

## **Nouveau code de la commande publique, les 10 réformes qui s'imposent**

### **Première Partie : Les nouveaux marchés négociés et les avenants**

*Chapo : La préparation du nouveau code de la commande publique doit fournir l'opportunité de clarifier un certain nombre de dispositions problématiques du décret du 25 avril 2016. Au moins, une dizaine de questions procédurales doivent être revues. A commencer par les marchés négociés et les avenants.*

#### **Introduction**

Le MINEFI a mis en ligne le projet de code de la commande publique, pour concertation (<https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>). Cette concertation s'achève au plus tard au 28 mai, mais ceci n'interdit pas de faire état des améliorations encore possibles. En effet, l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a en effet habilité le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la publication de cette loi, à l'adoption du code de la commande, ceci laisse par conséquent encore quelques mois pour procéder aux ajustements nécessaires.

La lecture du projet montre en effet que nombre de dispositions demeurent perfectibles, et pour certaines d'entre elles depuis les précédents codes. Sans sous-estimer le travail considérable de codification en cours, les propositions qui suivent pourraient être mises en œuvre sans grande difficulté juridique.

Après quelques mois de pratique, le régime des marchés négociés précédés d'une mise en concurrence de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 (I), ainsi que celui des modifications en cours d'exécution de l'article 139 du même décret (II), ont révélé des lacunes, ou tout le moins des imprécisions, qui nuisent à leur efficacité. Or, le projet de code commande publique ne prévoit aucune amélioration sur ces points.

#### **I - Marchés négociés précédés d'une mise en concurrence : hypothèses d'utilisation à préciser**

Le futur article R.2124-3 du code de la commande publique, (repreant l'actuel article 25-II), comporte une liste de cas, dont certains soulèvent quelques questions.

##### **A - Notion de solutions immédiatement disponibles**

La première hypothèse ouvrant droit à l'utilisation de la procédure négociée précédée d'une publicité est indiquée comme suit « lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles » (*art. R.2124-3, 1° Projet code commande publ.*).

On rappellera que les marchés négociés précédés d'une publicité qui succèdent à l'actuelle procédure concurrentielle avec négociation, constituant une exception au principe de l'appel d'offres, dès lors, conformément à une règle solidement établie, les hypothèses prévues par la réglementation sont d'interprétation strictes.

A rebours des règles d'interprétation strictes qui prévalent habituellement pour l'interprétation des exceptions, une récente réponse ministérielle invite à retenir une interprétation large de cette disposition, car « comme le souhaitait la France, la directive européenne 2014/24/UE, transposée par l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret no 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, a élargi de manière importante les possibilités de recours à la négociation en marché public. Le 1° du II de l'article 25 du décret no 2016-360 permet ainsi aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser la procédure concurrentielle avec négociation lorsque le besoin ne peut être satisfait par le biais d'une solution immédiatement disponible sur le marché, c'est-à-dire sans effort d'adaptation ou de conception. Dans ce cas, la procédure concurrentielle avec négociation peut être utilisée pour leur passation, quel que soit le degré d'adaptation ou de conception nécessaire » (*Question AN 4001 - Question publiée au JO le : 19/12/2017 page : 6478, Réponse publiée au JO le : 06/03/2018 page : 1911*).

Mai, une réponse ministérielle ne fait pas le printemps juridique. A la simple lecture du texte, on s'interroge en vain sur ce que recouvre au juste cette disposition en principe applicable aux travaux, fournitures et services. Et ce d'autant plus que le cas suivant traitant de l'innovation (v. ci-dessous) paraît couvrir les mêmes hypothèses. Il serait donc nécessaire que la rédaction même du texte fournisse davantage d'indications. Sans cela, personne n'osera utiliser cette possibilité.

Proposition : il suffirait de préciser que cette disposition s'applique « lorsque aucune solution immédiatement disponible sur le marché n'existe, c'est-à-dire sans effort d'adaptation ou de conception »

## **B - Solution innovante**

Quitte à abuser des euphémismes, il s'agit ici d'un des points, les plus perfectibles de la réglementation actuelle, eu égard au nombre des notions qui restent à préciser.

*Solution innovante ou besoin innovant ?*

Le second cas prévu par la réglementation constitue un sommet dans la catégorie des dispositions mal écrites. Maintenu dans sa rédaction actuelle, il indique : « lorsque le besoin consiste en une solution innovante » (*art. R.2124-3, 2°, Projet Code commande publ.*). Cette formulation ne peut être sérieusement maintenue, car elle ne signifie tout simplement... rien.

