

Le point sur la réforme de la réglementation des marchés publics



Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Septembre 2015



Attendue depuis l'adoption de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, l'ordonnance relative aux marchés publics est parue au journal officiel du 24 juillet dernier.

Pour être exact, il est rappelé que la transposition partielle de cette directive est déjà intervenue.

En effet, les mesures estimées les plus enclines à participer à la relance de l'économie ont intégré le droit positif par le biais du décret 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics.

Il s'agissait de :

- l'encadrement de la liberté des acheteurs publics quant à leurs exigences de capacité financière : le chiffre d'affaires annuel minimal ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot ;
- la création du partenariat d'innovation ;
- l'allègement des dossiers de candidature : les candidats ne sont plus tenus de fournir les documents et renseignements que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations.

Ceci étant observé, d'emblée il sera relevé que la réforme opérée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 se caractérise par :

- l'institution d'un nouveau code des marchés publics qui ne sera plus uniquement de valeur réglementaire puisqu'il comprendra une partie de valeur législative... cependant, cette partie législative reste en fait une expression du pouvoir réglementaire et non du pouvoir législatif, puisqu'elle est adoptée par ordonnance ;
- des changements, pour bon nombre attendus et sans grande surprise, mais pas de réel bouleversement ;
- un champ d'intervention qui déborde légèrement celui des marchés publics, puisque certains montages contractuels complexes fondés sur des conventions domaniales semblent condamnés, mais ce n'est pas « Le grand code de la commande publique » si souvent fantasmé et dont les travaux d'élaboration devraient débiter en 2016... ;

- une unification des procédures pour l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, avec la fin de la dichotomie pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics / pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics [ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005] ;
- un équilibre précaire tenant au mariage marqué d'antagonismes entre un marketing pro-PME et un solide ancrage des contrats globaux et de partenariat, c'est-à-dire une réforme tiède appelée à contenter tous les opérateurs économiques et à n'en satisfaire pleinement aucun ;
- et surtout, beaucoup de questions en suspens, à commercer par la date d'entrée en vigueur de cette réforme, auxquelles des décrets d'application à intervenir dans les prochains mois devraient apporter des réponses.

Ces premières observations faites, une analyse plus fine s'impose afin :

- d'appréhender les **principales évolutions de la réglementation générale des marchés publics [I]** ;
- de considérer **les dispositions propres aux nouveaux marchés de partenariat [II]**.

AUJOURD'HUI

Marchés publics		
Acheteurs	Etat et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux Collectivités locales, EPCI, établissements publics locaux, EPS	Etablissements publics d'Etat industriels et commerciaux OPH, AAI, CDC... SEML, SPLA, SPL, SEMOP
Cadre légal	-	Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005
Cadre réglementaire	Code des marchés publics	D. n° 2005-1742 du 30 décembre 2005

Contrats de partenariat et assimilés			
Acheteurs	Etat et ses établissements publics	Collectivités locales, EPCI, établissements publics locaux	EPS
Cadre légal	Ord. 17 juin 2014	Contrats de partenariat : art. L 1414-1 et s. CGCT BEA sectoriels : art. L. 1311-2 et s. CGCT AOT : L. 1311-5 CGCT et s. et L. 2122-6 CG3P	BEH : CSP art. L. 6148-2 et s.
Cadre réglementaire	-	Contrats de partenariat : CGCT art. D. 1414-1 et s.	BEH : CSP art. R. 6148-1 et s.



DEMAIN

Marchés publics et de partenariat	
Acheteurs	Marchés publics : Ensemble des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices Marchés de partenariat : ensemble des acheteurs à l'exception de ceux listés au I de l'article 12 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010
Cadre légal	<u>Ordonnance du 23 juillet 2015</u>
Cadre réglementaire	Décret(s ?) d'application à venir



