

MARCHÉS PUBLICS

Conclure un accord-cadre ou un marché à bons de commande

- **Il ne s'agit pas d'une complication supplémentaire mais de deux solutions distinctes pour gérer des rythmes et des quantités d'achats non connus à l'avance.**
- **Ces deux montages contractuels sont à coupler pour répondre à des besoins de gestion économique et budgétaire.**
- **Avec le Code 2006, le marché à bons de commande redevient simple à utiliser, même si le processus allégé de passation ne permet plus réellement d'optimiser les offres.**

L'instauration de l'accord-cadre et la simplification du marché à bons de commande constituent une véritable innovation de la réforme. L'harmonisation des directives européennes de 1993 (1), dans le cadre du décret 99-331 du 29 avril 1999, avait introduit un régime nouveau et complexe de marchés à bons de commande en remplacement des marchés à bons de commande avec maximum et minimum et des marchés de clientèle sans maximum ni minimum. La réforme de 2001 a complété ce dispositif et le Code 2004 a cherché à en clarifier les modalités. La réforme de 2006 introduit un nouvel outil contractuel – l'accord-cadre – tout en conservant partiellement le marché à bons de commande dans une version simplifiée. Cela semble un bon compromis entre, d'une part, la pratique française du marché à bons de commande et de la convention de prix en matière de coordination des achats publics et, d'autre part, la nécessité de transposer la directive européenne 2004/18/CE du 31 mars 2004.

CONTEXTE DE CES DEUX CONTRATS

L'accord-cadre: un outil optionnel de la directive du 31 mars 2004

Dans la directive européenne du 31 mars 2004, marchés à bons de commande et conventions de prix n'existent pas en tant que tels. Seule existe la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer différents ty-

pes d'accords-cadres auxquels se rattachent les marchés dits « fondés sur un accord-cadre ». Cette harmonisation n'est qu'une évolution terminologique et une simplification réglementaire. Ainsi, certains types de marchés à bons de commande sont désormais dénommés « accords-cadres » et leurs bons de commande se formalisent sous la forme de marchés dits « fondés sur un accord-cadre ».

Deux solutions contractuelles

L'harmonisation a introduit l'accord-cadre, mais seulement avec les règles d'exigences de la directive les plus simples à appliquer. Elle a conservé les marchés à bons de commande, en les simplifiant. Le terme d'« accord-cadre » figure désormais dans bon nombre d'articles de la première partie du Code, sur le même pied d'égalité qu'un marché. Tout acteur de la commande publique va disposer désormais d'un éventail plus large d'outils de gestion des commandes, soumis à des règles plus simples que celles de l'arti-

cle 71 du Code 2004 relatif au marché à bons de commande.

L'accord-cadre et le marché à bons de commande s'assimilent à une convention cadre du secteur privé. En revanche, ces contrats publics sont attribués à un ou plusieurs titulaire(s) suite à une des procédures de consultation autorisées et selon un formalisme imposé par le Code 2006. Ils peuvent être attribués à la suite d'une consultation préalable par appel d'offres, au terme d'une procédure négociée (à l'exclusion de l'article 35- I-4 et II-4, 5 et 6), d'un dialogue compétitif ou d'un concours. La définition des besoins doit être conforme à l'article 5, mais le dogme de la définition préalable semble ébranlé avec le Code 2006. Auparavant, une ambiguïté subsistait entre l'exigence préalable d'une définition totale des besoins pour tout marché et les marchés dits « fractionnés », au régime dérogatoire, où les besoins étaient intégralement exprimés lors de l'émission d'un bon de commande ou

L'ESSENTIEL

- ▶ **L'accord-cadre n'est qu'une nouvelle forme de marché à bons de commande permettant de préciser les besoins lors de la passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.**
- ▶ **La rédaction d'un accord-cadre n'est pas seulement une tâche juridique. Elle est aussi orientée vers un projet et une gestion des risques pour assurer une exécution opérationnelle.**
- ▶ **Ces outils nécessitent une simplification de la saisine des commissions d'appel d'offres dans le respect du Code.**

Par **DIDIER ADDA**

Conseil en propriété industrielle (juriste), ancien acheteur public

de l'affermissement d'une tranche conditionnelle. L'introduction du terme « accord-cadre » dans le nouveau texte de l'article 5 impose désormais que les besoins soient : ou bien définis préalablement dans leur intégralité dans le cadre d'un marché; ou bien définis définitivement lors de la notification de chaque marché fondé sur un accord-cadre, ou de chaque bon de commande d'un marché à bons de commande fondé ou non sur un accord-cadre, en vertu des articles 76 et 77 du Code 2006.

