

Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique

Le [décret n° 2011-1000 du 25 août 2011](#) modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique est paru au *Journal officiel* du 26 août 2011. Il modifie plusieurs textes :

- le code des marchés publics,
- les décrets n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 pris en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics,
- le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics.

Il modifie également plusieurs références obsolètes au code des marchés publics dans le code général des collectivités territoriales, le code de la santé publique, le code de l'urbanisme et le code de l'action sociale et des familles.

1. Le décret comporte plusieurs innovations

1.1. *La promotion des circuits courts pour les produits de l'agriculture*

L'article 53 du code est modifié pour inclure, dans les critères de sélection des offres, « *les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture* ». Cette mesure permettra de rapatrier de la valeur ajoutée pour les agriculteurs en diminuant le coût des intermédiaires et de préserver l'environnement en limitant le déplacement des produits et le recours aux plateformes de répartition (art. 18 du décret).

1.2. *L'introduction des contrats globaux de performance*

Le décret introduit dans le code, à l'article 73, la possibilité de conclure des contrats globaux associant soit la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance soit la réalisation, l'exploitation ou la maintenance pour satisfaire des objectifs chiffrés de performance (art. 20). Il peut s'agir de « *contrats de performance énergétique* », institués par les lois « Grenelle I et II »¹, mais aussi, d'une façon générale, de tout contrat comportant, de la part du titulaire, des engagements de performance mesurables, notamment, en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

Ces contrats permettront une plus grande responsabilisation des titulaires des marchés par la modulation de leur rémunération selon le niveau de satisfaction des objectifs de performance.

La logique même de ce type de contrat, qui implique un fort degré d'intégration des prestations, conduit à déroger au principe de l'allotissement. En revanche, ils ne dérogent pas à l'interdiction du paiement différé, ni à la règle de séparation de la rémunération des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance. En outre, les contrats qui comportent des travaux relevant de la loi MOP²

¹ Article 5-I de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement et article 74 de loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement modifiant l'article 18-I de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

² Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

ne seront autorisés que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants, ou, comme les textes le prévoient déjà, pour des motifs d'ordre technique.

1.3. De nouveaux outils pour les acheteurs

Le projet élargit la possibilité de recourir au dialogue compétitif dans le cas des marchés de maîtrise d'œuvre en vue de la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager. Lorsque le marché de maîtrise d'œuvre est passé selon la procédure d'appel d'offres, tous les membres du jury ont désormais voix délibérative (art. 21).

Il étend également la procédure du système d'acquisition dynamique, jusqu'alors réservée aux achats de fournitures courantes, aux services courants (art. 23).

1.4. Des mesures de simplification

- Pour faciliter le suivi des marchés reconductibles et renforcer la sécurité juridique des acheteurs et des entreprises, le décret lève toute ambiguïté sur les conséquences de l'absence de décision expresse de reconduction ou de non reconduction des marchés : désormais, sauf stipulation contraire du marché, la reconduction est tacite. Par conséquent en cas de silence gardé par l'acheteur public, le marché reconductible est automatiquement reconduit (art. 5).
- Le texte ouvre la possibilité de présenter une offre variante sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base (art. 16). Cette mesure a été retenue dans le cadre des Assises de la simplification en vue de favoriser l'accès des entreprises innovantes aux marchés publics. En effet, celles-ci n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base, alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives tout autant adaptées aux besoins de l'acheteur (art. 16).
- Pour favoriser l'accès des PME à la commande publique, le texte facilite la constitution de groupements conjoints d'entreprises. Selon l'ancienne rédaction du III de l'article 51, les groupements conjoints devaient indiquer le montant des prestations que chacun de ses membres s'engage à exécuter. Cette obligation était matériellement impossible à remplir pour les marchés à bons de commande et les accords-cadres (la répartition détaillée étant inconnue au moment de l'acte d'engagement puisque les commandes sont passées au fur et à mesure des besoins), ce qui excluait les groupements conjoints de l'accès à ce type de contrats. Pour résoudre cette difficulté, le nouveau texte n'impose plus d'indiquer le montant des prestations confiées à chaque membre d'un groupement conjoint pour les marchés à bons de commande et accords-cadres (art. 17).
- Enfin, afin d'alléger la charge administrative des acheteurs, le texte prévoit que ceux-ci ne remettent aux titulaires de marchés le document nécessaire pour la cession de leur créance que lorsque ces derniers le solliciteront et non plus de façon automatique (art. 28).