1. Les évolutions concernant l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs **6**

<i>1. La nouvelle définition du marché public de travaux</i>	<i>8</i>
Une définition conforme au droit communautaire	8
Les incidences de cette nouvelle définition – l'exemple de la VEFA.....	9
<i>2. La clarification des contrats exclus du champ d'application du droit des marchés publics</i>	<i>9</i>
Une liste d'exclusion légèrement accrue	10
Un encadrement plus précis et plus souple des marchés <i>in house</i> ou de quasi-régie	10
L'intégration de la coopération horizontale « public-public »	12
Autres exclusions	13
<i>3. Un allotissement rendu obligatoire pour tous les pouvoirs adjudicateurs mais permettant des offres variables en fonction du nombre de lots</i>	<i>13</i>
<i>4. L'extension de la qualification de contrats administratifs</i>	<i>15</i>
<i>5. Les nouveaux cas d'interdiction de soumissionner</i>	<i>16</i>
<i>6. L'obligation de procéder à une évaluation en coût complet pour les grands projets, et non du coût global</i>	<i>17</i>
<i>7. Les questions qui restent en suspens</i>	<i>18</i>

2. Les "nouveaux" marchés de partenariat **19**

<i>1. La fin des montages contractuels complexes alternatifs aux marchés de partenariat ?</i>	<i>21</i>
<i>2. L'évolution des conditions de recours aux marchés de partenariat : une évaluation préalable renouvelée</i>	<i>21</i>
L'exclusion des projets les plus modestes appréciée en fonction des capacités du pouvoir adjudicateur	21
L'assouplissement des conditions de recours aux marchés de partenariat	22
<i>3. Une réglementation se voulant protectrice des PME</i>	<i>23</i>

1

Présentation des principales évolutions de la réglementation générale des marchés publics



CE QU'IL FAUT RETENIR

1. **Une nouvelle définition de la notion de marché public de travaux : une notion aux frontières étendues, en adéquation avec le droit communautaire, faisant basculer dans le champ d'application du code des contrats qui en étaient jusqu'alors exclus tant qu'ils demeuraient d'un montant inférieur au seuil communautaire [VEFA, CPI, bail à construction...]**
2. **De nouvelles exclusions aux règles de mise en concurrence, avec surtout une définition rénovée et plus précise des relations *in house* et une intégration de la « coopération public-public »**
3. **Le principe de l'allotissement devient une obligation pour l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, et dorénavant il sera possible d'autoriser les opérateurs économiques à proposer des offres variables en fonction du nombre de lots dont ils seront attributaires**
4. **Une extension de la qualification de contrats administratifs pour une clarification de la répartition du contentieux**
5. **De nouveaux cas d'interdiction de soumissionner, visant notamment les opérateurs économiques qui n'auraient pas donné satisfaction à l'occasion de l'exécution de marchés précédents**
6. **L'obligation de réaliser une évaluation préalable en coût complet –mais pas global– pour la réalisation de projets dépassant un seuil restant à définir par décret**

1. La nouvelle définition du marché public de travaux

Une définition conforme au droit communautaire

Se conformant (enfin !) au droit communautaire, le nouveau code adopte une définition des marchés publics de travaux faisant abstraction de la notion de maître d'ouvrage.

L'article 5 I de l'ordonnance dispose ainsi :

« Les marchés publics de travaux ont pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ;

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.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

Cette définition plus large que celle retenue jusqu'alors en droit interne, n'impose donc plus que le pouvoir adjudicateur soit également maître d'ouvrage pour qu'un marché portant sur la réalisation d'un ouvrage soit qualifié de marché public de travaux.

Plus encore, il n'est plus exigé que l'ouvrage « réponde à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » comme c'est le cas actuellement [art. 1^{er} III CMP], mais uniquement qu'il réponde « aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ». Autrement dit, un marché

public de travaux n'implique pas nécessairement que l'ouvrage réalisé réponde à un programme technique et fonctionnel arrêté par le pouvoir adjudicateur.

Enfin, il sera relevé que la réalisation de l'ouvrage peut être effectuée « par quelque moyen que ce soit », ce qui signifie que l'opérateur économique attributaire dudit marché ne sera pas nécessairement une entreprise de travaux. Il pourra par exemple s'agir d'un promoteur immobilier.