L'accord-cadre doit apparaître comme une solution simplificatrice, même si la mise en concurrence et l'attribution du marché peuvent alourdir le mécanisme. En contrepartie, ce nouvel outil d'achat nécessite, pour alléger la procédure, d'établir des règles simples pour la saisine de la commission d'appels d'offres (CAO) en ce qui concerne les marchés et les bons de commande inférieurs au seuil communautaire. De plus, une dérogation à l'exclusivité d'achat, commune à ces deux contrats, concerne les besoins occasionnels de faible montant (10000 euros HT) pouvant être commandés auprès d'autres fournisseurs pendant la durée de validité de l'accord ou du marché. Les marchés à bons de commande ont une contrainte complémentaire : une limitation à 1% du montant déjà commandé sur le marché.

LES CARACTÉRISTIQUES DE L'ACCORD-CADRE À LA FRANÇAISE

Selon l'article 1^{er} du Code 2006, « les accords-cadres sont les contrats conclus entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques publics ou privés, et ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».

Nombre d'attributaires

Alors que la directive européenne autorise la conception de trois types d'accords-cadres (2), les pouvoirs publics français n'en ont retenu que deux (3):

Les accords-cadres passés avec un seul fournisseur.

Tout accord-cadre attribué à un seul fournisseur permet à l'administration de passer des marchés fondés, avec la possibilité de demander au titulaire de l'accord de compléter son offre, sans pour autant en modifier substantiellement les caractéristiques. Néanmoins, il n'est pas interdit au titulaire de l'affiner pour la rendre économiquement plus avantageuse. Ce type d'accord semble destiné, par exemple, aux campagnes annuelles d'entretien, aux interventions pour des réparations d'urgence, aux achats de technologies fortement évolutives (micro-ordinateurs...) dont l'accord-cadre a défini les principales caractéristiques ou les caractéristiques minimum de type de produits, d'objet de l'accord, etc., mais aussi l'achat d'énergie non stockable selon le VIII de l'article 76 du Code 2006.

Les accords-cadres passés avec plusieurs fournisseurs.

Tout accord attribué à plusieurs fournisseurs permet à l'administration de les remettre en concurrence pour l'attribution des marchés dits « fondés » sur l'accord-cadre. Le nombre d'attributaires est au moins de trois, sous réserve que le nombre de candidats ou d'offres ait été suffisant. Lors d'une remise en concurrence – lors de la survenance du besoin ou selon une périodicité prévue par l'accord-cadre –, le pouvoir adjudicateur peut demander aux attributaires, dans le dossier de consultation, de préciser les caractéristiques et les modalités d'exécution du futur marché. En réponse, chaque titulaire de l'accord pourra proposer une nouvelle offre, à condition qu'elle soit conforme aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et aux documents de la consultation. Selon le Code 2006, ni le pouvoir adjudicateur ni l'un des attributaires de l'accord ne peuvent modifier substantiellement l'accord-cadre dans la rédaction du marché fondé sur l'accord, ou par l'offre du titulaire. Si la consultation concerne la fourniture de catégories de matériels, le fait que la réponse précise le modèle sans changer les caractéristiques minimum mentionnées dans l'accord semble

Un contenu rédactionnel identique

De façon schématique, tout accord-cadre, comme un marché à bons de commande, comprend les grandes catégories d'éléments contractuels suivants (cf. article 11 et 12 Code 2006):

CONTENU DU CONTRAT

- ▶ les mentions obligatoires de l'article 12 du Code des marchés publics;
- ▶ le montant s'il comprend un minimum et maximum en valeur ou quantités ou la mention « sans minimum et maximum »;
- ▶ la durée dans le respect des exigences du Code (accord-cadre article 76 et marché à bons de commande article 77);
- ▶ stipulations:
 - générales (complémentaires à celles mentionnées à l'article 12 du Code 2006) et complétées par des dispositions propres aux marchés publics;
 - spécifiques au domaine, avec des renvois au CCAG (si un CCAG est retenu);
 - particulières, à préciser dans chaque marché fondé sur un accord-cadre.

