Commande publique

20 décembre 2018
Focus

Avril 2019 : An I du Code de la commande publique !

Le 5 décembre 2018 paraissait au journal officiel le futur Code de la commande publique applicable le 1er avril 2019. Sa naissance, tant attendue, a été opérée par la voie de l'ordonnance n° 2018-1074, du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique et par la voie du décret n° 2018-1075, du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du Code de la commande publique. Pour ceux qui n'auraient pas encore pris connaissance de cette bible de l'acheteur public, nous allons vous présenter les grandes lignes de ce quasi-code des contrats administratifs, ainsi que sa structuration, en nous focalisant sur la dimension marchés publics et enfin, bien que la réforme soit présentée comme codifiant à droit constant, nous aborderons succinctement les quelques modifications réglementaires concernant ces mêmes marchés publics que nous avons déjà pu constater.

1. Un quasi-code des contrats administratifs

Ce Code de la commande publique n'est pas seulement un « Code des marchés publics » mais le code des différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics ou des contrats de concession. Ce code est un quasi-code des contrats administratifs puisqu'en sont exclus les seules conventions d'occupations domaniales et, bien sûr, les contrats portant sur les transferts de compétences entre personnes publiques, les subventions et les contrats de travail (CCP, art. L. 1100-1). Il a été aussi et surtout l'occasion pour le législateur d'y regrouper l'ensemble des règles régissant le droit de la commande publique qui figuraient jusqu'ici dans des textes épars, comme les textes sur la sous-traitance ou les délais de paiement. L'avantage pour le praticien des marchés publics, c'est justement la fin de cette dispersion des textes applicables aux marchés publics. Revers de la médaille, vu le périmètre couvert par le code, celui-ci est composé de 1 747 articles, ce qui peut faire peur de prime abord. Mais pour la plupart des acheteurs publics, les dispositions concernant les concessions, les marchés de défense et de sécurité et celles concernant l'Outre-mer ne sont pas à prendre en considération, ce qui en diminue grandement le nombre. Cette consolidation des textes applicables aux marchés publics se fait à droit constant. Mais, comme l'indique le rapport au président de la République relatif au Code de la commande publique, cette codification à droit constant est faite « sous la réserve de modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet. » C'est pourquoi, ce code intègre les modifications concernant la maîtrise d'œuvre (libéralisation de la procédure de conception-réalisation pour les bailleurs sociaux) portées par la loi n° 2018-1021 du 16 octobre 2018 portant Évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite « loi ELAN » adoptée le. En revanche, elle n'intègre pas, contrairement à ce qui était prévu, les dispositions en faveur des PME dans le cadre des marchés publics passés par l'État, comme par exemple une retenue de garantie limité à 3% (ce que fait en revanche, le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 qui modifie sur ce point ce même Code de la commande publique), ni en raison de retard parlementaire les dispositions de la loi Pacte (proposition n° 1088), non encore définitivement votée, en particulier son article 63 qui concerne la facturation électronique dans le cadre des marchés publics. Cela explique, par ailleurs, la présence dans le Code de la commande publique publié, de sections relatives à la facturation électronique tant législatives que réglementaires dans lesquelles ne figure aucune disposition.

2. Structuration du Code

© Légibase Collectivités

Le Code de la commande publique est structuré en parties, livres, titres, chapitres, sections et comporte de nombreux renvois, ce qui n'en facilite pas l'appropriation.

Partie législative

Un titre préliminaire (art. L. 1 à L. 6) posant la définition d'un contrat de la commande publique et ses principes fondamentaux (liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures), anciennement spécifiques aux marchés publics, mais aussi les principales règles issues des grands arrêts de la jurisprudence des contrats administratifs (CPP, art. L. 6). Règles ne s'appliquant que si le contrat de la commande publique est un contrat administratif, ce que ce même article L. 6 établit lorsque le contrat est conclu par une personne morale de droit public. Ainsi à ce titre l'acheteur public possède, par exemple, le pouvoir de modification unilatérale des contrats, initialement consacré par les arrêts du Conseil d'État n° 16178 du 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, et n° 34027 du 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*.

Une première partie sur la définition et le champ d'application des différents types de contrats de la commande publique (art. L. 1100-1 à L. 1481-2) avec une *summa divisio* : marchés publics, contrats de concessions (qui comprennent notamment les anciennes délégations de services publics). Les marchés publics donnent lieu à une distinction entre les marchés publics « tout court », les marchés de partenariat (ex-partenariat public-privé, « PPP ») et les marchés de défense et sécurité. À noter, la sortie de l'accord-cadre de la définition même d'un marché public, qui devient une technique d'achat, au même titre que le concours ou le système d'acquisition dynamique.

Une seconde partie relative aux marchés publics (art. L. 2000-1 à L. 2691-2). Le livre premier intitulé « dispositions générales » traite des étapes d'un marché public standard : préparation, choix de la procédure, examen des candidatures et des offres, achèvement de la procédure, exécution. À noter que l'on retrouve les dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, codifiées au chapitre III du Titre IX du Livre Ier (art. L. 2193-1 à L. 2193-14), celle-ci n'est pas pour autant été abrogée mais modifiée, voyant son champ d'application restreint. Le livre second relatif aux marchés de partenariat est découpé en trois titres correspondant à la préparation, la passation et l'exécution. Le livre III relatif aux marchés de défense et de sécurité suit une structuration quasiment identique à celle des marchés standards. Le livre IV intègre par des dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privé (art L. 2410-1 à L. 2432-2) les dispositions de la loi MOP (loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 en quasi-totalité abrogée sauf le dernier alinéa de son article 1er, lui-même une exception à l'application de la loi MOP). Le livre V soumet à un régime spécifique les marchés publics qui étaient anciennement exclus du champ d'application de l'ordonnance marchés publics n° 2015-899 du 23 juillet 2015, comme les contrats de quasi-régie. Le livre VI portent sur les dispositions propres à l'outre-mer. À noter qu'aucune disposition particulière n'existe pour la Guadeloupe, la Martinique ou la Réunion, et qu'une seule disposition spécifique permet à l'État de déléguer la maîtrise d'ouvrage des routes et des infrastructures de transport pour Mayotte et la Guyane.

