



Marchés publics. Premier regard sur le projet de code de la commande publique

Florian Linditch

► To cite this version:

Florian Linditch. Marchés publics. Premier regard sur le projet de code de la commande publique. Contrats et marchés publics , LexisNexis, 2018. hal-02121785

HAL Id: hal-02121785

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121785>

Submitted on 6 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Alertes juillet 2018

Premier regard sur le projet de code de la commande publique

<https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>

C'était donc possible. Le code de la commande publique destiné à codifier les règles de passation des contrats soumis à l'obligation de mise en concurrence a été mis en ligne par Bercy et soumis à concertation jusqu'à la fin du mois de mai dernier. Il est vrai que les textes de 2015 et 2016 avaient déjà réalisé une consolidation des textes relatifs aux marchés et concession, en préparant la dernière étape de codification. Ceci conduit explique la pointe de déception qui peut naître de la découverte du nouveau texte. Certes, le projet de code de la commande publique mis en ligne par Bercy améliore sans conteste la lisibilité de la réglementation (I). En même temps, il semble que le prix à payer pour la codification passe nécessairement par une renumérotation des articles, laquelle s'explique déjà par le fait que les dispositions actuelles ont été fractionnées en articles plus brefs et nécessairement plus lisibles (III). Sur le fond on ne s'étonnera donc pas du fait que les évolutions soient très marginales (III)..

I – Une structure claire et efficace

Pour chaque catégorie de marché et de concession, le nouveau code décrit successivement le champ d'application, la passation et les règles d'application. La partie la plus développée est sans conteste celle qui concerne les marchés publics.

Une première partie, « Définitions et champ d'application » (art. L. 1000-1 à 1000-5), constituée de seules dispositions législatives comporte trois livres. Le livre I distingue les marchés publics (art. L. 1110-1), des concessions (art. L. 1120-1). Le Livre II présente les acteurs de la commande publique, en opposant d'un côté les acheteurs et les autorités concédantes et d'autre part les opérateurs économiques (art. L. 1210-1). Enfin, le livre III porte sur les contrats mixtes (art. L. 1300-1).

La seconde partie entièrement réservée aux « Marchés publics » (art. L. 2000-1 à L. 2000-4) s'ouvre par *un Livre Ier*, au titre bien peu évocateur de « dispositions générales » (art. L. 2100), alors que les points évoqués sont fondamentaux. Le titre premier est en effet consacré à la préparation du marché avec un chapitre Ier Définition du besoin (art. L. 2011-1) qui constitue une révolution par rapport à la sempiternelle obligation de définition préalable du besoin. On y trouvera des développements absolument incontournables sur « la programmation de l'achat », le « sourcing », la participation d'un opérateur à la définition des besoins, ainsi que les spécifications techniques. Le Chapitre II, plus classique, traite du contenu du marché public (notamment de sa durée et de son prix). Le chapitre III, au titre peu évocateur d' « organisation de l'achat » (art. L. 2113-1 et s.) traite de la mutualisation et de l'allotissement.

Le Titre II Choix de la procédure de passation (art. L. 2120-1), débute logiquement par le calcul de la valeurs estimée du besoin (Chap. Ier, v art. 2121-1), puis donne la liste des marchés sans publicité ni mise en concurrence (Chap. II, v art. 2122-1), le cadre de la procédure adaptée (Chap. III, v art. 2123-1), et les marchés formalisés (Chap. IV, v art. 2124-1).

Le titre III, « Engagement de la procédure de passation » est consacré aux règles de publicité (Chap. I, art. L. 2131-1) et aux communications et échanges d'information, à savoir la confidentialité et dématérialisation (art. L. 2132-1 à 3).

Le Titre IV, traite de la « phase de candidature », aborde les motifs d'exclusion (Chap. Ier, v. art. L. 2141-1 et s.), les conditions de participation (Chap. II, v. art.L. 2142-1), c'est-à-dire les conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle, les capacités économiques et financières, la réduction du nombre de candidats, ainsi que les groupements. Le contenu des candidatures est abordé au Chapitre III, non sans quelques hors sujets (règles relatives au délai de réception des candidatures, ou à la traduction en français). Enfin, l'examen des candidatures est traité dans un chapitre IV, en deux thèmes « modalités de vérification des candidatures » et l' « invitation des candidats sélectionnés ».

Logiquement, le titre V aborde la « phase d'offre » (Chap. I, art. L. 2152-1 et s.), en distinguant le contenu des offres et l'examen des offres et leur examen (Chap. II). A noter un chapitre quelque peu hors sujet consacré à l'accès aux marchés publics d'opérateurs originaires d'Etats tiers (Chap. III).

Le titre VI, au titre trop général (règles applicables aux procédures de passation et aux techniques d'achat) expose les règles applicables aux procédures formalisées (Chap. I) et aux techniques d'achat (tranches optionnelles, accords-cadres, concours, etc...).

