



ARTICLE

PUBLICATION DE L'ORDONNANCE N° 2015-899 DU 23 JUILLET 2015

Immobilier et Construction Droit de l'environnement Droit public et commande publique Droit européen | 03/06/16 | Vincent Brenot Emmanuelle Mignon



Publication de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : première étape de la modernisation de la commande publique.

L'ordonnance relative aux marchés publics transpose, en droit français, les deux directives européennes 2014/24/ UE et 2014/25/UE du 26 février 2014 afin de rassembler, au sein d'un corpus juridique unique, les règles communes applicables aux contrats qualifiés de « marchés publics ». L'ordonnance entrera en vigueur lorsque les décrets d'application seront publiés et au plus tard le 18 avril 2016. L'ordonnance s'appliquera aux contrats pour lesquels une procédure sera engagée à une date qui ne peut être antérieure au 1er janvier 2016.

L'ordonnance vise à :

- Mettre fin à l'habilitation législative issue du décret-loi du 12 novembre 1938 autorisant le pouvoir réglementaire à fixer les règles applicables aux marchés publics des collectivités territoriales ;
- Mettre fin à la dichotomie entre les acheteurs soumis au code des marchés publics (CMP) et ceux soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ;
- Moderniser la loi relative à la Maîtrise d'Ouvrage Publique (MOP) avec notamment une redéfinition du rôle des intervenants ;
- Faciliter la compréhension de la commande publique en simplifiant les textes et en réduisant leur volume d'environ 40% (les dispositifs actuels figurent au sein de 17 principaux vecteurs juridiques différents, soit 3 codes, 10 textes législatifs et 4 décrets).

Les novations principales dans cinq domaines

1. L'ordonnance qualifie tous les marchés publics passés par les personnes publiques (y compris les établissements publics à caractère industriel et commercial – EPIC) de contrats administratifs, qui relèveront donc de la compétence du juge administratif. Elle simplifie ainsi la répartition du contentieux entre juge judiciaire et juge administratif.

▪ L'article 3 dispose que « *les marchés publics passés par des personnes morales de droit public en application de la présente ordonnance sont des contrats administratifs* ». Actuellement, seuls les marchés passés en application du code des marchés publics sont, par application de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF », qualifiés de contrats administratifs : les contrats pris en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 ne sont qualifiés de contrats administratifs que s'ils remplissent les critères fixés par la jurisprudence (présence d'une personne morale, clause exorbitante du droit commun ou exécution du service public). Désormais, tous les marchés publics passés par les personnes morales de droit public (y compris les EPIC) seront des contrats administratifs dont le contentieux relèvera du juge administratif.

▪ Le dispositif ne concerne donc pas les personnes morales de droit privé.

2. L'article 8 introduit « le concours d'architecte » et prévoit que « le concours est une procédure selon laquelle l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement des données ».

3. L'ordonnance réaffirme le principe de l'allotissement.

▪ L'article 32 de l'ordonnance maintient le principe de l'allotissement, sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification des prestations distinctes (et sauf en cas de marchés publics globaux ou pour les marchés publics de défense ou de sécurité). L'acheteur doit motiver le choix de ne pas allouer un marché, selon des modalités qui seront fixées par voie réglementaire.

▪ Les titulaires des marchés de partenariat devront faire appel à des PME pour un part de leur marché fixée par décret (Art.87).

4. Le projet d'ordonnance élargit les possibilités de recours aux marchés globaux autour :



- Des marchés publics de conception-réalisation (Art.33) : il s'agit de marché de travaux « qui permet à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux » ;

- Des marchés publics globaux de performance (Art.34) : il s'agit de marchés « qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique » ;

- Des marchés publics globaux sectoriels (Art.35) : il s'agit de marchés visant à confier à un opérateur économique une mission globale dans certains secteurs (immeubles affectés à la gendarmerie, police nationale, pompiers de Paris, systèmes de communication et d'information répondant aux besoins du ministère de l'intérieur, etc.).