Une troisième partie relative aux contrats de concession (art. L. 3000-1 à L. 3381-3). Elle comporte une structuration classique en matière de contrat avec préparation, passation et exécution.

Partie réglementaire

La partie réglementaire est composée d'articles précédés de la lettre « R. », qui relèvent d'un décret en Conseil d'État, et « D. » qui relèvent d'un décret simple.

La partie réglementaire comprend une structuration identique à la partie législative mis à part le titre liminaire, quitte à ce que certaines parties soient exemptent de dispositions, nous avons donc :

Une première partie relative aux définitions et champ d'application sans dispositions réglementaires.

© Légibase Collectivités

Une deuxième partie relative aux marchés publics, (art R. 2100-1 à R 2691-1) qui complètent les dispositions législatives correspondantes aux mêmes livres de la deuxième partie. L'on retrouve ainsi au même chapitre III du titre IX du livre Ier les dispositions relatives à la sous-traitance et au livre IV les dispositions relatives à la maîtrise d'œuvre. Les dispositions réglementaires sur la sous-traitance (art R. 2193-1 à R. 2193-22) reprennent celles de l'ancien décret marché publics sur la sous-traitance. Les dispositions réglementaires sur la maîtrise d'œuvre (art R. 2412-1 à R. 2432-7) reprennent celles du décret MOP (décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993) quant à lui abrogé.

Et une troisième partie relative aux concessions (art R. 3111-1 à R. 3381-4).

3. Quelques subtiles modifications réglementaires

Sans être exhaustifs, nous avons pu noter quelques évolutions réglementaires sur le fond et sur la forme avec des modifications touchant aux définitions et terminologies employées et modifications de règles procédurales.

Modifications de définitions

La définition même d'un marché public est ainsi modifiée. L'article L. 1111-1 dispose : « Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent. » Tout d'abord, elle intègre la classique jurisprudence, selon laquelle le caractère onéreux d'un contrat peut résulter d'un abandon de recettes ou autres contreparties, ensuite elle ne précise plus que le contrat d'accord-cadre soit un marché public.

Pour rappel, l'actuelle réglementation indique « Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après. » (Ord. n° 2015-899, art 4)

L'article L. 2125-1 du Code de la commande publique définit désormais l'accord-cadre comme une simple technique d'achat permettant la présélection d'opérateurs économiques, au même titre que le concours, « en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée ». En attendant plus d'explications de la part de Bercy, l'on peut déjà considérer que cette évolution a le mérite de clarifier la notion de « marché public ».

La définition d'un marché de maîtrise d'œuvre est simplifiée. Aujourd'hui, l'article 90-I du décret marchés publics indique « Les marchés publics de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission définie par l'article 7 de la loi [n° 85-704] du 12 juillet 1985 susvisée. » Or l'article 7 de la loi MOP propose une définition différente. L'article L. 2431-1 du Code de la commande publique met fin à ces deux définitions concurrentes et reprend la définition issue de la loi MOP : « La mission de maîtrise d'œuvre est une mission globale qui doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître d'ouvrage pour la réalisation d'une opération. »

Modifications de terminologie

Au titre des modifications terminologiques, la « procédure négociée avec mise en concurrence préalable », appellation actuelle réservée aux entités adjudicatrices et la « procédure concurrentielle avec négociation » appellation spécifique aux pouvoirs adjudicateurs est unifiée sous l'appellation de « procédure avec négociation ».

Le Code de la commande publique modifie aussi la terminologie du « négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables » qui devient le « marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalables ».

© Légibase Collectivités

Modifications procédurales

La faculté offerte par l'article 30-I, 10° de l'actuel décret marchés publics est purement et simplement supprimée. Ce cas permet actuellement un négocié sans publicité ni mise en concurrence lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré (à condition toutefois d'une valeur estimée inférieure aux seuils européens).

L'article R. 2121-8 dernier alinéa du Code de la commande publique fait réapparaître une disposition textuelle qui avait disparu dans le décret marché public, même si la DAJ considérait que cela était implicite : « Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée. » L'on ne pourra donc plus faire de MAPA pour un accord-cadre ne comportant pas de maximum, et ce même si la valeur estimée des achats est en dessous des seuils.

En parlant de MAPA, les marchés de services juridiques de représentation deviennent expressément des MAPAs, quel que soit leur montant cf. article R. 2123-1,4° . Alors qu'actuellement, ils sont une catégorie *sui generis* puisque l'article 29 du décret marchés publics indique seulement : « L'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public. » À noter que la directive marchés publics 2014/24/UE exclut ce type de prestations des marchés publics, nous sommes donc ici en présence d'une surtransposition de la part de la France, même si l'article R. 2123-8 exclue en grande partie l'application du livre Ier sur les dispositions générales applicables aux marchés publics dont l'obligation de dématérialisation.

Enfin, la modification d'un marché public en raison de prestations supplémentaires devenues nécessaires sont actuellement possibles sous réserve de satisfaire à deux conditions cumulatives : un changement de titulaire est (1) impossible pour des raisons économiques ou techniques et (2) présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts (D. n° 2016-360, art 139, 2°).
L'article R. 2194-2 du Code de la commande publique supprime l'exigence d'un inconvénient majeur ou d'une augmentation substantielle des coûts pour la commande de prestations supplémentaires.

© Légibase Collectivités