Si ceci constitue une modification non négligeable au regard de l'actuel code des marchés publics, en revanche au regard du droit communautaire il ne s'agit que de la transposition d'une définition existant déjà à l'article 1er b) de la fameuse directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Pour être tout à fait précis, il sera tout de même relevé que la référence à « l'influence déterminante » du pouvoir adjudicateur est une nouveauté issue de l'article 2 point 6 de la directive 2014/24/UE 26 février 2014. Ou plus exactement encore, il s'agit là de l'intégration dans la directive de la jurisprudence de la Cour de justice qui va rechercher si les travaux ou les ouvrages réalisés présentent un « intérêt économique direct » pour le pouvoir adjudicateur. Si tel est le cas le contrat est qualifié de marché public de travaux [en ce sens : CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller* ; CJCE, 18 janv. 2007, affaire C-220/05, *Jean Auroux et a. c/ Commune de Roanne en présence de la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*].

Autrement dit, il s'agit là d'une évolution logique de la réglementation interne, attendue de longue date, et donc ne constituant pas une grande surprise. Il n'en demeure pas moins qu'elle bouleversera certaines pratiques.

Ainsi, cette nouvelle définition des marchés publics de travaux aura des incidences sur les montages immobiliers dans lesquels le pouvoir adjudicateur n'est pas le maître

d'ouvrage et d'un montant inférieur au seuil communautaire. En effet, pour les montages d'un montant supérieur, dans un souci de sécurité juridique, les pouvoirs adjudicateurs font, en principe, déjà application des obligations procédurales propres aux marchés publics, dans le respect de la directive 2004/15/CE.

Les incidences de cette nouvelle définition – L'exemple de la VEFA

Une illustration des effets de cette nouvelle définition pourra se trouver lors de la conclusion d'une VEFA d'un montant inférieur à 5 186 000 € HT [seuil communautaire au-delà duquel une procédure formalisée s'impose].

Les modalités de conclusion d'un tel contrat par un pouvoir adjudicateur n'étaient jusqu'alors pas particulièrement encadrées, l'unique condition de légalité étant que le pouvoir adjudicateur s'inscrive dans l'une des hypothèses de la désormais célèbre jurisprudence de 1991 *Région Midi-Pyrénées* [CE, S. 8 fév. 1991, n° 57679, concl. : Pochard] :

« Considérant que si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du code civil, elles ne sauraient légalement avoir recours à ce

contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres ».

En effet, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas la qualité de maître d'ouvrage, le contrat de VEFA n'était pas alors requalifiable un marché public de travaux, la réglementation afférente ne lui était donc pas opposable.

Dorénavant, un tel contrat constituera un marché public de travaux. A ce titre sa conclusion devra par principe être précédée d'une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence.

A défaut, la conclusion de la VEFA sera irrégulière et pourra faire l'objet d'un recours par un concurrent évincé [référé précontractuel ou contractuel], par le Préfet dans le cadre de son contrôle de légalité, ou un bien encore par un tiers [CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994].

Bien entendu, il ne s'agit là que d'un exemple parmi d'autres, seront ainsi concernés : la conclusion d'un bail à construction, la conclusion d'un CPI, etc.

2. La clarification des contrats exclus du champ d'application du droit des marchés publics

La clarification du champ des exclusions passe, à titre principal, par les trois axes suivants :

- de nouveaux cas figurant dans la liste des exclusions ;
- un encadrement plus précis et plus souple des marchés conclus *in house* ;
- l'intégration de la coopération horizontale « public-public ».

Une liste d'exclusion légèrement accrue

Il ne s'agit pas là d'une évolution majeure mais de la transposition stricte des dispositions de la directive 2014/24/UE qui elle-même ne fait qu'intégrer dans le corpus législatif des règles jurisprudentielles établies.

L'article 3 de l'actuel code des marchés publics et l'article 7 de l'ordonnance du 6 juin 2005 dressent déjà la liste d'un certain nombre d'exclusions.