DISPOSITIONS RELATIVES A LA CONSULTATION DU OU DES FOURNISSEURS RETENUS (pour les marchés à bons de commande, cette rubrique est remplacée par le processus d'attribution sans consultation):

- ▶ déclenchement de la procédure: besoin et/ou périodicité, le nombre de lots;
- ▶ déroulement de la procédure;
- ▶ demande éventuelle de complément d'informations de la part des attributaires de l'accord-cadre;
- ▶ critères (non discriminatoires) de sélection des offres pour l'attribution du ou des marchés fondés sur l'accord.

tout à fait conforme et ce, même si la technologie est nouvelle. Ce type d'accord multi-attributaires semble destiné, par exemple, aux achats de papier, de technologies évolutives..., mais aussi à l'achat d'énergie non stockable. De plus, si le montant du marché fondé sur l'accord est supérieur au seuil de décision de l'assemblée territoriale, l'assemblée est compétente pour entériner la décision (4).

Attribution

La consultation pour l'attribution d'un marché fondé sur l'accord s'effectue lors de la survenance des besoins (avec de préférence une anticipation) ou, périodiquement, et ce, en respectant les exigences de l'article 76 III-4:

- ▶ Le délai accordé pour la réponse de chaque opérateur économique doit être adapté à la complexité des prestations attendues et au temps nécessaire à la transmission des offres, selon le Code 2006, mais aussi au type d'achat, aux usages de la profession, aux périodes de congé et de jour fériés. Un délai raisonnable pourrait être de quinze jours, par exemple, pour s'aligner sur le délai minimal de formulation des

offres finales dans le dialogue compétitif.

- ▶ La transmission des offres s'effectue par tout moyen, y compris par voie électronique.
- ▶ Le contenu des offres reste confidentiel jusqu'à la date limite de réception des offres (de préférence sans les ouvrir).

L'attribution de chaque marché fondé sur l'accord s'effectue en faveur du ou des titulaires de l'accord dont l'offre est économiquement la plus avantageuse, sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord.

Durée

Les accords, comme leurs marchés fondés sur l'accord, sont soumis à des exigences de durée pour respecter les règles de remise en concurrence périodique. Ainsi, la durée limite de validité de l'accord ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. De même, les consultations pour l'attribution des marchés fondés sur l'accord

s'effectuent uniquement pendant la durée de validité de l'accord. Enfin, la durée d'exécution d'un marché fondé devrait être, selon le Code 2006, la durée habituelle d'exécution d'une telle prestation, sans aller toutefois au-delà de la période de validité de l'accord.

Elaboration

Les accords-cadres sont des contrats formalisés et donc écrits. Les marchés dits fondés sur un accord-cadre sont aussi des documents écrits précisant les caractéristiques et les modalités d'exécution qui n'ont pas été fixées dans l'accord. La rédaction d'un accord pourrait apparaître différente de celle d'un marché à bons de commande ou à tranches conditionnelles pour des projets similaires qu'ils soient attribués à un ou plusieurs opérateurs. Or, leur élaboration (CCAP et CCTP, annexes...) n'est pas plus complexe que celle de n'importe quelle convention cadre du privé (en dehors de certains aspects législatifs et réglementaires afférents à la commande publique). Il en est de même des marchés fondés qui pourraient être formalisés sous forme de bon de commande.

LES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ À BONS DE COMMANDE Une forme particulière d'accord-cadre européen

Un marché à bons de commande devient désormais, selon le Code 2006, un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. Ainsi, l'accord-cadre communautaire s'appelle aussi, avec le Code 2006, un marché à bons de commande et les marchés fondés sur l'accord, des bons de commande.

Les règles relatives au montant, à la durée, à la rédaction contractuelle sont les mêmes que pour l'accord-cadre. La différence réside dans l'impossibilité de consulter le ou les titulaires ou de modifier le processus de passation des bons de commande car tout doit être inscrit dans le marché (à l'exception de la survenance de l'émission des bons de commande).

