



LE NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

QUEL TYPE DE MARCHÉ POUR QUEL TYPE DE BESOIN ?



Références

- Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 paru au *Journal officiel* du 8 janvier 2004.
- Circulaire du 7 janvier 2004 du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et du ministre délégué au Budget et à la réforme budgétaire – NOR ECO Z 0300024C parue au *Journal officiel* du 8 janvier 2004.

L'acheteur public, quand il détermine la procédure à suivre pour passer commande, doit se préoccuper du montant du marché pour respecter les seuils posés par le nouveau code⁽¹⁾. Un autre élément déterminant est la nature du marché : en effet si la procédure "de droit commun" reste l'appel d'offres dont les caractéristiques (délais, composition du jury,...) sont précisément encadrées, cette procédure n'est pas toujours possible ou adaptée dans la réalité. Le code prévoit donc d'autres procédures qui ne peuvent être employées que dans des cas limitativement énumérés. Un nouveau type de marché, le dialogue compétitif, a été introduit par la réforme du code, les autres étant déjà prévus dans les dispositions antérieures.

Une innovation : la procédure du dialogue compétitif

Elle est présentée comme alliant la rigueur de l'appel d'offres avec la souplesse d'une ou plusieurs phases de négociation. Elle remplace la procédure d'appel d'offres sur performances.

Cette procédure est indiquée quand la personne publique se trouve dans l'impossibilité objective soit de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins, soit d'évaluer les solutions techniques, juridiques ou financières : elle ne peut rédiger de cahier des charges. A noter que selon l'article 36 du nouveau code des marchés, le dialogue

compétitif peut être utilisé sans justification de la part de l'acheteur pour des marchés de travaux entre 2 300 000 et 5 900 000 € HT ; il devra, au delà, démontrer qu'il se trouve dans l'un des deux cas mentionnés ci-dessus, conformément à l'esprit des directives qui souhaite une motivation pour déroger à la procédure de droit commun de l'appel d'offres au delà de seuils de dépenses importants.

La procédure débute par un appel public à la concurrence ; dès la sélection des candidats, le dialogue s'amorce à partir d'un projet partiellement défini par l'acheteur. Ce dialogue peut se dérouler en autant de phases successives que nécessaire à l'acheteur pour définir son besoin, et à l'issue de chacune d'entre elles, l'acheteur peut écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées. Pendant cette période, l'acheteur ne peut élaborer de cahier des charges en combinant des éléments proposés par les différents candidats sans le communiquer à l'ensemble d'entre eux, afin de leur permettre de modifier les propositions formulées au cours de la phase de dialogue

Le cahier des charges est rédigé à l'issue de cette phase de dialogue ; les offres sont déposées et celle qui se révèle être la plus économiquement avantageuse est retenue selon les modalités classiques de l'appel d'offres.

Bien que n'ayant pas encore été testée opérationnellement, la procédure est accueillie avec scepticisme tant par les professionnels que par les acheteurs publics : elle apparaît longue et coûteuse aux entreprises du BTP, et compliquée aux collectivités qui craignent de plus de ne pas disposer d'assez de discernement face aux pressions commerciales.

Typologie des principaux marchés

Outre l'appel d'offres, il est désormais possible d'avoir recours aux types de marchés suivants :

- "**Procédure adaptée**" : pour les marchés de petit montant⁽¹⁾, l'acheteur public n'est pas assujéti à un formalisme précis

et fixe lui-même les modalités de la consultation des prestataires avec l'obligation de parvenir à une mise en concurrence réelle entre ceux-ci.

- **Marchés négociés** : marchés dans lesquels l'acheteur choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation de conditions avec plusieurs d'entre eux. L'utilisation de cette procédure est possible dans des cas précis définis par l'article 35 : par exemple, les marchés qui après appel d'offres, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou les marchés de travaux ayant uniquement des fins de recherche.

- **Dialogue compétitif** (article 36) : voir plus haut.

- **Marchés de conception-réalisation** (article 37) : marchés qui portent à la fois sur la conception du projet et la réalisation des travaux ; on ne peut recourir à cette procédure que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entreprise aux études de l'ouvrage.

- **Concours** (article 38) : choix par l'acheteur d'un plan ou d'un projet après mise en concurrence ; le concours peut être ouvert ou restreint et est essentiellement utilisé dans le domaine de l'urbanisme et de l'aménagement.

- **Marchés de définition** (article 73) : quand la personne publique ne peut préciser les buts à atteindre ni les moyens et techniques, ce marché vise à explorer les possibilités et conditions d'établissement d'un marché ultérieur.

- **Procédure allégée** (article 30) : les prestations de services qui sont normalement soumises à appel d'offres sont listées en article 29 (services informatiques, télécommunications par exemple). Les autres prestations de services voient les formalités nécessaires au marché allégées quel que soit le montant du marché.

A noter : le nouveau code intègre une disposition importante résultant du droit européen en matière d'ouverture à la concurrence du secteur de l'énergie avec les articles 82 à 85 consacrés aux opérateurs de réseaux (possibilité de passer des marchés négociés après publicité préalable).

■ Laurence RAVARY

Directeur de projets Politique de la ville à la Caisse des dépôts et consignations

1. Voir "la réforme du code des marchés publics" RFC mars 2004.