A cette liste s'en ajouteront donc de nouvelles visées aux articles 14 et 15 de l'ordonnance, et en particulier :

- certains marchés de services attribués à une organisation ou une association à but non lucratif : les marchés publics de services d'incendie et de secours ; les marchés publics de services de protection civile ; les marchés publics de services de services de sécurité nucléaire ; les marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;
- certains services juridiques : les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ; les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ; les services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique.

Il sera relevé au sujet de ce dernier point que l'ordonnance va moins loin que la directive 2014/24/UE qui exclut également la représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'un arbitrage, d'une conciliation, d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques, ainsi

que le conseil juridique fourni vue de la préparation de ces procédures.

Un encadrement plus précis et plus souple des marchés *in house* ou de quasi-régie

Les contrats de quasi-régie –encore qualifié de marchés *in house*– font l'objet d'un article spécifique [Ord. art. 17] et d'un encadrement plus précis rigoureusement conforme aux dispositions de l'article 12 de la directive 2014/28/UE [elle-même intégrant des principes établis par la jurisprudence].

Ainsi, pour considérer que l'on est en présence d'un contrat de quasi-régie, ne nécessitant donc pas une publicité et une mise en concurrence préalable à sa conclusion, les trois critères cumulatifs suivants doivent être remplis :

1. le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Il est précisé qu'un « *pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur* ».

Ainsi, le contenu du contrôle analogue est précisé [intégration de la jurisprudence de la CJCE, par ex. : aff. Econord, C-182/11 et C-183/11 ; CJCE 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03], de même que la possibilité d'un contrôle analogue vertical descendant.

2. le cocontractant du pouvoir adjudicateur réalise plus de 80 % de

son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur ou les autres personnes morales qui la contrôlent ;

Dans l'arrêt Teckal rendu par la CJCE [18 nov. 1999, aff. C-107/98], le juge considérait que la condition d'admission au *in house* était que l'organisme contrôlé « exerce l'essentiel de ses activités pour le compte du pouvoir adjudicateur actionnaire ». Le terme essentiel n'étant pas associé à une limite précise, quantifiée, les autorités françaises ont décidé, pour parer toutes incertitudes, que seuls les organismes exerçant l'intégralité de leurs activités pour le compte de leurs actionnaires publics et sur leur territoire n'étaient éligibles à la procédure du *in house* [SPLA et SPL].

Cette évolution fixant la limite de « l'essentiel des activités » à 80 % est donc une évolution non négligeable. A ce sujet, il sera relevé que le dernier paragraphe de l'article 12 de la directive 2014/24/UE précise que ces 80 % sont appréciés au regard du chiffre d'affaires des trois dernières années précédant l'attribution du marché.

3. la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Cette dernière exception constitue une évolution issue de la directive 2014/24/UE par rapport à l'état du droit résultant jusqu'alors de la jurisprudence communautaire. En effet, dans l'arrêt Stadt Halle du 11 janvier 2005 [aff. C-26/03], les juges de la CJCE ont jugé qu'une participation fut-elle minoritaire d'une entreprise

privée au capital d'une société à laquelle participe un pouvoir adjudicateur faisait obstacle à la mise en œuvre du *in house*. Il y a donc là un assouplissement certain de la réglementation.

Cette exception mérite également d'être relevée, notamment parce qu'il n'était pas évident qu'elle soit transposée en droit interne, les autorités nationales pouvant conserver une approche plus rigoureuse aux exceptions de mise en concurrence [par ex. : J.-F. SESTIER, *Les nouvelles dispositions relatives au « in house » et aux coopérations « public/public »*, BJCP n° 94, p. 171].

Ainsi, il est évident que les contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur personne morale de droit public et une SPL dont il est actionnaire relèveront toujours de cette exception du *in house*.

De ce point de vue, aucune nouveauté.

En revanche, et c'est là la nouveauté, au bénéfice de ce qui précède un pouvoir adjudicateur pourrait conclure un marché en quasi-régie avec une SEM sur laquelle il exerce un contrôle analogue, si cette dernière remplit cumulativement les deux critères susmentionnés.