5. L'ordonnance réunit les contrats de partenariat de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 ainsi que d'autres montages contractuels complexes déjà existants, dans une nouvelle catégorie de contrat : « les marchés de partenariat ».

- Objet et champ d'application du marché de partenariat (Art.67) : il s'agit d'un marché public soumis aux dispositions générales de la première partie de l'ordonnance (à l'exception de certains articles, notamment ceux sur l'allotissement, l'interdiction de paiement différé, etc.). Il est également soumis aux dispositions spécifiques relatives aux marchés de partenariat prévues par la deuxième partie.

- Le marché de partenariat permet à une personne publique de confier à un opérateur économique ou un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet (i) la « construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général », ainsi que (ii) « tout ou partie de leur financement ». La mission globale peut également avoir pour objet (iii) tout ou partie de la conception, (iv) « l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation de ces ouvrages, équipements ou bien immatériels ou une combinaison de ces éléments » et (v) la « gestion d'une mission de service public ».

- Le titulaire du marché assure la maîtrise d'ouvrage.

- Deux conditions de recours au marché de partenariat (Art.75) :

- le recours à ce type de marché ne sera autorisé, par secteur de marché, qu'au-delà d'un seuil fixé ultérieurement par décret ;

- le recours au marché de partenariat doit donner lieu à une évaluation préalable qui conduit au choix du mode de réalisation du projet et fait apparaître « les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent l'acheteur à opter pour la passation d'un marché de partenariat ». Cette évaluation préalable doit comporter également une étude de soutenabilité budgétaire par la ou les instances publiques concernées au-delà d'un seuil fixé ultérieurement par décret (le chiffre de 100 millions d'euros serait avancé).

- Dans l'objectif recherché par les pouvoirs publics de mieux contrôler la dépense publique par le coût de revient (Art.64 pour les marchés publics et Art.74 pour les marchés de partenariat), le recours au marché de partenariat est centré autour d'une condition essentielle, tenant au bilan coût/avantage économique favorable : « La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'évaluation préalable démontre [...] que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui d'autres contrats de la commande publique ». Les modalités d'établissement de ce bilan seront fixées par voie réglementaire.

- Élargissement des possibilités de financement du marché de partenariat : le marché de partenariat est éligible à des subventions et autres participations financières pouvant être adaptées à la durée du contrat (article 80-II).

- Les acheteurs publics peuvent participer, de manière minoritaire, au capital du titulaire du marché lorsque celui-ci est constitué en société, par exemple sous forme de groupement d'entreprises. Dans ce cas, les statuts de la société précisent la répartition des risques entre les actionnaires, sous forme d'un pacte d'actionnaires, ainsi que les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêts (article 80-III).

- L'article 89 de l'ordonnance prévoit que « le marché de partenariat peut prévoir une clause indemnitaire spécifique, réputée divisible du contrat, ou un accord intermédiaire distinct permettant au titulaire, en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, de prétendre, après déduction des éventuelles pénalités, des réfections résultant de ses manquements contractuels, du préjudice subi par la personne publique et de toute autre somme prévue par les parties, au remboursement des dépenses, directes et indirectes, qu'il a exposées pour l'exécution du contrat et qui ont été utiles à l'acheteur ». Cette clause, divisible du contrat, pourra survivre à son annulation, ce qui permettra de sécuriser les financements dans le cadre des marchés de partenariat.

Conclusion :



L'ordonnance donne une bonne visibilité de la réforme de la commande publique qu'elle amorce. Un certain nombre de mesures devront être précisées par voie réglementaire afin d'avoir une vision complète du nouveau cadre juridique de la commande publique. Elle insiste sur la nécessité d'une plus grande ouverture aux petites et moyennes entreprises, pour l'exécution des prestations et travaux.

Vincent Brenot, associé

Christian Pierret, associé

Emmanuelle Mignon, associé