Le « besoin » à satisfaire ne peut consister en une « solution ». Ou bien la langue française (et accessoirement, la logique) n'a plus guère d'importance. La syntaxe exacte devrait être : « lorsque le besoin ne peut être satisfait que par une solution innovante ».

Et encore un doute demeure, maintenue en l'état, la disposition peut aussi bien signifier que le besoin lui-même est « innovant », ou que la manière de le satisfaire implique une « solution innovante ».

Il ne s'agit pas ici de faire oeuvre de grammairien. Des conséquences pratiques très différentes résultent de celle des deux interprétations qui doit l'emporter :

- soit le besoin doit être innovant, ce qui revient à exiger que le cahier des charges et les documents de la consultation permettent de le démontrer ;
- soit, au contraire, c'est la réponse à ce besoin, telle que formulée par les entreprises qui doit être innovante, c'est alors au travers de celle-ci que l'acheteur public pourra effectuer la démonstration.

Maintenir une pareille hésitation condamne la disposition à ne pas être utilisée, sauf à prendre un risque inconsidéré, ce que de toute évidence, les pouvoirs publics ne peuvent vouloir...

*Caractère innovant, restant à définir*

Autre insuffisance, le texte actuel (maintenu tel quel dans le projet de code) croit pouvoir proposer une définition du caractère innovant en précisant que : « sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés ».

On lit bien : ce qui est « innovant » est ce qui est « nouveau ».

Cette formulation réussit le prodige d'être, tout à la fois, tautologique, et fautive.

Définir « innovant » par « nouveau » ne constitue pas à proprement parler une avancée, et porte à sourire. Voilà pour la tautologie.

Quant à la fausseté, elle vient de l'assimilation de la nouveauté à l'innovation. Or, ce n'est pas parce qu'un objet ou service est « nouveau » qu'il est nécessairement innovant. Il peut parfaitement être produit à l'instant même, et ne comporter aucune innovation.

Pour progresser, il conviendra sans doute que Bercy fende l'armure et accepte de se pencher sérieusement sur la propriété intellectuelle, ce qu'elle recouvre exactement en termes de recherche et développement, ou plus largement de création.

Faute de quoi, les acheteurs trop confiants dans la rédaction actuelle pourraient penser que tout ce qui est nouveau peut être acquis à l'aide du marché négocié précédé d'une publicité. Comme si le vin nouveau, le pain frais, la voiture nouvelle ou la construction neuve devaient nécessairement comporter une innovation...

*Caractère « sensiblement amélioré », restant à préciser*

La réglementation actuelle propose d'ailleurs une autre définition, alternative, du caractère innovant. Mais celle-ci est à peine plus performante : est innovant ce qui est « sensiblement amélioré ». Il faudrait donc comprendre que, dès lors qu'on achète un bien sensiblement

amélioré par rapport à celui qui existait auparavant sur le marché, le recours au marché négocié est admis.

Mais là encore, la formulation du texte est insuffisante. Elle devrait préciser comment se mesurer cette amélioration : faut-il démontrer que le nouveau produit constitue une amélioration par rapport aux modèles précédents ? doit-on, au contraire, établir, que celui qui est acheté est amélioré par rapport à ceux qui sont toujours en vente ?

Pour le dire différemment, la réglementation ne peut sérieusement mentionner l'amélioration sans préciser les termes de la comparaison à retenir.

De plus, elle devrait préciser quel est l'objet de l'amélioration. Car l'amélioration peut porter sur la composition du produit, sur ses fonctionnalités, sur son caractère écologique, etc.. On retrouve ici le vice initial de la disposition, à savoir qu'elle ne précise pas si le besoin doit être innovant, ou si c'est sa satisfaction (v. ci-dessus).

### *Exemples ésotériques*

Sans doute conscients de tout ou partie des manques qui précèdent, les auteurs du précédent texte, repris tel quel dans le prochain code de la commande publique, ont voulu apporter quelques précisions supplémentaires, en fournissant des exemples. Or ceux-ci loin d'éclairer la disposition, la rendent encore plus incompréhensible. Selon le texte « le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ».

Si l'on retient la dernière illustration, l'innovation peut résider dans « les relations extérieures de l'entreprise ». On s'interroge sur ce que bien pouvoir recouvrir cette illustration...

Que dire également de « nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques » ?

Fort heureusement, les autres exemples paraissent plus éclairants : il faudrait comprendre que le besoin de l'acheteur ne pourrait être satisfait que par de nouveaux procédés de production ou de construction » ou une « nouvelle méthode de commercialisation ». On comprendrait alors la disposition comme permettant le recours au marché négocié, lorsque par exemple, le conditionnement d'un produit change (donc sa commercialisation), et permet ainsi une innovation. Mais à qui ? A l'administration, au fournisseur ? Toujours la même interrogation...