2. Le décret contient également des clarifications et mises à jour diverses

2.1. Une clarification des modalités d'actualisation et de révision des prix

- Afin de lever les incertitudes sur les modalités de mise en œuvre de la clause d'actualisation des prix des marchés à tranches conditionnelles, le décret précise que cette actualisation est calculée, dans les conditions fixées au III de l'article 18, en prenant en compte la date de début d'exécution des prestations de chaque tranche et non du marché (art. 6-1°).
- Le texte revient sur l'interprétation du V de l'article 18 faite par le Conseil d'Etat dans sa décision du 9 décembre 2009, *Département de l'Eure*, par laquelle il a jugé que les contrats qui nécessitent une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux

doivent comporter une clause de révision de prix exclusivement établie en fonction d'une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, à l'exclusion de tout terme fixe.

Le décret rétablit la possibilité d'un terme fixe, afin de lisser les prix, à la hausse ou à la baisse, et d'opérer un partage équitable entre acheteurs et fournisseurs des risques de dérive des cours des matières premières (art. 6-2°).

2.2. Des précisions sur les cas de dispense de procédure

Tirant les conséquences de l'annulation du relèvement du seuil de dispense de procédure de 4 000 à 20 000 € (CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100), le nouvel article 28 du code reprend le considérant de principe de la décision du Conseil d'Etat afin de préciser que les marchés peuvent être passés sans publicité préalable ni mise en concurrence lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles, notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré (art. 9).

2.3. Une meilleure lisibilité des dispositions relatives à la publicité et à la dématérialisation

- Les dispositions relatives aux mesures de publicité préalable et postérieure à la procédure sont réécrites et actualisées pour être plus facilement lisibles (art. 12, 25 et 30). Notamment, le seuil de dispense de procédure est ramené à 4 000 €, conformément à l'arrêté *Perez* précité, et la règle de la double publication des avis de marché et des avis d'attribution selon le modèle européen et le modèle national, devenue obsolète, est supprimée : au-dessus des seuils communautaires, seul le modèle européen doit être utilisé. Le décret dispose expressément que les avis envoyés au BOAMP sont publiés sur support papier ou sous forme électronique. En outre, l'obligation d'utiliser le formulaire national d'avis d'appel public à la concurrence pour la publicité complémentaire obligatoire dans la presse spécialisée est supprimée³.
- Pour les marchés de services de l'article 30, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier les avis de marchés sur leur profil d'acheteur. Ils sont désormais aussi dispensés de cette obligation pour les documents de la consultation (art. 10).
- Le texte précise que, en procédure formalisée, les candidatures et les offres dématérialisées sont signées électroniquement (art. 14 et 15) et les dispositions relatives aux modalités de transmission électronique des documents sont mises à jour (art. 13 et 19). Les obligations en matière de dématérialisation ne sont pas modifiées. Si le nouvel article 56 du code précise que, pour les marchés de plus de 90 000 €, les acheteurs publics ne peuvent refuser de recevoir les documents transmis par voie électronique, le décret précise que cette obligation ne s'imposera qu'à compter du 1^{er} janvier 2012. Jusqu'à cette date, elle ne concerne que les marchés passés selon une procédure formalisée (art. 51-II). Enfin, pour tenir compte des délais d'équipement de Mayotte pour l'accès Internet haut débit, ces dispositions ne seront applicables sur le territoire de Mayotte qu'à compter du 1^{er} janvier 2014 (art. 34).