La complexité de ces marchés réside dans le processus d'attribu-

tion du bon de commande. Même pour un seul titulaire, il n'est pas toujours aisé, par exemple, de pouvoir procéder à des calculs tarifaires dans le domaine de l'énergie ou des pièces détachées. De même, il est parfois nécessaire d'obtenir des précisions techniques dans le domaine des pièces détachées ou de la connectique. Pour de tels calculs ou demandes de précisions, le Code 2006 n'interdit pas de vérifier, en commun avec l'attributaire, la réalité de la demande de l'acheteur avant la commande. En revanche, la renégociation reste interdite. S'il y a plusieurs titulaires, le processus devient complexe car il faut définir, dès la rédaction du marché, les modalités et les critères d'attribution des bons de commande. Cette approche nécessite d'introduire dans le dossier de consultation des opérateurs économiques une grille tarifaire de réponse par composante et par quantité (travaux, produits ou services), notamment pour optimiser le dépouillement et classer par ordre chaque composante, en fonction du prix (notamment par quantités, niveau de qualité et délais d'exécution). Ce processus est tout à fait adapté à des travaux de menu entretien, des travaux d'imprimerie, des achats de fournitures de bureaux. Les prix par quantités varient souvent en fonction de la taille des fournisseurs.

Marché à bons de commande fondé sur des accords-cadres

Une particularité du Code 2006 réside dans la possibilité, un peu étonnante au premier abord, de cumuler un accord-cadre avec un

► **Textes officiels:** articles 1^{er}, 5, 10, 11, 12, 76 et 77 du Code des marchés publics 2006; articles 1^{er}, 9, 11 et 32 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

► **Articles du «Moniteur» :** «Les accords-cadres», 18 août 2006, p. 44; «Accord-cadre: un nouvel instrument pour gérer des règles bien connues», 7 juillet 2006, p. 88.; «Allotissement: mode d'emploi», 30 juin 2006, p. 84; «Pièces constitutives: des précautions s'imposent», 21 avril 2006, p. 114.

► **Fiche pratique sur la flexibilité des commandes:** «Le Moniteur» du 25 août 2006, p. 47.

► **«Contrats publics» :** «Pièces constitutives du marché : des documents contractuels indispensables », n° 53, mars 2006, p. 53 et s.

marché à bons de commande. Ce dernier devient alors un marché fondé sur l'accord, sachant que le marché à bons de commande s'attribue selon les règles prévues à l'article 76 du Code 2006 et s'exécute selon les règles des marchés à bons de commande prévues par l'article 77.

Ce type de montage un peu complexe pourrait devenir simplificateur pour les grands acheteurs ou les groupements d'achat qui feraient des attributions périodiques de marché à bon de commande fondé sur un accord-cadre, avec une simplification du processus de commande pour les services acheteurs (déconcentrés).

Allotissement et accord-cadre

Le Code 2006 contient aussi une grande transformation au niveau de l'allotissement (article 10). Tout marché ou accord-cadre est désormais mis en concurrence et attribué en lots sauf si la dévolution ne peut être faite que globalement. Cette modification majeure dans la procédure de consultation et de dévolution devrait engendrer une proportion non négligeable d'attribution d'accords allotis.

L'allotissement engendre une autre conséquence en matière d'accord-

cadre, qui ne se retrouve pas dans le marché à bons de commande, et qui est due à la procédure de remise en concurrence pour attribuer chaque marché fondé. En effet:

► Si la remise en concurrence intervient lors de la survenance du besoin, seuls les opérateurs des lots concernés par le futur marché fondé sont consultés.

► Si la remise en concurrence est périodique pour l'attribution des futurs marchés, tous les attributaires sont consultés.

L'accord-cadre et le marché à bons de commande ne constituent donc pas une complication supplémentaire, mais bien une simplification, même si la mise en concurrence et l'attribution des marchés fondés sur l'accord alourdissent un peu le mécanisme, tout en le rendant plus opérationnel, et même si le processus allégé de passation de bons de commande ne permet plus d'optimiser les offres.

(1) La directive 92/50/CEE et les directives 93/36/CEE et 93/37/CEE abrogées par la directive 2004/18/CE à l'exception de l'article 41 de la directive 92/50/CEE et Décret 99-331 du 29 avril 1999 (JO du 2 mai 1999).

(2) La directive 2004/18/CE a institué l'accord-cadre de façon facultative.

(3) Le troisième type est le marché à bons de commande version Code 2006.

(4) Voir le manuel d'application du Code publié, avec le CMP 2006, dans «Le Moniteur» du 11 août 2006, cahier détaché n°2.