### **B – Marché négocié «comportant des prestations de conception »**

Le recours au marché négocié est autorisé « lorsque le marché public comporte des prestations de conception ». Une nouvelle fois, la disposition ne brille pas par sa précision, cependant à la différence de la précédente, elle paraît utilisable. Au pied de la lettre, elle signifie que, dès lors que le cahier des charges comporte des prestations de conception (en sus de travaux, de fournitures ou de toute autre prestation de services), le marché négocié est possible.

Aucune proportion n'est exigée, de sorte qu'il suffirait pour échapper à l'appel d'offres, d'instiller systématiquement une dose de conception dans le futur contrat pour user du marché négocié. L'acheteur pourrait par exemple confier à l'entreprise de travaux, le soin de concevoir les panneaux de chantier... Au demeurant, la plupart des marchés de travaux imposant la livraison de plans d'exécution, et pourraient par conséquent, d'ores et déjà être éligibles à la procédure négociée.

On ne multipliera pas les exemples, mais il apparaît rapidement qu'aussi peu précise, la disposition permet en réalité d'échapper aisément à l'appel d'offres, et ce quelque soit l'objet du marché. Il est en effet toujours envisageable de demander à un fournisseur ou un prestataire, une étude sur les conditions d'utilisation de la fourniture dans certaines circonstances, un diagnostic et la solution correspondante, à un problème que voudra bien soulever l'acheteur.

Au fond, dans cette rédaction relâchée, se retrouve l'hésitation de la Commission européenne lors de l'élaboration de la directive. On sait qu'il avait été envisagé dans un premier temps d'ouvrir la procédure négociée à n'importe quelle hypothèse. Elle était ainsi appelée à devenir l'alter égo de l'appel d'offres. Puis se ravissant, les institutions européennes sont revenues au système de la liste d'exceptions. Simplement il reste une trace de cette hésitation originaire : les exceptions ont très largement conçues.

En rédigeant le texte de transposition, Bercy s'est nécessairement trouvé confronté à cette difficulté : maintenir un régime d'exception en reprenant les formulations larges de la directive pour éviter toute surtransposition.

Le texte actuel n'est cependant guère rassurant au regard de la sévérité passée du juge administratif pour l'interprétation de ces exceptions. Elle ne l'est pas davantage, lorsqu'on sait que l'utilisation d'une procédure négociée en lieu et place de l'appel d'offres expose à la commission du délit de favoritisme.

Du reste, une réponse ministérielle récente retient d'ailleurs une interprétation stricte de la disposition, car elle a récemment retenu une définition assez restrictive de la disposition, en considérant que « le 3° du II de l'article 25 du même décret prévoit aussi qu'il est possible de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation lorsque l'objet même des prestations à réaliser comporte des prestations de conception. Aussi, les marchés publics relatifs à des prestations d'études ou d'ingénierie peuvent, par principe, être passés selon la procédure concurrentielle avec négociation, quelle que soit l'importance des prestations de conception. Il en va de même pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant supérieur aux seuils européens, hormis ceux qui sont soumis à l'obligation d'organiser un concours » (*Question AN 4001, préc.*). Pour résumer, seuls les marchés de « prestations d'études », d' « ingénierie » et/ou de « maîtrise d'œuvre », et rien d'autre, entreraient dans le champ d'application.

Pour toutes ces raisons, un effort rédactionnel supplémentaire s'impose, sans quoi la possibilité d'utiliser les marchés négociés après mise en concurrence sera délaissée par les praticiens, ou à l'inverse conduira à de nombreuses errances.

**C - Marché négocié justifié par sa « nature », « complexité », montage » ou « risque »**

Le nouveau texte maintient, une hypothèse classique du droit des marchés. Il s'agit du droit de passer un marché négocié lorsque celui-ci « ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent » (v. *Projet code commande publ. art. R.2124-3, 4°*).

#### *Reconnaissance du professionnalisme nécessaire à l'achat*

Si l'on fait abstraction de formules particulièrement larges (« circonstances particulières liées à sa nature », par exemple), le raisonnement sous-jacent de la disposition est intéressant. La possibilité de recourir au marché négocié en lieu et place de l'appel d'offres repose sur la nécessité de la négociation. Ce n'est que lorsque celle-ci est justifiée par différents motifs (techniques, juridiques, financiers), voire même par des « risques » (dont la nature n'est pas précisée), la réglementation l'autorise.

Cette manière de procéder qui respecte la difficulté de la définition du besoin dans certains cas, et évite ainsi d'avoir à lancer un appel d'offres sur la base d'un besoin mal cerné, apporte une touche de modernité à la réglementation. Cette modernisation se meure sur deux points :

- tout d'abord, la réglementation ne procède pas par « forçage » de la réalité, elle renonce au dogme de l'administrateur omniscient, capable de connaître le métier des opérateurs économiques aussi bien qu'eux, alors qu'il en recherche pourtant le concours.
- ensuite, elle rejoint la nécessité de prendre en compte les évolutions techniques et économiques de plus en plus rapides, au lieu de maintenir des cahiers des charges intangibles imposant des prestations ou des fournitures qui n'existent plus.

#### *Négociation et « co-définition » du besoin*

En poussant le raisonnement à l'extrême, il est possible de soutenir que cette disposition admet pour la première fois que la négociation pourrait être le lieu d'une « co-définition » du besoin. « Co-définition » respectant d'ailleurs les principes de la commande publique, tous les opérateurs en lice devant disposer des mêmes informations tout au long de la procédure.

Une décennie plus tôt, à peine, cette idée était infréquentable. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'elle fasse encore sursauter quelques praticiens. S'ils en doutaient, ils achèveraient de s'en convaincre en se reportant au cas suivant. Le projet de code reprend en effet la possibilité de passer un marché négocié « lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique » » (*Projet Code commande publ. art. R.2124-3, 5°*).

Reste que dans les deux hypothèses de recours à la procédure négociée qui viennent d'être mentionnés, une précision mériterait d'être ajoutée : interdire le recours à la disposition aux acheteurs qui se sont eux-mêmes placés en situation de ne pas disposer de l'expertise nécessaire à la définition de leur besoin. Il conviendrait par exemple d'exclure : le cas où l'acheteur n'a manifestement pas fait l'effort de tenter une définition de son besoin, le cas également où il s'y est pris trop tard, alors qu'il en connaissait l'existence, le cas enfin, où il pouvait s'adjoindre les conseils d'un technicien ou d'un assistant à maîtrise d'ouvrage.

Une solution envisageable pourrait être de reprendre ici la référence à l'« acheteur diligent » contenue dans le droit des modifications en cours d'exécution. Car si personne ne peut définir au juste, ce qu'est un acheteur diligent, on peut reconnaître à la notion le mérite de créer une obligation minimale de professionnalisme en matière d'achat.

## **II – Modifications en cours d'exécution (avenants), encore des progrès à réaliser**

Plusieurs améliorations pourraient être utilement apportées au régime des avenants intégralement repris dans le projet de code de la commande publique. Elles intéressent la définition des cas d'utilisation possible de ces modifications (A), ainsi que leur computation au regard des seuils de mise en concurrence (B).

### **A - Limiter le « débordement » des modifications substantielles**

Le régime des modifications en cours d'exécution paraît conçu en tuyaux d'orgues : il suffit de pouvoir justifier que l'on se trouve effectivement dans l'un des cas cités, pour modifier régulièrement le marché en cours.

Le texte de l'article 139 actuellement en vigueur débute en effet par la disposition : « le marché public peut être modifié dans les cas suivants : ». Puis, suivent six cas numérotés : 1° clauses de rendez-vous ; 2° prestations complémentaires ; 3° circonstances imprévues ; 4° avenant de transfert ; 5° modifications non substantielles, 6° modifications inférieures à 10, ou 15% pour les marchés de travaux.

Cette architecture se retrouve de plus fort dans le projet de code de la commande publique qui consacre un article distinct à chacun des cas (*Projet code commande publique, art. R. 2194-6*). Le futur texte indique même que « le marché public peut être modifié dans les cas prévus aux articles R. 2194-2 à R. 2194-7 » (*Projet préc. art. R. 2194-6*). Le cas étudié présentement, à savoir celui traitant des modifications substantielles est également repris dans un article spécifique (*Idem, art. R. 2194-6*).

Or se développe progressivement l'idée que, quel que soit l'hypothèse sollicitée, celle-ci ne doit pas conduire à une modification substantielle.

### *Arguments en faveur du caractère transversal de l'interdiction des modifications substantielles*

Sans doute une réminiscence de l'ancien état de droit : jusqu'en 2016, en effet, l'avenant était de manière générale tenu pour illégal s'il conduisait à une modification substantielle.

Mais au-delà de la réminiscence, un texte repris dans le prochain code vient accréditer cette surprenante interprétation, et alimente le doute.

Selon le futur article R.2194-7, reprenant le 6° de l'article 139 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, « le marché public peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur (10 % du montant du marché initial pour les services et de fournitures ou à 15 % pour les travaux), *sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R.*

2194-6 sont remplies » (souligné par nous). Il est donc tentant de considérer que si les autres cas autorisant la passation des avenants ne comportent pas cette précision, cela signifie qu'il serait possible de censurer une modification substantielle, alors même qu'elle serait fondée sur un des cas autorisés !

### *Arguments opposés au caractère transversal de l'interdiction des modifications substantielles*

Plusieurs arguments s'opposent à la thèse qui précède.

En premier lieu, il est possible d'affirmer qu'elle contredit la structure même de l'article 139 actuellement applicable, à savoir la numérotation de chaque cas. Il en va d'ailleurs, a fortiori ainsi, de la présentation de chaque cas, désormais par article distinct, dans le code de la commande publique à venir.

En second lieu, la thèse du caractère transversal se heurte à un argument de texte. Il est en effet possible d'affirmer que lorsque les rédacteurs de la disposition ont souhaité qu'elle produise effet sur un autre cas, ils l'ont précisément indiqué. C'est ainsi que l'article 139 actuellement en vigueur indique expressément qu'est une modification substantielle celle qui « d) ... a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4° ». Cette disposition est reprise de la même manière dans le projet de code « 4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R.2194-5 » (*Projet, art. 2194-6°*).

Il est donc raisonnable de penser qu'en aucun cas l'usage des autres hypothèses ne peut être limité par la notion de modification substantielle (sauf lorsque le texte le prévoit expressément).

Mais, ici encore, les choses iraient mieux en les disant. Par exemple, en complétant l'article 2194-1° par l'indication suivante : « la condition tenant à l'impossibilité de modifier substantiellement le marché principal ne s'applique pas, si l'acheteur peut justifier qu'il se trouve dans l'un des cas énoncés au présent article ».

### **B – Rappeler que les avenants ne sauraient permettre le franchissement d'un seuil**

Peut-on franchir un seuil au moyen d'un avenant ? La question appelait une réponse négative avant l'entrée en vigueur des textes de 2015 et 2016.

Non seulement la jurisprudence était constante, mais de plus, chacun voit bien, qu'un risque de fraude aux seuils de passation ne pourrait être évité, si la réponse était différente. Il suffirait en effet alors à l'acheteur public de limiter son marché initial à un montant inférieur aux seuils imposant le respect des procédures formalisées (appel d'offres en l'occurrence) pour échapper à celles-ci, puis, dans un second temps de passer un avenant permettant de s'affranchir de la procédure applicable.

La règle est évidente, et nécessaire, si l'on veut éviter le retour aux anciennes pratiques de fractionnement de la commande publique.



Or, tant le décret de 2016, que le projet de code de la commande publique paraissent avoir définitivement délaissé la question.

Il semble en effet qu'il ne soit plus nécessaire de vérifier que le seul montant de l'avenant, et non pas son cumul avec le marché initial. Le futur article R.2194-7 reprend la règle posée par l'actuel article 139, suivant laquelle « le marché public peut être modifié *lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens* qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 %... ou à 15 % du montant du marché initial... ». Pour le dire simplement, l'avenant, et lui seul, ne doit pas dépasser le seuil de mise en concurrence. Il n'est plus nécessaire de l'additionner au marché principal pour vérifier que le seuil n'est pas méconnu, ce qui réalise un assouplissement considérable de la réglementation.

Il reste bien une autre disposition qui pourrait contredire cette interprétation. Selon l'article R.2194-8 (reprenant l'ancien point I de l'article 140 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016) : « dans les cas prévus aux articles R. 2194-3 et R. 2194-4, lorsque le marché public est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché public initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. *Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence* » (souligné par nous).

Si l'on laisse de côté la question du pourcentage de 50% qui ne nous intéresse pas ici (mais qui permet tout de même d'augmenter de 50% le marché initial, en cas de commandes supplémentaires ou de circonstances imprévues, c'est-à-dire, autant de fois que l'on signe un avenant !), la dernière phrase pourrait être interprétée comme interdisant de franchir des seuils de passation. Mais, il ne s'agit là que d'une interprétation possible, laquelle demanderait à être confirmée par une règle rappelant expressément l'interdiction de franchir les seuils en question.

Pour conclure sur ces deux sujets, si l'on veut obtenir le respect de l'obligation de mise en concurrence, il faut des règles clairement définies. On touche ici aux limites de la codification à droit constant. Il ne s'agit pas de reprendre le texte précédant, il faut encore améliorer celui-ci, lorsque, comme ici, il ne va pas... sans une certaine ambiguïté.