



LE NOUVEAU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Mars 2019 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

CKS Public

Le nouveau Code de la Commande Publique (CCP), dont les parties législative et réglementaire sont parues au Journal Officiel de la République Française le 5 décembre 2018, entrera en vigueur à compter du 1er avril prochain.

L'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique est désormais rassemblé au sein de ce code.

En effet, le CCP intègre notamment, en plus de l'ordonnance et du décret relatifs aux marchés publics, les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (Loi MOP et ses décrets d'application), à la sous-traitance (Loi du 31 décembre 1975), aux délais de paiement, à la facturation électronique, etc.

Ce texte est une codification à droit constant (compilation de textes préexistants sans innovation juridique majeure), sous réserve des modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs, abroger les dispositions obsolètes ou devenues sans objet, et adapter les textes aux collectivités d'outre-mer.

Il reprend également un certain nombre de règles issues de jurisprudences anciennes et constantes.

Dates clés :

- ❑ 1997 / 2004 / 2009 : tentatives échouées de codification du droit de la commande publique
- ❑ Février 2014 : publication des nouvelles directives européennes relatives à la commande publique
- ❑ Juillet 2015 et janvier 2016 : transposition en droit français des directives européennes
- ❑ Décembre 2016 : habilitation de 24 mois donnée au Gouvernement pour codifier le droit de la commande publique (Loi Sapin 2)
- ❑ 2017 / 2018 : chantier de codification mené par le Gouvernement
- ❑ 5 décembre 2018 :
 - Publication de l'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique ;
 - Publication du Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.
- ❑ 1er avril 2019 : entrée en vigueur du code de la commande publique.

La forme du CCP

Le CCP se compose de 1747 articles dans sa version initiale, répartis en un titre liminaire et deux grandes parties :

- Le titre liminaire, composé des articles L.1 à L. 6, comporte les grands principes communs à tous les contrats de la commande publique ;
- La partie législative contenue dans l'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 (articles L.)
- La partie réglementaire contenue dans le Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 (articles R.).

Ces deux « parties » étant elles-mêmes divisées en trois sous-parties, reprenant ainsi la distinction opérée en droit européen entre marchés et concessions :

- Un titre liminaire reprenant des définitions et leur champ d'application ;
- Une partie sur les marchés publics ;
- Une partie sur les contrats de concessions.

A ces blocs législatif et réglementaire pourront s'ajouter des annexes (arrêtés et avis).

Les nouveautés introduites par le CCP

Définition de l'offre anormalement basse

L'article L2152 reprend la jurisprudence (Conseil d'État, Ministre de l'Intérieur contre Société Artéis, 29/05/2013, n°366606^[1]) et définit une offre anormalement basse (OAB) comme une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

Bien que le législateur ait réalisé un effort de clarification, on peut toutefois regretter que cette définition ne soit pas plus précise quant au caractère « manifestement sous-évalué » du prix qui risque de susciter des interrogations de la part des acheteurs, interrogations qui seront sans doute levées lors des premiers recours à ce sujet.

Création d'un article sur la résiliation

Le CCP prévoit les différentes possibilités de résiliation qui sont offertes à l'acheteur, ce qui n'était pas le cas dans les anciens textes. En effet, seuls les CCAG précisaient les cas dans lesquels la résiliation d'un marché était possible.

C'est le Chapitre V de la partie législative (articles L2195-1 et suivants) qui fixe ce cadre juridique pour les marchés passés par les personnes morales de droit public en déterminant les motifs de résiliation : cas de force majeure, faute d'une gravité suffisante, motif d'intérêt général, le fait que le cocontractant soit dans un des cas d'exclusion prévus au Code, etc.

Rappel du pouvoir de modification unilatérale de l'administration pour les contrats administratifs

L'article L6 du CCP (Titre Liminaire de la partie législative) consacre officiellement la faculté pour l'autorité contractante de procéder à la modification unilatérale du contrat, à condition de ne pas en bouleverser l'économie générale et d'indemniser le titulaire.

Les modifications contractuelles du marché (article L2194-1) peuvent donc désormais être opérées de manière unilatérale par l'acheteur.

^[1] Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 29/05/2013, 366606

Précision sur la répartition des rôles entre l'acheteur et le jury de concours

L'article R2162-16 précise qu'en cas de mise en œuvre d'un concours retreint, il appartient d'une part au jury de rendre un avis sur les candidatures et, d'autre part, à l'acheteur de fixer, au vu de cet avis, la liste des candidats admis à concourir.

Suppression de la distinction entre la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence

La terminologie en matière de procédure formalisée avec négociation a été modifiée. L'article L2124-3 dispose que « La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques. ».

La procédure avec négociation remplace donc la PCN pour les pouvoirs adjudicateurs et la procédure négociée pour les entités adjudicatrices.

Attention toutefois, cette unification de la terminologie ne modifie en rien les conditions de recours à la procédure avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs (art R2124-3).

Définition des techniques particulières d'achat

L'article L2125-5 introduit une liste et une définition des techniques particulières d'achats auxquelles les acheteurs peuvent avoir recours (accord-cadre, concours, système de qualification, système d'acquisition dynamique, catalogue électronique, enchères électroniques) afin d'en faciliter l'identification et la mise en œuvre.

Intégration d'un chapitre sur les modes de règlement alternatif des différends

Le CCP intègre dans un chapitre à part entière un ensemble de dispositions sur le règlement alternatif des différends (conciliation, médiation, transaction, arbitrage) afin d'inciter les acteurs de la commande publique à se diriger davantage vers ces modes de règlement des différends.

Extension du principe « Dites-le nous une fois » aux procédures adaptées

Jusqu'à présent réservé aux procédures formalisées (art 51 et 53 du Décret 2016-360), le principe du « Dites-le nous une fois » est officiellement étendu aux procédures adaptées (art R2143-13 et R2143-14).

Simplification des conditions de recours aux modifications pour prestations supplémentaires

L'article 139 du Décret 2016-360 prévoit actuellement qu'un marché peut être modifié lorsque des prestations/travaux supplémentaires sont devenus nécessaires à la double condition que le changement de titulaire :

- Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ;
- Présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.

L'article R2194-2 ne reprend qu'en partie cet article puisqu'il supprime la seconde condition, ce qui permet un recours plus large à ce cas de modification en cours de marché.

Extension du champ d'application des marchés globaux

L'article L2171-2 étend le recours aux marchés publics globaux au cas de construction de bâtiments neufs dépassant la réglementation thermique en vigueur rendant ainsi nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Elargissement des conditions de recours aux marchés publics sectoriels pour les établissements publics de santé et autres organismes du Code de la sécurité sociale

Dans le cadre des marchés publics sectoriels passés par les établissements publics de santé, les organismes mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et les structures de coopération sanitaire, l'article L2171-5 n'impose plus d'inclure la maintenance du bâtiment ou de l'équipement dans ces marchés.

Un Code qui évolue déjà sur le volet économique

A peine publié, le CCP subit déjà des modifications. En effet, le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique a été publié le mercredi 26 décembre au Journal officiel et modifie à la fois le Décret de 2016 et le nouveau code.

Il prévoit diverses mesures d'ordre économique intégrées directement dans le CCP :

- Création d'une expérimentation de trois ans permettant aux acheteurs de passer des marchés négociés pour leurs achats innovants d'un montant inférieur à 100 000 € afin de soutenir l'innovation dans la commande publique ;
- Dispositions en faveur des petites et moyennes entreprises (titulaires de marchés ou sous-traitants) pour les marchés passés par l'Etat :
 - Taux de l'avance porté à 20 % au lieu de 5% initialement (art R. 2191-7 du CCP)
 - Taux de retenue de garantie de 3% maximum (art R2191-33 du CCP).
- Précision sur la révision des prix : l'article R2112-13, instaure l'obligation pour les acheteurs de prévoir une révision des prix dans le cas de marchés cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.

Le code sera également modifié courant 2019 par le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), actuellement discuté au sénat, avec, notamment, l'interdiction d'émettre des ordres de service portant sur des travaux supplémentaires nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage sans rémunération du titulaire du marché

Le nouveau CCP s'inscrit ainsi dans le prolongement d'une réforme engagée au niveau européen depuis 2014, et en France depuis 2015, nourrie par une volonté de modernisation et de simplification de la réglementation, tout en redonnant à la commande publique un véritable sens économique.

Les dernières statistiques publiées par l'Observatoire économique de la commande publique (OECP) montrent en effet que le volet économique de la commande publique ne peut être négligé dans la mesure où il constate :

- Une progression constante en nombre et en montant des marchés publics recensés (environ 89 milliards d'euros HT par an pour plus de 163 500 contrats[2]).
- Une part croissante des PME dans la commande publique, bien qu'encore insuffisante, (29,4 % en montant et 57,5 % en nombre de marchés), avec une progression de plus de 4 points dans les marchés de l'Etat (en montant).

C'est dans ce cadre qu'ont été formés plusieurs groupes de travail au sein de l'OECP :

- GT TPE / PME : ce groupe de travail rassemble fédérations professionnelles et acheteurs ; il a pour objectif de dégager des lignes directrices communes sur des thématiques importantes de la commande publique (ex : allotissement, négociation, pénalités, sous-traitance, etc.) dans un nouveau guide opérationnel, axé sur les bonnes pratiques permettant un meilleur accès des PME à la commande publique.

[2] Chiffres établis sur la base du recensement annuel des marchés supérieurs à 90 000 €HT

- GT Achat public innovant : ce groupe est composé principalement d'acheteurs et d'institutionnels ; il a été mis en place afin de refondre le « guide pratique de l'achat innovant » publié en 2014, au vu des évolutions réglementaires (nouveaux textes de la commande publique) et des pratiques / outils (ex : sourcing, partenariat d'innovation, mesure des achats innovants, etc.).

D'autres travaux d'harmonisation sont également en cours, notamment ceux portés par le groupe de travail DAJ « avis de publicité nationaux », dont l'objet est d'harmoniser les avis en-deçà des seuils européens. Ce groupe de travail, composé d'éditeurs d'avis, d'acheteurs publics et de représentants des fédérations professionnelles devrait permettant la prise d'un arrêté avant fin 2019.

Une harmonisation européenne toujours en cours

La Commission n'est pas en reste et travaille actuellement à l'actualisation des avis standards européens (« e-forms ») afin d'améliorer l'accessibilité pour les opérateurs économiques et le pilotage de la commande publique, par la structuration des données et leur interopérabilité (ex : lien avec le DUME). La DAJ est associée aux travaux techniques, avec pour échéance la modification du règlement européen courant 2019 et une mise en œuvre prévisionnelle en 2022.

Par ailleurs, la transformation numérique de la commande publique opérée en France tout au long de l'année 2018 constitue un nouveau pas vers une harmonisation des règles en la matière au niveau européen. Cette transformation porte sur le Document Unique de Marché (DUME), la dématérialisation des procédures de passation, la facturation électronique ou encore la concrétisation de l'open data. L'objectif étant, à terme, pour les Etats membres de l'Union Européenne, de disposer d'une réglementation unique sur la dématérialisation des marchés publics afin d'en faciliter l'accès et d'en réduire les coûts.

Une transposition respectueuse des objectifs énoncés par la CE

La Commission Européenne avait présenté fin 2017 deux communications et une recommandation en matière de commande publique, en mettant l'accent sur six domaines prioritaires d'évolution :

- Le recours accru aux critères de l'innovation, du respect de l'environnement et de la responsabilité sociale dans l'attribution des marchés publics ;
- La professionnalisation des acheteurs publics ;
- L'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics à l'intérieur de l'Union et celui des entreprises de l'UE aux marchés publics des pays tiers ;
- Le renforcement de la transparence, de l'intégrité et de la qualité des données relatives aux marchés publics ;
- La numérisation des processus de passation de marchés ;
- Une coopération accrue entre les acheteurs publics dans l'ensemble de l'Union.

La transposition des directives européennes de 2014 en droit national et la publication du CCP donnent un cadre favorable à la poursuite de ces objectifs.