En rupture avec le droit des marchés publics « ordinaires », le titre VII (art. 2171-1 et s.) aborde successivement les marchés globaux, la maîtrise d'œuvre, la décoration des constructions publiques.

Enfin, le titre VIII, « Achèvement de la procédure » (art. L. 2181-1) aborde classiquement l'information des tiers évincés, la signature, l'avis d'attribution, mais également la « traçabilité » de la procédure (notamment le rapport de présentation).

Le titre IX bascule dans les problématiques liées à l'exécution. On y retrouvera le régime financier (Chap. I), les modalités de facturation (électronique) et de paiement (Chap. II), la sous-traitance (Chap. III) et enfin, la modification du marché public (Chap. IV), la résiliation du marché public (Chap. V), les données relatives à l'achat (Chap. VI), le règlement alternatif des différents (Chap. VII).

Le *livre II* est relatif aux marchés de partenariat : définition, passation, exécution (art. L. 2200-1 et s.).

Le *livre III* porte sur les marchés de défense et sécurité (art. L. 2300-1 à 2300-4).

Le *livre IV* regroupe les dispositions propres à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (art. L. 2410-1).

Le *livre V* porte sur les marchés publics soumis à un régime juridique particulier (2500-1), on y retrouvera notamment le « in house ».

La Troisième partie est dédiée aux contrats de concession (art. L. 3000-1 et s.), avec un plan classique : préparation, passation et exécution.

II – Une numérotation, certes normalisée, mais encore ésotérique

Dans le système désormais classiquement utilisé en cas de codification, la nouvelle numérotation (divisée en « L » et « R » ou « D ») permet de retrouver rapidement les articles règlementaires dont la numérotation est elle-même identique aux dispositions législatives. Les praticiens ayant eu à combiner, ces derniers mois, le texte de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 ne devraient pas s'en plaindre.

Pour autant, la nouvelle présentation, si elle assure le « tout en un », ne va pas sans contraintes, en particulier la mémorisation des dispositions ne sera pas aussi aisée que lorsque les textes étaient séparés et consolidés (situation actuelle, comportant un texte pour les marchés et un autre pour les concessions).

On peut être quelque peu décontenancé par une numérotation croissante certes, mais de manière non continue, en ce sens que suivant que l'article se trouve dans un nouveau titre ou pas, le troisième chiffre évolue plus ou moins rapidement.

Par exemple, le dernier article d'un titre 1er peut être numéroté L. 1212-5, alors que le premier article du titre débutant immédiatement après prend le numéro L. 1220-1. En réalité, la numérotation n'est en continu qu'à l'intérieur du même chapitre (exemple, art. L. 2171-1 et art. L. 2171-2, numérotés en continu, alors même que le premier appartient à l'introduction du chapitre (hors section), et que le second ouvre la section (au demeurant une section « unique » dans le chapitre concerné !). Pour le dire différemment, le changement de section n'interrompt pas la numérotation, continue tout au long du même chapitre.

Le quatrième chiffre change quant à lui, lorsqu'on passe à un nouveau chapitre. Ainsi, le dernier article du chapitre I peut être le L. 2171-14, tandis que le premier article du chapitre suivant sera le L. 2172-1. L'indication est intéressante car elle permet de comprendre combien de chapitre constituent le titre, en se reportant au quatrième chiffre de son dernier article.

Hélas cette règle est perturbée, lorsque deux chapitres se suivent mais appartiennent à deux titres différents. Par exemple, le premier titre s'achève sur un article numéroté 2172-1, mais

le premier article du premier chapitre du titre suivant sera 2181-1. Il faut comprendre que le changement du troisième chiffre indique en définitive qu'on a changé de titre.

De même les chiffres indiqués après le tiret permettent d'apprécier le nombre d'articles constituant le chapitre. Ainsi l'article R. 2162-83 permet de comprendre que le chapitre « Règles applicables aux techniques d'achat » comporte pas moins de quatre-vingt trois articles. Ce qui s'explique car on y retrouvera, toujours à droit constant, les tranches (art. R. 2162-1 et s.), les accords-cadres (art. R. 2162-4), etc...

Pour une prise en main plus rapide

Une astuce pour se familiariser plus rapidement avec le nouveau texte consiste à ne sélectionner que la partie applicable à ses propres marchés (la première pour les pouvoirs adjudicateurs) et à ne prêter aucune attention aux deux premiers chiffres des chapitres, et à ne retenir que le troisième et quatrième.

Ainsi en sachant que les articles de procédure applicables aux pouvoirs adjudicateurs commencent par 21, on négligera ce chiffre pour ne retenir que les deux suivants.