Enfin, il convient de relever que l'article 17 II et III de l'ordonnance consacre :

- la possibilité de relations *in house* ascendantes, c'est-à-dire lorsqu'une personne morale contrôlée qui est également un pouvoir adjudicateur, attribue un marché « *au pouvoir adjudicateur qui la contrôle* » ;
- la possibilité de relations *in house* horizontales, c'est-à-dire lorsqu'une personne morale contrôlée qui est également un pouvoir adjudicateur, attribue un marché « *à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public* » ;

ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

- la possibilité de relations *in house* dans le cadre d'un contrôle analogue conjoint ou plural.

Les caractéristiques du contrôle analogue étant alors précisées :

« a) Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

b) Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

c) La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ».

Avec quelques adaptations des règlements internes de contrôle analogue, nous pouvons donc considérer aujourd'hui que les relations *in house* sont juridiquement définitivement sécurisées, mettant fin aux incertitudes dues à certaines décisions isolées de juridictions administratives.

L'intégration de la coopération horizontale « public-public »

L'article 18 de l'ordonnance transpose strictement l'article 12 4) de la directive qui lui-même intègre la jurisprudence communautaire exonérant de l'obligation de publicité et mise en concurrence les contrats

conclus entre pouvoirs adjudicateurs dans le cadre d'une coopération dite horizontale.

En effet, au niveau communautaire, l'arrêt « *Commission c/ Allemagne* » du 9 juin 2009 [Aff. C6480/06, BJCP, n°66, 2009 p. 371] est venu poser le principe de l'exclusion du champ de la commande publique les contrats de mutualisation entre personnes publiques.

Pour la Cour, une telle convention peut être conclue sans publicité ni mise en concurrence préalable dès lors que les cinq conditions suivantes sont remplies :

1. l'absence de participation d'une partie privée à la convention ;
2. la convention est l'aboutissement d'une démarche de coopération ;
3. la convention porte sur l'exercice d'une mission de service public commune aux autorités publiques concernées ; cette notion ayant été précisée depuis lors [CJUE, 19 déc. 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento, aff. C-159/11].
4. l'existence d'engagements réciproques ;
5. la neutralité financière.

Par la suite, la Commission européenne a désigné cette forme d'entente sous la formule « *coopération horizontale non institutionnalisée* » ou « *coopération public-public* » [Document de travail des services de la commission concernant l'application du droit de l'union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« *coopération public-public* »), document du 04.10.2011sec (2011) 1169 final].

Au niveau interne, ce raisonnement a été repris –même s'il n'a pas été totalement intégré– par le Conseil d'Etat, le 3 février 2012, dans sa décision « *Commune de Veyrier du Lac* » [n° 353737 ; BJCP 2012, n° 82, p. 153 et s ; Contrats publics 2012, n° 119, p. 12 et n° 121 p. 90].

Il sera noté à cet égard que la coopération « public-public » n'est pas sans rappeler la « *entente intercommunale* » [la décision

« Commune de Veyrier du Lac » [préc.] concernait d'ailleurs une telle entente], prévue aux articles L. 5221-1 et suivants du CGCT, et existant depuis la loi du 5 avril 1884.

Le champ d'application de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs est néanmoins plus vaste, puisqu'il concerne l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et non seulement les communes, les EPCI et les syndicats mixtes fermés.

Pour le reste, l'article 18 de l'ordonnance s'inscrit logiquement dans le cadre dressé par la jurisprudence, même s'il est d'apparence moins stricte [les conditions d'engagements réciproques et de neutralité financière n'étant pas reprises] :

« La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs [...] établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont

réunies :

1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;

2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération ».

Autres exclusions

Il convient enfin de noter la présence d'autres exclusions :

- les marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée [art. 19] ;
- les marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise [art. 20]

3. Un allotissement rendu obligatoire pour tous les pouvoirs adjudicateurs mais permettant des offres variables en fonction du nombre de lots

La principale modification pour les "ex-pouvoirs adjudicateurs ordonnance 2005", au titre desquels figurent en particulier les SEM, les SPL, les SPLA, et les SEMOP tient à l'obligation d'allotir à laquelle ils seront désormais tenus.

