

**Sanaa MARZOUG**

Directeur d'hôpital, consultante au Centre national de l'expertise hospitalière (CNEH)

Un texte attendu et deux textes liés à la conjoncture économique et destinés à participer au plan de relance de l'économie annoncé par le président de la République ont été publiés :

- le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008, modifiant diverses dispositions régissant les marchés soumis au code des marchés publics (CMP) et aux décrets pris pour l'application de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP (JO du 18 décembre 2008);
- le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics (JO du 20 décembre 2008);
- le décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du CMP (JO du 20 décembre 2008).

## La poursuite de la dématérialisation des procédures

Deux dates à retenir en ce qui concerne la dématérialisation : 2010 et 2012.

À partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010, en plus des obligations de publicité prévues par l'article 40 du CMP, les acheteurs devront publier les avis d'appel publics à la concurrence et les documents de la consultation, relatifs à des marchés de plus de 90 000 €, sur leur profil d'acheteur. Le profil d'acheteur correspond soit au site Internet dédié à la passation des marchés publics auquel a recours le pouvoir adjudicateur, soit à la page consacrée à la passation des marchés du site propre de l'établissement.

Toujours après le 1<sup>er</sup> janvier 2010, les acheteurs publics pourront imposer la transmission dématérialisée des candidatures et des offres aux opérateurs économiques. Les documents relatifs aux achats de prestations informatiques (fournitures, matériels et services), d'un montant supé-

rieur à 90 000 € HT, seront obligatoirement échangés par voie électronique. Ensuite, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, le pouvoir adjudicateur ne pourra plus refuser la transmission électronique des documents exigés des candidats pour les achats de fournitures, de services ou de travaux supérieurs à 90 000 € HT.

Les acheteurs sont donc tenus d'adapter dès maintenant leur système d'information pour respecter le calendrier de la dématérialisation des procédures d'achat.

## La clarification de certaines dispositions du code des marchés publics

### Caractère facultatif des niveaux minimaux de capacité

L'article 45 du CMP relatif aux renseignements et documents demandés aux entreprises à l'appui de leur candidature est modifié ; il précise désormais que « [...] lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché [...] ».

# Code des marchés publics

## Les points clés de la dernière réforme

La fin de l'année 2008 a été marquée par une nouvelle réforme du code des marchés publics. Poursuite de la dématérialisation, clarification de certaines dispositions, mesures destinées à participer à la relance de l'économie..., le panorama des principales modifications.

Ainsi, la fixation de niveaux minimaux de capacité constitue une possibilité pour l'acheteur, à laquelle il est libre de recourir ou non.

### Possibilité de se dispenser de pondérer les critères de choix dans la procédure de concours

L'obligation de pondération des critères de choix pour la conclusion des marchés à l'issue d'une procédure formalisée connaît aujourd'hui une exception demandée par les maîtres d'œuvre. En effet, dans la procédure du concours (réservée aux marchés de services), cette pondération est une faculté dont la mise en œuvre est laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

### Poursuite de l'assouplissement des règles applicables aux marchés à bons de commandes

Depuis 2006, les acheteurs sont libres de fixer les montants minimal et maximal des marchés à bons de commande. Certains se contentaient d'indiquer uniquement le montant minimal ou le montant maximal. Une telle pratique ayant donné lieu à des

contentieux, la modification de l'article 77 du CMP était attendue. Elle précise que les marchés à bons de commande peuvent ne comporter qu'un minimum ou qu'un maximum ou encore être conclus sans minimum ni maximum.

## Les mesures destinées à participer à la relance de l'économie

### Disparition du seuil interne de 206000€ HT pour les marchés de travaux

Il est désormais possible de recourir aux marchés à procédure adaptée (Mapa) pour tous les marchés de travaux de moins de 5 150 000 € HT. Autrement dit, en dessous de ce seuil, le pouvoir adjudicateur peut mettre en œuvre des règles de publicité et de mise en concurrence, dont il détermine librement les modalités<sup>(1)</sup>, sous réserve de respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence.