Au besoin, un petit mémo permettant d'accéder plus rapidement à un texte que certains praticiens utilisent quotidiennement pourrait donner

Mémo Pouvoir adjudicateur

Computation des seuils : **2121**

Marchés sans publicité ni mise en concurrence : **2122**

Procédure adaptée : **2123**

Publicité : **2131**

Candidature : **2141** et **42**

Offre : **2152**

Maîtrise d'œuvre : **2171** (et loi MOP : 2410)

Achèvement des procédures : **2181**

Techniques d'achat : tranches, accords-cadre : **2162**

On remarquera que la plupart des articles ne subissent pas un gros décalage par rapport à la numérotation classique, ce qui s'explique par la préservation de la structure du décret relatif

aux marchés publics. En revanche, le nombre d'articles s'accroît fortement du fait de la volonté déjà signalée d'en raccourcir le texte, en répartissant la disposition initiale sur plusieurs articles. Mais cet accroissement n'est pas gênant si le praticien entre directement dans le code au bon endroit.

En définitive, l'ésotérisme de la numérotation ne nuit pas à l'ergonomie.

III – Une codification à droit constant qui laisse peu de place aux innovations

Sur le fond la codification étant réalisée à droit constant sur la base des textes récents (2016), peu d'innovations apparaissent.

Bercy a certes fait l'effort de faire apparaître en gras les modifications, mais certaines d'entre elles sont de pure forme et proviennent du découpage de l'ancien article en plusieurs articles. Par exemple, la formule « l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché public » est faussement nouvelle dans la mesure où elle est simplement répétée trois fois (v. art. L. 21471-8 et s.).

Il en va de même pour des articles présentés en italique dans le projet et précédés par la mention « création d'article », par exemple :

- L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat (L. 2152-4)
- Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché public.

Deux dispositions dont on ne peut dire qu'elles innoveraient sur le fond.

Si l'on s'en tient aux marchés publics quelques dispositions font cependant leur apparition. Il s'agit de celles relatives à la résiliation :

Article L. 2195-1

Indépendamment des dispositions législatives spéciales et, le cas échéant, du code civil, l'acheteur peut résilier le marché public dans les cas prévus au présent chapitre.

Article L. 2195-2

Lorsque le marché public est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier en cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant.

Article L. 2195-3

Lorsque le marché public est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier pour un motif d'intérêt général.

Article L. 2195-4

L'acheteur peut résilier le marché public en cas de force majeure.

Il en va de même pour deux articles relatifs à la conciliation et médiation :

Article L. 2197-1

Les acheteurs de droit public peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les chapitres I et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.

Article L. 2197-2

Les acheteurs de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les articles 127 à 131 et 1536 à 1541 du code de procédure civile.

De même pour le rappel du cadre juridique du recours à l'arbitrage :

Article L. 2197-6

Sauf dans les cas prévus par la loi, notamment dans ceux mentionnés par l'article L. 311-6 du code de justice administrative, les acheteurs de droit public ne peuvent recourir à l'arbitrage ainsi qu'en dispose l'article 2060 du code civil.

Article L. 2197-7

Les acheteurs de droit privé peuvent recourir à l'arbitrage tel qu'il régit par le livre IV du code de procédure civile.

En réalité, là encore toutes les dispositions ne sont pas novatrices, soit, elles synthétisent des solutions jurisprudentielles (résiliation) soit elles codifient des dispositions législatives.

La partie financière comporte également de nombreuses modifications -mieux vaudrait parler de précisions – destinées à faciliter l'exécution du marché.

Au final, la codification à droit constant, devrait aboutir, et de ce point de vue la création d'un code de la commande publique est encourageante et traduit la reconnaissance pleine et entière de cette branche désormais essentielle du droit public des affaires.

Maintenant, il restera à améliorer la rédaction de nombre de dispositions (formulation des marchés négociés avec ou sans publicité et mise en concurrence, régime des modifications en cours d'exécution, de la régularisation des offres, des accord-cadres singulièrement désorganisés depuis qu'ont été fusionnées les règles relatives aux marchés à bon de commande et celles relatives à l'ancien accord-cadre), mise en accord avec la jurisprudence européenne des dispositions interdisant la participation à plusieurs groupements, etc...).

VEILLE

A la DAJ

Mise à jour des tableaux de procédure

<https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-tableaux>

Réactualisation nécessaire des tableaux de seuils communautaires par la DAJ. Tableaux à signaler également pour leur efficacité dans le rappel des règles de publicité, de

procédure applicables, ainsi que des délais de remise des candidatures et des offres et de publicité des avis d'attribution.

Médiateur des entreprises : Nouveau Guide « Osez la commande publique ! »

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediateur-

Le guide « Chefs d'entreprise : osez la commande publique ! » 2018 est republié. Pas de modifications majeures, mais un ton unique qui tient sans doute à son élaboration en concertation avec la Confédération des PME (CPME) et le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et sa destination, à savoir les opérateurs économiques, et surtout les PME.

Constitué de 10 fiches thématiques regroupées en trente pages, il vise à simplifier la commande publique.