

Le projet de décret Effet Utile fait suite aux modifications apportées par le plan de relance de l'économie dans les marchés publics. Il a un double objectif : la mise en conformité avec le droit communautaire des dispositions de droit interne (code de procédure civile) qui prévoient un recours préalable obligatoire à la saisine du juge judiciaire et l'apport des clarifications nécessaires à quelques dispositions du code des marchés qui posent des difficultés récurrentes aux acheteurs publics.

I – Code des marchés publics

1) L'obligation de constituer une commission d'appel d'offres pour l'Etat et les établissements publics de santé a été supprimée. Afin de tirer pleinement les conséquences de cette suppression, les dispositions suivantes ont été modifiées :

- Le VII de l'article 8 est précisé afin de prendre en compte l'hypothèse d'un groupement de commandes,

- Le dernier alinéa de l'article 22 est supprimé, celui-ci se rapportant exclusivement aux commissions d'appel d'offres des établissements publics de santé,

- Le b) de l'article 24 précise les modalités de formation du jury de concours des établissements publics de santé.

2) Le dernier alinéa du a) de l'article 24 est supprimé, la présence d'un représentant de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes avec voix consultative étant déjà prévue au II de l'article 23.

3) L'article 50 est précisé afin de favoriser l'utilisation des variantes dans les marchés à procédure adaptée et de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique. Ces précisions mettent en conformité la pratique et les textes. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, si rien n'est indiqué dans les documents de la consultation, l'utilisation des variantes n'est pas admise. En procédure adaptée, même en l'absence d'indication, les candidats peuvent proposer des variantes.

4) A l'article 52 (sélection des candidatures), est introduite la possibilité de régulariser la capacité juridique des candidats en cours de procédure.

5) A l'article 55, il est précisé que la commission d'appel d'offres n'intervient pour rejeter les offres anormalement basses que pour les marchés formalisés. Cette précision est conforme à la logique de la procédure adaptée qui n'impose la réunion de cette commission à aucun autre stade de la procédure.

6) Aux articles 57 et 160 (appel d'offres ouvert) sont prises en compte les conséquences de la suppression de la double enveloppe. Il est instauré un régime particulier pour les marchés allotés des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

7) Le second alinéa du II de l'article 58, concernant le renvoi des enveloppes contenant les offres des candidats éliminés en appel d'offre ouvert, est supprimé, corrigeant une incohérence rédactionnelle.

8) Au premier alinéa de l'article 63, la compétence de la commission d'appel d'offres pour l'ouverture et l'enregistrement des plis dans la procédure de l'appel d'offres restreint est supprimée.

9) Au deuxième alinéa du I de l'article 69, la composition du jury des marchés de conception-réalisation a été précisée. Celui-ci doit contenir au moins un tiers de maîtres d'œuvres désignés par le président du jury.

10) Au premier alinéa du I de l'article 77, les conditions du recours à un marché à bons de commande sont précisées. Il y a une obligation d'avoir au moins trois opérateurs économiques différents présents.

11) Aux articles 89 et 90, l'assiette du montant de l'avance conditionnant la constitution d'une garantie à première demande a été précisée. Le montant de l'avance ne change pas, seul change le moment à partir duquel une garantie est demandée.

12) Au 2° de l'article 115, le mécanisme du droit à avance pour le sous-traitant d'un marché public bénéficiant du paiement direct a été clarifié.

13) A l'article 129, la Commission des marchés publics de l'Etat est remplacée par la Commission consultative des marchés publics. Le champ de compétence de cette commission avait été étendu aux marchés des collectivités territoriales en décembre 2008 et sa saisine rendue facultative.

14) L'article 157 sur les variantes est précisé afin d'être cohérent avec les modifications apportées à l'article 50.

II – Dispositions diverses

15) A l'article 1441-1 du code de procédure civile, l'obligation de mettre en demeure le pouvoir adjudicateur préalablement à l'introduction d'un recours contre un contrat privé est supprimée.

16) A l'article 43 du décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, il est instauré la possibilité de modifier par avenant le taux et les conditions de l'avance versée au titulaire d'un marché. Cette disposition transitoire, applicable aux marchés notifiés au plus tard le 31 décembre 2009, permet l'application d'un régime favorable pour les avances des marchés en cours d'exécution.

17) Au premier alinéa de l'article 41-1 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, le mécanisme de conception-réalisation selon une procédure négociée est étendu à tout type de marché passé par les entités adjudicatrices.

18) A l'article 18 du décret du 30 juillet 1985 (UGAP), l'obligation de constituer une commission d'appel d'offres pour l'Union des groupements d'achats publics est supprimée.