Cet assouplissement est destiné à accélérer la passation des marchés de travaux, pour lesquels, avant la réforme, le recours à une procédure formalisée était imposé au-dessus du seuil de 206 000 € HT.

### Disparition de la commission d'appel d'offres

La commission d'appel d'offres (CAO), dont le rôle était déjà limité à une compétence purement consultative dans les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux et médico-sociaux, est purement et simplement supprimée pour ces acheteurs<sup>(2)</sup>.

Par conséquent, le directeur de ces éta-

blissements est seul compétent pour déterminer les modalités d'attribution des marchés publics. Libre à lui de décider seul ou de mettre en place un dispositif collégial destiné à l'assister dans le processus de choix.

Il est à noter qu'une CAO est maintenue pour donner un avis avant l'attribution des marchés conclus après une procédure formalisée lancée avant le 21 décembre 2008, et aussi pour se prononcer sur les avenants de plus de 5 % concernant ces mêmes marchés.

### Réduction progressive du délai global de paiement

Le délai global de paiement applicable aux établissements publics de santé n'est pas modifié et reste fixé à 50 jours. En revanche, les établissements publics sociaux et médico-sociaux voient ce délai progressivement réduit. Il est ramené à 40 jours dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009, 35 jours à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010 et 30 jours à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2010.

### Négociation dans les Mapa

Pour encourager les acheteurs à négocier en dessous des seuils communautaires, l'article 28 du CMP indique désormais que « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix ».

Si la négociation était déjà possible pour les Mapa, elle figure aujourd'hui explicitement dans le code.

Cette négociation est envisageable dès lors qu'une offre a été remise. Ainsi, il semble que même si un candidat remet une offre non conforme au dossier de consultation des entreprises, la discussion peut être engagée avec lui.

### Suppression de la règle de la double enveloppe pour les appels d'offres ouverts

La règle selon laquelle les candidats à un appel d'offres étaient tenus de remettre leur dossier dans un pli contenant deux enveloppes – la première comportant les éléments relatifs à la candidature, la seconde ceux relatifs à l'offre – disparaît. Désormais, les dossiers des candidats comportent une

enveloppe comprenant les documents relatifs à la candidature et à l'offre.

Cette modification de l'article 57 du CMP met fin à un formalisme, à l'origine de l'éviction d'entreprises qui, faute de respecter la règle de la double enveloppe, voyaient leur offre écartée sans même avoir été examinée.

Même s'il n'y a plus qu'une seule enveloppe, l'analyse des dossiers comporte toujours deux étapes : l'analyse des candidatures puis l'analyse des offres.

### Passage du seuil de 4000€ HT à 20000€ HT

Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable si son montant estimé est inférieur à 20 000 € HT.

Le seuil des achats correspondant aux « petits » marchés antérieurement fixé à 4 000 € est donc considérablement relevé.

Même si aucune obligation de publicité et de mise en concurrence n'est imposée pour ces marchés, ils sont tout de même tenus de respecter les principes fondamentaux de la commande publique (égalité de traitement des candidats, liberté d'accès à la commande publique et principe de transparence). Il semble que le respect de ces principes s'apprécie alors au regard du comportement de l'acheteur public.

## Conclusion

Une nouvelle réforme du droit de la commande publique attend peut-être déjà les hôpitaux. Reprenant l'une des propositions du rapport Larcher, un amendement au projet de loi Hôpital, patients, santé, territoires, en cours de discussion parlementaire, propose de supprimer le CMP pour certains établissements. Ainsi, les centres hospitaliers universitaires, les communautés hospitalières de territoires et les groupements de coopération sanitaire de droit public seraient dispensés d'appliquer le code des marchés et relèveraient de la seule ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP. •

## notes

(1) En ce qui concerne la publicité, elle est librement déterminée par l'acheteur jusqu'à 90 000 € HT. Au-dessus de ce seuil, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier les avis de Mapa dans le BOAMP ou un journal habilité à recevoir des annonces légales, et le cas échéant dans un journal spécialisé (et sur son profil d'acheteur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010).

(2) Malgré la rédaction ambiguë de l'article 22 du CMP, il semble que la CAO est également supprimée pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux.