

# Focus sur la rénovation du régime des marchés publics

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, a été publiée au Journal Officiel du 24 juillet 2015. Ce texte poursuit l'entreprise de transposition des directives marchés publics de l'Union Européenne du 26 février 2014 (directive 2014/24/UE et 2014/25/UE), après le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesure de simplification applicable aux marchés publics. La réforme issue de l'ordonnance du 23 juillet 2015 apporte un certain nombre de modifications aux règles de passation et d'exécution des marchés publics.



## **Une nouvelle définition pour les marchés publics de travaux**

Les marchés de travaux connaissent en effet une évolution majeure puisque toute référence à la maîtrise d'ouvrage publique a été abandonnée. La définition retenue par le texte est conforme à celle consacrée par le droit de l'Union Européenne. Les marchés publics de travaux sont définis comme étant ceux qui ont pour objet :

1) Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal Officiel.

2) Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Le texte consacre ainsi l'abandon du critère de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le pouvoir adjudicateur.

## **Simplification des catégories juridiques**

Désormais, tous les marchés publics passés par des personnes publiques sont concernés, alors qu'auparavant les marchés passés par les établissements publics industriels et commerciaux de l'État ou par d'autres personnes publiques non soumises au code ne pouvaient être qualifiés de contrats administratifs qu'au regard de critères jurisprudentiels (clause exorbitante de droit commun, participation à l'exécution même du service public...).



### **Simplification du champ d'application**

L'ordonnance du 23 juillet 2015 poursuit notamment l'objectif de regrouper les textes de la commande publique et de mettre fin ainsi à la distinction entre les marchés publics soumis au code et ceux soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005. Conformément aux termes des articles 9, 10 et 11 de l'ordonnance, celle-ci s'appliquera tant au pouvoir adjudicateur qu'aux entités adjudicatrices.

## **Des précisions sur la passation des marchés**

En application des dispositions de l'article 40 de l'ordonnance, au-delà d'un certain seuil d'investissement fixé par voie réglementaire, l'acheteur devra mener une évaluation préalable des modes de réalisation du projet.

### **Les « marchés de partenariat »**

L'ordonnance rationalise les partenariats publics privés en supprimant des catégories qui existaient jusqu'alors (BEA, BEH...). L'ordonnance entend ainsi sécuriser le recours à ces contrats complexes et consacre leur statut de marchés publics. Ces marchés dits de partenariat auront notamment pour objet « la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrage, d'équipement ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice

d'une mission d'intérêt général». Les conditions de recours sont toutefois plus strictes puisqu'en effet il ne sera possible d'y recourir que si le montant du marché excède un seuil fixé par voie réglementaire et que le recours à ce type de marché présente un « bilan plus favorable notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet ».

## **Poursuite des objectifs de développement durable**

L'ordonnance du 23 juillet 2015 autorise les acheteurs publics, à intégrer dans les conditions d'exécution du marché des exigences d'ordre social ou environnemental, pourvu qu'elles soient « liées à l'objet du marché public ». Cette notion de « lien avec l'objet du marché » a été définie de façon très large par l'ordonnance.

### **Un protectionnisme accru**

En application de l'ordonnance, les acheteurs peuvent opposer des critères ou des restrictions fondés sur l'origine des produits ou la nationalité des opérateurs, si ces derniers viennent de pays qui n'ont signé aucun accord international avec l'Union Européenne sur les marchés publics.

## **Contrôle renforcé sur la sous-traitance**

L'article 62 de l'ordonnance précise désormais que les acheteurs pourront exiger que « certaines tâches essentielles » soient réalisées directement par le titulaire du marché. À ce jour, la notion de tâches essentielles n'étant pas définie, les conditions de mise en œuvre de cette disposition devront être précisées par voie réglementaire. De même, les acheteurs pourront demander des explications lorsque l'offre d'un sous-traitant apparaît anormalement basse. Si après vérification des justifications fournies par l'opérateur, l'acheteur établit que le montant des prestations est anormalement bas, le pouvoir adjudicateur aura la possibilité d'écarter les offres ou de refuser un sous-traitant.

### **La réaffirmation du principe d'allotissement**

L'ordonnance du 23 juillet 2015, en son article 32, réaffirme le principe selon lequel les acheteurs doivent passer leurs marchés en lots séparés, sauf s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. Cette disposition a notamment été présentée par les pouvoirs publics comme étant destinée à favoriser des PME aux marchés publics. Toujours en ce qui concerne les PME, il convient également de relever qu'aux termes de l'article 87 de l'ordonnance, les titulaires des marchés de partenariat devront faire appel à des PME pour une part de leur marché fixée par décret.

## **Sur les procédures de passation**

L'article 42 de l'ordonnance distingue trois hypothèses.

1) Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil européen (soit à ce jour 5 186 000 € HT pour les marchés de travaux). Le marché public est passé selon l'une des procédures formalisées suivantes :

a. Ouvert ou restreint par laquelle l'acheteur choisi l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;

b. La procédure concurrentielle avec négociation, par laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

c. La procédure négociée avec mise en concurrence préalable ;

d. La procédure de dialogue compétitif, dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ;

2) Selon une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes fondamentaux de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil européen ou en fonction de l'objet du marché.

3) Selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable. Il convient de souligner que les modalités des procédures seront précisées par voie réglementaire.

## **Conclusion et entrée en vigueur**

L'ordonnance du 23 juillet 2015 insiste sur la nécessité d'une plus grande ouverture aux petites et moyennes entreprises, pour l'exécution des prestations et travaux. Ce faisant, l'ordonnance témoigne de la volonté du gouvernement de continuer à favoriser l'accès des PME à la commande publique. Il sera rappelé que les directives « marchés publics » doivent être transposées en droit interne au plus tard le 1er avril 2016. Le projet de décret relatif aux marchés publics et annoncé par

l'ordonnance du 23 juillet 2015 a été mis en ligne sur le site de la direction des affaires juridiques le 5 novembre 2015. Une consultation publique a été ouverte jusqu'au 4 décembre 2015. L'article E de la cinquième partie « dispositions finales » du projet de décret précise que « l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et le présent décret entrent en vigueur le 1er avril 2016 ».

*Par M<sup>e</sup> Christophe Laurent, avocat au Barreau de Chambéry*

Publié le 16 décembre 2015 – La Vie Nouvelle