Correspondance entre directive européenne 2004 et Code 2006

Accord-cadre : directive européenne			Transposition Code 2006
Signataires de l'accord-cadre	Concurrence	Périmètre rédactionnel	
1 seul fournisseur	Sans remise en concurrence	Intégralité des termes de chaque marché dans l'accord-cadre (sans possibilité de demande de modification ni nouvelle offre)	Marchés à bons de commande
		Nécessité de précision des termes de l'accord-cadre dans chaque marché	Accord-cadre
Plusieurs fournisseurs	Sans remise en concurrence	Intégralité des termes de chaque marché dans l'accord-cadre (sans possibilité de demande de modification ni nouvelle offre)	Marchés à bons de commande
	Avec remise en concurrence	Avec possibilité ou non de préciser l'accord ou l'offre mais demande d'optimisation de l'offre	Accord-cadre



Les professionnels réagissent

Le Code des marchés publics 2006 est entré en vigueur le vendredi 1er septembre. Le « Moniteur » a voulu savoir ce qu'en pensent les principaux intéressés. Chaque semaine dans cette page, les professionnels réagissent et soulignent quels sont, à leurs yeux, les principaux points positifs et négatifs du texte.

«Des signes forts pour les PME mais l'ensemble reste timide»

+ Le nouveau Code se présente, pour les PME, comme un instrument qui devrait leur favoriser l'accès aux marchés publics. Premier avantage, l'allotissement devient la règle. Ensuite, le régime des groupements est amélioré. Les entreprises groupées peuvent en effet «sauver» leur candidature en proposant un ou plusieurs sous-traitants en cas de défaillance de l'une d'entre elles en cours d'appel d'offres. Or les groupements sont un outil essentiel pour emporter des appels d'offres en unissant ses forces. Enfin l'article 60 du Code autorise les maîtres d'ouvrage à fixer un nombre minimal de PME candidates en appel d'offres restreint. Nous ne sommes pas encore dans un système de quotas à l'américaine, cela relève plutôt du code de bonne conduite. Mais ce sont des signes forts pour les PME.



AGNÈS BRICARD, présidente du club secteur public du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables

- L'ensemble demeure assez timide. Le Code souffre de contradictions, de mesurette. Cela est dû en grande partie aux limites posées par la réglementation européenne. Pourtant l'introduction de quotas serait une bonne chose, car même si nos PME sont compétentes, l'accès aux marchés publics reste difficile. Il y a bien un régime fiscal incitatif pour les jeunes entreprises innovantes, pourquoi ne pas instaurer une discrimination positive pour les PME? Certains arguent que les PME sont bien servies en France du fait de l'atomisation des acheteurs publics. Mais il faut bien voir que sur les 36 000 communes, seules 4 000 sont de véritables acheteurs... Les travaux de l'Observatoire économique de l'achat public permettront d'établir ce qu'est réellement la situation des PME en France. ■

«Espérons que la réglementation va enfin se stabiliser»

+ La promotion de l'allotissement et le coup de pouce donné aux groupements momentanés d'entreprises sont deux éléments très positifs, qui permettront aux petites entreprises d'accéder plus facilement en direct à la commande publique – et non par le biais de la sous-traitance. Par ailleurs le Code énonce clairement que les marchés de travaux d'une durée supérieure à trois mois, et faisant appel à des fournitures sujettes à de fortes variations de prix, devront comporter une clause de révision. C'est un grand progrès.



PATRICK LIÉBUS, 1er vice-président de la Capeb chargé des affaires économiques

- Les réformes à répétition du Code ne peuvent que pénaliser les PME qui ont du mal à suivre. Espérons que la réglementation va enfin se stabiliser. Le décret souffre d'imprécisions concernant la façon dont les entreprises peuvent appuyer leur dossier. Nous pensons que les candidats doivent pouvoir prouver leurs compétences par tous moyens, or la rédaction du Code est susceptible d'interprétations multiples. Par exemple, les maîtres d'ouvrage sont autorisés à demander des certificats de qualité; ils devront, certes, accepter «tout moyen de preuve équivalent», mais qu'entend-on par là? Bercy devrait apporter davantage de précisions. Enfin, le Code prévoit que les maîtres d'ouvrage pourront imposer aux entreprises de répondre par voie électronique à partir de 2010. Pour que les petites entreprises ne soient pas trop désavantagées, nous allons devoir fournir un gros effort de formation et d'information afin de les préparer. Il pourra alors en sortir du positif. ■



MATHIEU HEINTZ, chef du service juridique du conseil général de l'Isère

«La place faite aux PME est facteur de risques juridiques»

+ J'espère que la consécration du développement durable à l'article 5 viendra légitimer, pour le juge, la prise en compte de préoccupations sociales ou environnementales, comme condition d'exécution du marché ou comme critère de sélection des offres. Je note, par ailleurs, les solutions proposées pour remédier aux situations de défaillances. Par exemple, le groupement dont l'un des co-traitants serait défaillant a la possibilité, avec l'accord de la personne publique, de continuer à participer à la procédure de passation. De même, c'est la possibilité de conclure un marché de substitution dans le cadre d'une procédure adaptée, quand bien même les seuils des marchés formalisés sont dépassés, pour les «lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial».