2.4. La mise en conformité avec le droit européen des cas de dispense du respect du délai de suspension de signature

L'article 80 est modifié afin de tenir compte de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat (CE, 1^{er} juin 2011, *Société Koné*, n°346405) qui a jugé l'ancienne rédaction incompatible avec la directive « Recours »⁴. Le nouvel article dispose désormais que le pouvoir adjudicateur n'est dispensé du respect du délai de suspension de signature que dans le cas où le marché a été attribué au seul candidat ayant participé à la

³ Le projet d'arrêté pris en application des articles 40 et 150 du code des marchés publics et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et accords-cadres (à paraître), qui abroge l'arrêté du 28 août 2006, dispose que les avis de publicité complémentaires, obligatoires et facultatifs, peuvent ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis publié au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales, à condition qu'ils indiquent expressément les références de cet avis.

⁴ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/66/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics

consultation ou dans le cas des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Le 3° du I de l'article 80 est également réécrit afin de préciser expressément que les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique sont soumis à l'obligation d'information des candidats évincés prévue au 1°, alors même qu'ils sont dispensés du respect du délai de suspension de signature (art. 24).

2.5. Des éclaircissements quant au régime des avances

Les dispositions relatives aux avances précisent que l'assiette de l'avance versée au titulaire est égale au montant des prestations qu'il exécute directement, déduction faite, le cas échéant, du montant des prestations confiées aux sous-traitants et faisant l'objet d'un paiement direct (art. 26 et 29-1°).

Afin de lever toute ambiguïté quant aux modalités de remboursement de l'avance versée au sous-traitant, le nouvel article 115 du code dispose expressément que ce remboursement s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article 88 pour le titulaire du marché (art. 29-2°).

2.6. La mise à jour des dispositions sur les délais de paiement

Le nouvel article 98 tient compte de l'achèvement du calendrier de réduction du délai de paiement des collectivités territoriales depuis le 1^{er} juillet 2010. Le délai de paiement des établissements publics de santé est maintenu à cinquante jours (art. 27).

Le décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics est également modifié : le délai de vérification comptable est ramené de 15 à 10 jours, sauf pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées. Ces dispositions sont adaptées pour leur application à Mayotte, devenu département depuis la loi du 7 décembre 2010 (art. 46 à 49).

2.7. Des dispositions actualisées ou réécrites à droit constant

- Les mots « *Communauté européenne* » sont remplacés par les mots « *Union européenne* » et le « *service en charge de la concurrence* » se substitue à la « *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* ».
- Dans un souci d'harmonisation du texte, les renvois aux seuils communautaires sont effectués, pour les pouvoirs adjudicateurs, par référence aux « *seuils de procédure formalisée définis à l'article 26* » et, pour les entités adjudicatrices, par référence aux « *seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144* ».
- Les dispositions de l'article 26 sur les seuils de procédure formalisée sont précisées. Les établissements du service de santé des armées bénéficient, comme les établissements publics de santé, du seuil haut et la coquille figurant au seuil applicable aux marchés de travaux est corrigée (art. 7).
- L'article 37 a été actualisé pour tenir compte de la modification de l'article 18-I de la loi MOP par la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010 et permettre le recours au marché de conception-réalisation lorsque des engagements contractuels sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Les opérations de réhabilitation et de réutilisation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure existants relevant de la loi MOP pour lesquelles sera demandé cet engagement pourront donc être réalisées au terme d'un seul contrat comportant la conception et les travaux, voire l'exploitation ou la maintenance, dans les conditions fixées par le nouvel article 73 (art. 11).

2.8. L'harmonisation des dispositions applicables aux marchés non soumis au code des marchés publics

Enfin, les décrets d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics⁵, sont modifiés conformément aux nouvelles dispositions « miroir » du code des marchés publics (chapitre II et III).

*

* *

A l'exception des articles qui modifient des références devenues obsolètes, le décret s'applique aux projets de contrat pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication postérieurement à sa date d'entrée en vigueur. Les contrats en vue desquels une consultation a été engagée avant cette même date demeurent soumis aux dispositions antérieurement applicables.

⁵ Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices et décret n° 2005-1417 du 30 décembre 2005 relatif aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.