
121	38-4
122	38-5
123	38-6
124	38-7
125	38-8
126	223
127	224, 225
128	226
129	227, 229
130	202
131	239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 246-1, 360-1, 360-2
132	247, 361
133	-

134	22, 23, 24, 25, 26
135	-
136	35, 36, 37