



LA REFORME DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Se voulant comme « *l'ultime étape de la démarche de rationalisation et de modernisation* », le nouveau code de la commande publique a été publié au JORF le 5 décembre 2018.

La codification de la commande publique a été rendue possible grâce à la transposition des directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014, par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Ainsi, l'ordonnance du 23 juillet 2015 ratifiée par la loi Sapin I constitue le point de départ de la réforme. Elle abroge au 1^{er} avril 2016 l'ancien code des marchés publics avec une volonté affichée de **réforme**, de **simplification**, de **sécurisation juridique** et **d'accessibilité des PME à la commande publique**.

LES MODIFICATIONS APPORTEES A LA COMMANDE PUBLIQUE

Si le nouveau code de la commande publique a été rédigé à droit constant, certaines modifications sont toutefois à observer grâce à l'élaboration de décrets et d'arrêtés venant compléter et simplifier davantage le régime juridique de la commande publique.

En effet, des modifications ont été apportées quant aux acheteurs par trois arrêtés en date du **27 juillet 2018** et un **décret du 10 avril 2017**.

- *Profil d'acheteur et données essentielles*

Le premier modifie l'arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique. Il allège la charge pesant sur les acheteurs en diminuant la durée de publication des données essentielles. L'arrêté exclut du champ de la publication les modifications résultant de l'application d'une clause de variation de prix. De plus, il fixe la liste des données devant être publiées par les acheteurs et les autorités concédantes sur leur profil d'acheteur, à compter du 1^{er} octobre 2018 : sont concernés, les marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 25 000€ HT.

- *Modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde*

Le deuxième fixe ces modalités et rappelle un principe de base qui dispose que l'accès aux documents de la consultation est gratuit, complet, direct et sans restriction.

- Exigences minimales des outils et dispositifs de communication et d'échanges d'informations par voie électronique dans le cadre des marchés publics

Enfin, le troisième arrêté est relatif à ces exigences. Il fixe les exigences minimales des moyens de communication électroniques à utiliser en vue de la dématérialisation. En préambule, il rappelle qu'ils ne peuvent en aucun cas se révéler discriminatoires ou restreindre l'accès à des opérateurs économiques. Ainsi, ils doivent être communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées, tout en respectant les règles de sécurité et d'intégrité des échanges et en permettant l'identification exacte et fiable des opérateurs.

- Réduction du champ d'application de la loi MOP

Le nouveau code de la commande publique vient réduire le champ d'application de la loi MOP (Maîtrise d'œuvre privée). Sont désormais exclus du **Titre II de la loi**, les bailleurs sociaux qui n'ont plus l'obligation de recourir aux concours pour attribuer les marchés de maîtrise d'œuvre.

- Obligations afférentes aux acheteurs soumis à la loi MOP

Le **décret du 10 avril 2017**, pris en application de **la loi du 9 décembre 2016** (Loi Sapin II) prévoit une extension de l'obligation de recourir au concours à tous les acheteurs soumis à la loi MOP pour la passation de leurs marchés publics de maîtrise d'œuvre, la suppression de l'obligation de produire un extrait de casier judiciaire, l'instauration d'un seuil de 25 000€ pour les obligations d'open data et des mesures de clarification et de simplification.

- Mesures en faveur des PME

Le code intègre également les dernières réformes en faveur des PME qui sont issues du **décret n°2018-1225 du 24 décembre 2018** portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique comme par exemple, l'augmentation de 5 à 20% du taux minimal du montant des avances versées aux titulaires d'un marché public passé par l'Etat et aux sous-traitants admis au paiement direct dans l'hypothèse où ces entreprises sont des PME. On peut également parler de la mise en place d'un dispositif expérimental en faveur des PME innovantes, les acheteurs pourront désormais passer avec des PME un marché public négocié sans publicité, ni mise en concurrence pour leurs achats innovants d'un montant inférieur à 100 000€ HT.

- Règles relatives aux Commissions d'appel d'offres

Le code vient aussi clarifier les règles des Commissions d'appel d'offres (CAO) qui sont les organes chargés pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, d'examiner les candidatures et les offres et d'attribuer le marché.

Jusqu'à présent, **l'article L 1414-2 du code général des collectivités territoriales** (CGCT) imposait que le titulaire du marché soit choisi par une CAO pour les marchés dont la valeur estimée hors taxes est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à **l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015**, mais certains s'interrogeaient sur la procédure de passation retenue. Désormais, en se référant aux marchés publics passés selon une

procédure formalisée dont la valeur estimée hors taxes individuellement est égale ou supérieure aux seuils européens, **l'article 69 de la loi ELAN du 23 novembre 2018** est venue circonscrire le champ d'intervention de la CAO aux seuls marchés dont la valeur estimée du besoin est supérieure aux seuils européens et qui sont passés selon une procédure formalisée.

De plus, la loi ELAN vient simplifier le cadre juridique des CAO des offices publics de l'habitat (OPH) en homogénéisant les pratiques des CAO pour les organismes HLM, peu importe que leur statut soit public ou privé. Ainsi, ils peuvent organiser librement la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la CAO.

Avec la loi ELAN, les organismes HLM et les sociétés d'économies mixtes (SEM) de construction et de gestion, soumis à la loi MOP, peuvent désormais conclure des marchés de conception-réalisation sans avoir à justifier les motifs classiques de recours à ce type de montage comme par exemple, les motifs d'ordre technique.

