

# MARCHÉS PUBLICS :

LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS ENTRE EN VIGUEUR

LE 1<sup>ER</sup> AVRIL 2019 !

▶ Par Hamid ETTAHI  
hamid.ettahfi@ac-clermont.fr

Attendu depuis deux ans par les acheteurs publics, le code de la commande publique (CCP) a été publié le mercredi 5 décembre au Journal officiel de la République française. Comportant 1 747 articles, le code de la commande publique regroupe l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique. Il intègre notamment les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, à la sous-traitance, aux délais de paiement et ainsi qu'à la facturation électronique. Afin de laisser un temps d'appropriation aux acheteurs, le code s'appliquera aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1<sup>er</sup> avril 2019. Sur le fond, on n'assiste pas à de véritables modifications de la réglementation, la codification se faisant à droit constant. C'est surtout un travail de simplification, d'harmonisation et de renumérotation des textes en vigueur.

Une des objectifs majeurs du nouveau code de la commande publique consistait à rationaliser et à moderniser le droit de la commande publique découlant de la transposition des directives européenne de 2014. Cette codification est la conséquence directe de la loi <sup>(1)</sup> du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite loi « Sapin II ». En effet, l'article 38 autorisait le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de la loi, à l'adoption de la partie législative du code de la commande publique. Ce code regroupe et organise à droit constant 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. Comme prévu par l'habilitation, certaines règles jurisprudentielles parmi les plus importantes sont désormais codifiées. Cela concerne notamment le régime des biens d'une concession de service public ou de travaux en fin de contrat ou encore la définition d'une offre anormalement basse.

Au total, le code regroupe plus de trente textes qui permettront à l'acheteur de bénéficier d'un unique outil de référence qui garantira une commande publique plus simple et plus lisible. Malgré l'épaisseur du code, la réduction du corpus relatif à la commande publique serait d'environ de 40 %. Cette simplification administrative a également pour objectifs de sécuriser les procédures des acheteurs publics et d'ouvrir davantage la commande publique aux PME. Cette refonte intervient à droit constant, 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.

### **Concrètement, le code de la commande publique est constitué d'une partie législative :**

- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique <sup>(2)</sup>.

### **Et d'une partie réglementaire :**

- Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique <sup>(3)</sup>.

La partie réglementaire s'appliquera aux marchés publics et aux contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication depuis le 1<sup>er</sup> avril 2019.

À la demande du Conseil d'État, un titre préliminaire a été ajouté au code de la commande publique. Le titre préliminaire rappelle les principes fondamentaux de la commande publique et définit, en outre, les éléments essentiels du régime juridique commun à la plupart des contrats de la commande publique.

Après le rappel du choix dont disposent tous les acheteurs et autorités concédantes de faire appel à leurs propres moyens plutôt qu'à un contrat de la commande publique pour répondre à leurs besoins et de la définition de ces contrats, l'article L. 3 énonce les principes fondamentaux de la commande publique (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel) : « 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. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures.

### **Ces principes fondamentaux sont simples, et anciens :**

- La liberté d'accès aux marchés publics (pas de préférence locale, publicité adéquate, mise à disposition des documents de la consultation) ;
- L'égalité de traitement des candidats (on ne doit pas exiger des candidats plus de documents que ceux prévus

par la réglementation) ;

- La transparence des procédures (mise en concurrence des fournisseurs, traçabilité des procédures, transparence des choix effectués, dématérialisation, ouverture des données essentielles des marchés publics...).

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

À l'occasion de l'examen du code de la commande publique par le Conseil d'État, celui-ci a tenu à souligner la nécessité d'appeler l'attention des acteurs de la commande publique sur le fait que, conformément à la jurisprudence, ces principes peuvent trouver à s'appliquer, selon des modalités qu'il leur appartient de définir, à la passation de certains contrats alors même que le code ne fixe, en ce qui les concerne, aucune règle précise. Le Conseil d'État consacre également la durée limitée des contrats (Article L5).

Partant du principe que la plupart des contrats de la commande publique sont des contrats administratifs par détermination de la loi (les contrats conclus par des personnes morales de droit public) ou application des principes jurisprudentiels (les contrats en raison de leur objet ou de leurs clauses), l'article L. 6 procède à la codification des principales règles générales, issues de la jurisprudence administrative, applicables aux contrats administratifs (pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, principe de continuité du service public, imprévision, pouvoir de modification unilatérale du contrat sans bouleversement de l'équilibre du contrat et de résiliation unilatérale du contrat).

L'option de regrouper les parties législatives et réglementaires par thématiques ou phases de procédures n'a pas été retenue : trop complexe à réaliser pour un code qui compte plus de 1700 articles et des procédures très diversifiées.

### **Le code de la commande publique contient en trois parties :**

**La première partie** est consacrée aux définitions et à leur champ d'application. Il est question des différents types de contrats : les marchés publics et les contrats de concessions. Les contrats de concession peuvent porter sur une concession de service public ou sur une concession de service simple, qui ne porte pas sur un service public. Le champ d'application du nouveau code est beaucoup plus large que les anciens textes qui excluaient certains marchés qui ne se prêtaient pas aux règles de procédures et de publicité fixaient par la transposition des directives européennes. Dorénavant, ces contrats sont intégrés au code de la commande publique car ils sont concernés par les textes relatifs à la sous-traitance, aux délais de paiement et à la facturation électronique. Il est également question des acteurs de la commande publique (acheteurs, autorités concédantes, pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et opérateurs

économiques). Cette première partie (livre III) précise également les règles applicables aux contrats destinés à satisfaire des besoins ne relevant qu'en partie du code de la commande publique ou relevant de plusieurs de ses parties (contrats mixtes).

**La deuxième partie** développe les règles applicables aux marchés publics (marchés, marchés de partenariat, marchés de défense ou de sécurité et autres marchés publics). Le livre I est structuré autour de la vie du contrat de sa préparation jusqu'à son exécution. Le code présente l'ensemble des procédures de passation auxquelles peuvent recourir les acheteurs dans la mise en œuvre de leur politique d'achat (seuil, objet). Il présente et définit (nouveau) la notion de « techniques d'achats » et explique ce qui relève de cette technique et ce qui relève des procédures. La notion de technique d'achat regroupe l'accord-cadre (les anciens marchés à bons de commande par exemple), le concours, le système de qualification des entités adjudicatrices,

le système d'acquisition dynamique, le catalogue électronique et les enchères électroniques.

Les EPLE sont surtout concernés par le titre II qui traite des contrats les plus utilisés par les établissements scolaires : les marchés à procédures adaptés (chapitre III). Ces marchés ne font l'objet d'aucun changement. En revanche, les marchés adaptés passés en fonction de leur montant (article 27 du décret du 25 mars 2016) et de leur objet (services sociaux et juridiques de l'article 28 du décret du 25 mars 2016) sont traités dans le même article (R2123-1). Rappelons qu'un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au code, peut être passé sur la base d'un M.A.P.A quelle que soit la valeur estimée du besoin. C'est le cas par exemple des services de restauration.

La technique des « petits lots » est maintenue. L'acheteur peut toujours recourir à une procédure adaptée pour passer un lot d'un marché alloti dont



le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée soit 221 000 € HT. Le lot concerné doit remplir toutefois les deux conditions suivantes :

- la valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 € hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'€ hors taxes pour des travaux ;
- le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

La deuxième partie traite aussi des règles relatives à la publicité et à la communication et échanges d'information (dématérialisation, confidentialité...). On trouvera également les règles relatives à la phase de candidature et d'offre (présentation, contenu et examen). Grâce à la jurisprudence, les offres anormalement basses font l'objet maintenant d'une définition à l'article L.2152-5.

Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses.

Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans les conditions prévues à l'article R2152-3.

Cette partie se termine avec les phases d'achèvement de la procédure (information des candidats évincés, signature et notification du marché, l'avis d'attribution, la conservation des informations et l'abandon de la procédure) et d'exécution du marché

(facturation électronique, sous-traitance, modification du marché et résiliation...). L'avis d'attribution ne doit pas être confondu avec la mise à disposition des données essentielles. C'est un avis de publicité que l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché. Cet avis ne concerne que les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens. Quant aux données essentielles, ce sont des informations relatives aux marchés publics (procédure de passation, contenu du contrat et exécution du marché) accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable par les entreprises.

**La troisième partie** traite des dispositions générales applicables aux contrats de concession (préparation, passation et exécution). Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises code de la commande publique confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Ce sont les anciennes délégations de services publics (ramassage des ordures, exploitation d'une cantine scolaire...).

Ces contrats ne concernent pas les EPLE en tant qu'acheteurs.

Même « à droit constant » le droit de la commande publique est appelé à évoluer de manière permanente. Certaines dispositions issues de la loi sur les états généraux de l'alimentation doivent être intégrées, comme celles d'ailleurs de la loi « Elan » du 23 novembre 2018. La Direction des affaires juridiques

doit également publier une table de concordance entre les anciennes et les nouvelles numérotations. Une refonte des CCAG est également en préparation. Le chantier de la dématérialisation n'est pas encore terminé et la signature électronique n'est toujours pas obligatoire en raison des contraintes techniques rencontrées par les acheteurs et les entreprises. ■

## SOURCING

La Direction des Achats de l'État a publié un guide entièrement consacré au « sourcing » opérationnel, réalisé en amont d'un projet d'achat ou d'une consultation spécifique.

Le sourcing, ce sont les études et échanges préalables avec les opérateurs économiques destinés à préparer la passation d'un marché. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les grands principes de la commande publique et notamment l'égalité de traitement des candidats.

Ce guide ne traite pas du « sourcing » stratégique réalisé dans le cadre d'une veille plus large (internet, revues spécialisées, salons professionnels...).

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dae/doc/Guide\\_sourcing.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_sourcing.pdf)

<sup>(1)</sup> 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 (1) : <http://bit.ly/2lglur4>

<sup>(2)</sup> Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique : <http://bit.ly/2UdBFXq>

<sup>(3)</sup> Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique : <http://bit.ly/2Uz5EOS>