- Le Code tente de reconnaître une place aux PME. C'est louable, mais les risques juridiques n'en sont pas moindres. Selon la directive du 31 mars 2004, c'est au niveau de la sous-traitance qu'il est possible de favoriser les PME. Le nouveau Code prévoit, dans certaines procédures restreintes, la possibilité de fixer un nombre minimum de PME candidates. Qu'en est-il du principe dégagé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt «Wanner Isofi Isolation» (13 mai 1987) de l'interdiction de procéder à une répartition équilibrée des marchés entre les PME et les grandes entreprises? Par ailleurs, pour les modalités de publicité en procédure adaptée, pourquoi ne pas avoir simplement repris le considérant du Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt «Région Nord-Pas-de-Calais» (7 octobre 2005)? Les critères mentionnés y sont plus précis que ceux retenus à l'article 40-II du Code.

PROPOS RECUEILLIS PAR SOPHIE DELUZ ■

Vue générale des organes de l'achat public

La notion d'«acheteur public» regroupe un tissu varié d'organes qui ont des attributions spécialisées et complémentaires. Le Code 2006 apporte une modification importante en supprimant la notion de personne responsable du marché (PRM), qui constituait en 2004 son fer de lance en la matière.

Que sont les organes de l'achat public ?

Ces termes visent les entités regroupées sous le terme générique d'«acheteur public», qui demeure une notion assez floue, et semble devoir recouvrir les différents organes intervenant dans les processus de passation et d'exécution des marchés. D'un nombre et d'une forme variables selon les cas, les acheteurs publics recouvrent en fait toutes les personnes qui interviennent lors de la procédure de passation et pendant l'exécution, les plus emblématiques étant l'autorité exécutive à la tête du pouvoir adjudicateur, la commission d'appel d'offres (CAO), l'assemblée délibérante et les organes d'avis ou de contrôle. La personne responsable du marché (PRM), à laquelle l'article 20 du Code de 2004 octroyait un rôle important, disparaît avec la réforme de 2006.

Quels sont les principes guidant la répartition des compétences dans la passation des marchés ?

Le premier point général qui doit être souligné est relatif à la différenciation des situations selon la personnalité du pouvoir adjudicateur : les fonctions seront complètement différentes selon que l'acheteur sera une collectivité locale, un établissement public ou un service de l'Etat.

Autre point important, la notion de PRM a été abandonnée par le Code 2006. Or elle contribuait à désigner de manière précise la personne habilitée à préparer, négocier, signer et exécuter les marchés. Cette suppression pourrait éventuellement avoir des conséquences néfastes, dans le sens où elle pourrait occasionner des conflits d'attributions, notamment dans les collectivités locales et certains établissements publics (au sein desquels les questions de compétence ont déjà fait l'objet de plusieurs interventions du juge). En effet, dans ces institutions, la présence d'un organe délibérant à



A NOTER

► Selon l'article 22-V, «la CAO peut faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics».

► L'article 23-1¹ dispose qu'«un ou plusieurs membres du service technique compétent du pouvoir adjudicateur (...) peuvent participer avec voix consultative, aux réunions de la CAO» (dispositions similaires pour les jurys, art.24-111).

► Les agents des services techniques peuvent participer avec voix consultative aux CAO et aux jurys. Quant aux agents compétents en matière de marchés publics, ils peuvent participer aux jurys avec voix consultative, et aux CAO sans voix consultative.

côté (ou au-dessus) de l'organe d'exécution vient poser des problèmes de répartition des attributions dans la passation des marchés (cette question étant cependant abordée dans le Code général des collectivités territoriales, ainsi que dans les statuts des établissements publics). Ces problèmes se posent avec une acuité beaucoup moins forte dans les administrations centrales, où c'est l'autorité placée à la tête de l'institution (préfet, ministre ou toute personne bénéficiant d'une délégation de signature ou de compétence) qui est naturellement compétente pour passer les marchés.

En pratique, la notion de «PRM» laisse place à celle d'autorité compétente, laquelle doit être recherchée parmi les représentants de l'exécutif du pouvoir adjudicateur.

Quels sont le rôle et la composition de la commission d'appel d'offres ?

La CAO est un organe collégial dont la composition est fixée aux articles 21, 22 et 23 du Code, et dont les missions, variables selon les cas, peuvent généralement être ramenées à un triple rôle de contrôle, d'avis, ou de décision, selon les procédures et selon les différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs. Les CAO interviennent essentiellement dans les procédures d'appel d'offres, ouvert ou restreint, mais aussi dans la procédure de dialogue compétitif et dans la procédure négociée.

Le Code distingue les CAO de l'Etat et de ses établissements publics d'une part (article 21), et les CAO des collectivités territoriales et de leurs établissements publics d'autre part (article 22), ces dernières jouant un rôle plus important dans la procédure. Les CAO étatiques, de même que celles des établissements sociaux et médico-sociaux (article 22) obéissent à des règles plus souples s'agissant de la composition : ainsi, l'autorité pla-

cée à la tête de l'administration (préfet, ministre) détermine la composition et les règles de fonctionnement de la CAO se rattachant à celle-ci, la seule contrainte définie par les textes étant celle fixant la présence obligatoire, avec voix consultative, d'un représentant de la DGCCRF au sein de la CAO. Pour les collectivités locales et leurs établissements, les règles sont plus contraignantes, puisque le Code vient préciser la composition de la CAO, qui comprend en principe le président de la collectivité et un nombre variable de membres de l'organe délibérant élus au sein de celle-ci (exemple : pour la région ou le département, cinq membres élus plus le président ou son représentant). Les CAO peuvent, en vue de profiter de leur expertise, faire participer certains membres extérieurs à leurs réunions : la liste de ces membres est fixée à l'article 23.

Quels sont le rôle et la composition d'un jury de concours ?

Le jury de concours intervient dans le cadre ciblé de la procédure de concours définie à l'article 38. Il dispose de pouvoirs qui s'apparentent de manière lointaine à ceux de la CAO, et qui consistent principalement dans l'évaluation des projets présentés par les candidats. Dans les faits, le jury dresse un procès-verbal de l'examen des projets, dans lequel il formule un avis motivé sur les prestations des candidats. La composition du jury est fixée – comme celle des CAO – au chapitre premier du titre III du Code (article 24). Les règles de désignation des membres du jury sont les mêmes que celles de la CAO, à ceci près que le président du jury peut désigner des membres dont il estime que la participation aurait un «intérêt particulier», sans que le nombre de ces personnes puisse excéder cinq. Par ailleurs, le jury doit com- (●●●)

(•••) porter au moins un tiers de personnes ayant une qualification professionnelle équivalente à celle exigée des candidats, lorsqu'une qualification professionnelle est exigée pour participer au concours. Tous les membres du jury ont voix délibérative, mais certaines personnes extérieures participent au jury avec voix consultative (exemple: le comptable public).

Quels sont les organes de contrôle impliqués dans la passation des marchés ?

Il existe de multiples organismes chargés de la bonne marche de la passation et de l'exécution des marchés. Le plus emblématique d'entre eux est le préfet, chargé du contrôle de légalité *a posteriori* des marchés publics des collectivités territoriales, ou le contrôleur financier pour l'Etat.

D'autres entités effectuent des contrôles plus spécialisés. On peut ainsi citer de multiples contrôles de nature financière, tels que ceux exercés par les comptables publics ou les juridictions financières. Certaines de ces entités sont régies par le Code (exemples: la MIEM ou l'Observatoire économique de l'achat public).

PATRICE LANTNER
ET CYRILLE EMERY ■

Les points abordés par la jurisprudence

Avant le Code 2006	Avec le Code 2006
<p>Hors le cas particulier de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public, l'intervention de l'organe délibérant se limite, dans les collectivités locales et certains établissements publics, à l'autorisation donnée au maire (ou de l'autorité à la tête de l'établissement) à passer un marché. Le maire peut donc lancer librement une procédure par appel d'offres (CE, 4 avril 1997, « Commune d'Orcet »). Les collectivités publiques faisaient cependant un large usage de la délibération d'autorisation de lancement de la procédure. L'ordonnance 2005-645 du 6 juin 2005 est venue permettre à l'assemblée délibérante d'autoriser le lancement de la procédure et la conclusion du ou des marchés subséquents pour les collectivités locales sous certaines conditions (art. L.2122-21-1 du CGCT pour les communes et articles équivalents pour les autres collectivités).</p>	<p>L'abandon de la notion de PRM intervient dans un contexte de répartition des compétences qui n'est pas complètement exempt de doutes. Les dispositions du CGCT, telles qu'elles ont été modifiées par l'ordonnance du 6 juin 2005, continuent à s'appliquer en combinaison avec le Code 2006 des marchés publics. Le Code 2006 précise à cet effet que les « marchés sans formalités préalables » visés au CGCT sont ceux conclus à l'issue d'une procédure adaptée en raison de leur montant. Pour ces marchés, l'exécutif peut donc recevoir une délégation permanente. S'il ne reçoit pas de délégation permanente, ce sont les dispositions de l'article L.2122-21-1 qui s'appliquent. Pour les marchés passés à l'issue d'une procédure formalisée, l'exécutif doit être chargé de souscrire le marché par une délibération spéciale, mais celle-ci peut, en vertu des dispositions de l'ordonnance précitée, lui être confiée avant le lancement de la procédure, pour engager celle-ci et pour conclure les marchés subséquents sous certaines conditions.</p>
<p>Un certain flou résultait des dispositions des derniers alinéas des articles 59 et 64 du Code 2004, qui prévoyaient que la PRM pouvait à tout moment décider de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général. Une telle décision semblant en effet devoir être, par principe, soumise – au sein des collectivités locales et des établissements publics – à une approbation de l'organe délibérant (CAA Lyon, 10 juillet 2001, « Syndicat de traitement des déchets Drôme-Ardèche »).</p>	<p>Le Code 2006 est plus évasif sur la question, profitant ainsi de la suppression de la notion de PRM. La possibilité de déclarer sans suite la procédure pour des motifs d'intérêt général est conservée (articles 59 et 64), mais il n'est plus précisé quel est l'organe compétent pour prendre une telle décision. Il appartiendra donc à la pratique et à la jurisprudence de fixer la procédure à suivre. Par respect pour le parallélisme des formes, on peut penser que l'exécutif pourra déclarer sans suite la procédure s'il l'a engagée sans délibération de l'organe délibérant. Si, en revanche, il a été chargé de souscrire le marché par délibération spéciale de l'organe délibérant, on peut considérer qu'il devrait revenir devant cet organe pour lui demander de déclarer sans suite la procédure.</p>

Les implications pratiques

- L'article 20 du Code prévoyait la possibilité pour la PRM de désigner d'autres PRM et de leur octroyer une délégation de compétence ou de signature en matière de marchés publics. Néanmoins, s'agissant des collectivités territoriales, le Code avait introduit une incertitude en ne reprenant pas les modalités plus précises énoncées, notamment, par le CGCT. Sous cet angle, la disparition de la PRM semble opportune, l'application obligatoire des dispositions du CGCT par rapport à la délégation de fonction ou de signature étant désormais mise en évidence.
- Les marchés entrant dans le cadre de la pro-

cedure adaptée (article 28 du Code de 2006) ne sont pas soumis à une autorisation obligatoire de l'assemblée délibérante, du fait de l'article 11 de la loi Murcef (disposition confirmée, pour les collectivités locales, par l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée). Ces marchés peuvent donc être signés par les exécutifs locaux sans autorisation préalable de l'assemblée délibérante, dès lors qu'une délégation permanente leur a été conférée pour ces marchés, et dans la limite des termes de cette délégation (la délégation peut en effet ne pas concerner tous les marchés passés à l'issue d'une procédure adaptée).

- L'article 25 détermine, pour la première fois de manière formelle, des règles de fonctionnement identiques pour les CAO et les jurys (délai de convocation et quorum). Il ajoute qu'en cas d'urgence impérieuse, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres (voir également l'article 66-VI qui renvoie aux dispositions de l'article 25).
A noter également: la composition spécifique de la CAO qui était prévue par le Code 2004 pour le dialogue compétitif est supprimée. C'est désormais la CAO « de droit commun » qui est compétente pour cette procédure.