POUR ALLEZ PLUS LOIN...

POURQUOI CODIFIER ?

AFFIRMER LE CARACTERE UNITAIRE DE LA MATIERE

Longtemps la doctrine n'a eu de cesse de soulever la question de l'unité du droit de la commande publique.

A l'initiative du Conseil d'État, un **Titre préliminaire** a été mis en place. Ce dernier consacre la définition de la commande publique, les principes fondamentaux de la matière et les règles communes à ces conventions ou à celles qui ont la qualité de contrats administratifs.

Par ailleurs, l'article L.2 indique désormais le champ d'application de la commande publique. Ainsi, les contrats de la commande publique sont « *les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* », ces derniers se déclinent en marchés publics et concessions.

L'article L.1 du Code vient consacrer la liberté de choix du mode de gestion des activités publiques des autorités concédantes et des acheteurs. L'affirmation de cette liberté au premier article marque la volonté d'en faire la clef de voûte du droit de la commande publique.

Par la suite, le Code précise les principes constitutionnels de la commande publique consacrés par la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Toutefois, cette consécration s'est faite au moyen d'une nouvelle rédaction qui permet de distinguer l'égalité de traitement et la liberté d'accès et la transparence des procédures.

En effet, l'article L.3 dispose que « *les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande*

publique » et « *ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code* ». Ainsi, pour certains auteurs, cette présentation ne semble donner un caractère autonome qu'au principe d'égalité de traitement, étant donné que les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures sont dépendants des conditions de leur mise en œuvre par le Code de la commande publique. La question de la portée de cette modification sera sûrement précisée par la Jurisprudence.

Le second alinéa de l'article L.3 vient affirmer que « *ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* » Elle fixe les préoccupations communes à tous les contrats de la commande publique, auxquels peuvent s'ajouter d'autres objectifs d'intérêt général à caractère social et environnemental ou encore, pour les seuls marchés publics, tenant à « *la lutte contre les discriminations* » (CCP, art. L. 2112-2).

Par ailleurs, le Code met en exergue les règles communes interdisant l'attribution d'un contrat « *à des opérateurs économiques ayant fait l'objet des mesures d'exclusion définies par le présent code* » (art.L.4) ou imposant que ces contrats soient « *conclus pour une durée limitée* » (art. L. 5).

Toutefois, ce qui demeure notable, c'est que le Code vient préciser les principales règles communes aux contrats administratifs de la commande publique : le pouvoir de contrôle de l'autorité publique, la continuité du service public, le régime de l'imprévision ainsi que les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale (CCP, art. L. 6, pts 1 à 5).

AMELIORER LE CONTENU MEME DE LA MATIERE

L'idée même d'un droit de la commande publique n'a été que tardivement consacrée. Au départ, ce droit restait envisagé d'un point de vue purement doctrinal reposait sur des textes épars (*le code des marchés publics, l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, la loi sapin pour les délégations de service public, l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat ou encore l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession*).

L'entrée en vigueur du Code de la commande publique, vient achever l'œuvre de consolidation des sources du droit de la commande publique, en regroupant et en organisant « *les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession* ».

Dorénavant, l'ensemble des réglementations préexistantes et nouvelles est ainsi regroupé au sein d'un code, et exposé en trois parties regroupant 1747 articles : la première partie étant consacrée aux définitions et au champ d'application, la deuxième partie au régime des marchés publics, et la troisième partie au régime des concessions. A travers l'agencement du code, on peut voir que le droit français a fait le choix de reprendre la classification binaire opérée par le droit de l'Union européenne en distinguant deux catégories générales de contrats : les marchés publics et les concessions.

Les règles propres à chaque catégorie de contrat sont présentées de manière chronologique en distinguant différentes étapes préalables :

- La préparation du contrat ;
- Le choix de la procédure de passation ;
- L'engagement ;
- Le déroulement ;
- L'achèvement de celle-ci ;
- L'exécution du contrat.

Concernant l'étape finale d'exécution du contrat, celle-ci a fait l'objet d'un travail de codification minutieux, avec l'intégration d'un ensemble de règles relatives à l'exécution financière, à la sous-traitance etc.

De plus, lorsque l'on regarde de plus près ce travail de codification, on remarque que la deuxième partie du code, consacrée au régime des marchés publics, est subdivisée en différents livres.

- Le livre I, regroupe les dispositions générales qui s'appliquent à cette catégorie de contrat ;
- Le livre II, regroupe l'ensemble des dispositions s'appliquant aux marchés de partenariats ;
- Le livre III regroupe quant à lui, celles propres aux marchés de la défense ou de sécurité ;
- Enfin, le livre IV a pour particularité de reprendre une codification ancienne en matière de marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage public et à la maîtrise d'œuvre privée, la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP.

Enfin, on notera que la codification de règles jurisprudentielles participe également à la consolidation des sources du droit de la commande publique, en insérant les règles générales applicables aux contrats administratifs, consacrées par le Conseil d'Etat, en matière de modification et de résiliation unilatérales des contrats administratifs. On peut prendre l'exemple de l'offre anormalement basse dont la définition apparaît clairement dans le nouveau Code.