En effet, l'article 32 de l'ordonnance impose à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs

l'obligation de diviser en lots leurs consultations, sous peine d'irrégularité.

Un recours en cas d'irrespect de cette obligation peut notamment être effectué par un candidat évincé dans le cadre d'un référé précontractuel, le juge disposant alors d'un plein contrôle sur la décision prise en amont par le pouvoir adjudicateur [par ex. : CE 27 oct. 2011, Dpt des Bouches du Rhône c/ Sté Signature].

Cette évolution n'est pas négligeable sur un plan pratique.

En revanche, sur le plan du droit, la rigueur de cette obligation est d'ores et déjà bien connue, car aucun motif ne semble justifier que le juge n'adopte pas la même approche pour l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs.

En outre, cette réforme des marchés publics à clairement pour objectif, d'une part, d'unifier le droit applicable à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et, d'autre part, de

favoriser l'accès des PME aux marchés publics.

Ainsi, il peut être affirmé que les exceptions prévues à l'article 32 de l'ordonnance sont appréhendées suivant une lecture très restrictive par le juge :

« Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public 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 ».

Concrètement :

- l'impossibilité de réaliser en interne les missions d'OPC –dans la cadre d'une opération de construction– est de fait un justificatif inopérant en pratique car le juge considère que ces prestations peuvent être externalisées [en ce sens : CAA Lyon, 6 oct. 2011, n° 10LY01121, SNCO] ;
- le gain généré par le recours au marché global doit être substantiel : ne permet pas de s'exonérer de l'allotissement un gain de l'ordre de 2 à 3% [CE 11 août 2009, Communauté urbaine de Nantes Métropole].

De même, il ressort de la jurisprudence que les marchés globaux de services juridiques sont illégaux, ce type de prestations devant être divisé en lot [par ex. : CAA Lyon, 19 mai 2011, Marie-Pierre A. ; Ta Lille 3 juill 2008, sté d'avocats Huglo-Lepage et associés].

Il va sans dire que des marchés globaux d'assistance juridique et financière seraient tout aussi irréguliers. Tout comme les marchés de prestations d'accès à un environnement professionnel d'échange de références, de conseil et d'expertise dans différents secteurs d'intervention. Enfin, il en va de même des marchés qualifiables d'assistance multi-services ayant pour objet de regrouper des prestations différentes dans le but d'assister le pouvoir adjudicateur à

l'exploitation d'un équipement [TA Lyon, ord., 7 avril 2008, Sté Groupe Pizzorno Environnement].

Il est précisé que la parade à cette obligation ne pourra pas être d'imposer aux candidats de candidater à l'ensemble des lots... des pouvoirs adjudicateurs y ont déjà pensé et ont été sanctionnés par l'annulation de leur procédure de publicité et de mise en concurrence [CE 1^{er} juin 2011, Sté Koné].

En revanche, dans le but de favoriser la concurrence, l'article 32 de l'ordonnance prévoit que *« les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique ».*

Enfin, il est souligné que l'obligation faite à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs de diviser leurs consultations en lots distincts n'est pas la seule évolution s'agissant de l'allotissement.

En effet, jusqu'alors l'article 10 du code des marchés publics imposait que les offres soient analysées lot par lot.

L'article 32 de l'ordonnance assouplit singulièrement cette obligation en disposant que : *« les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus ».*

Autrement dit, les opérateurs économiques pourront faire bénéficier les pouvoirs adjudicateurs d'économies d'échelle s'ils sont attributaires de plusieurs lots.

Il s'agit là d'un exemple marquant de l'ambivalence de ce nouveau code qui se veut à la fois protecteur des PME et promoteur des globalisations porteuses d'économies... supposées.

En effet, le but de l'obligation d'allotissement est de faciliter l'accès des PME à la commande publique, ces dernières n'ayant généralement pas la capacité à répondre à des marchés globaux. Or, cette belle

intention sera mise à mal lorsque les pouvoirs adjudicateurs permettront de proposer des réponses globales dans l'espoir de réaliser des économies, car seuls les plus

grandes entreprises auront la capacité de proposer de telles offres.

4. L'extension de la qualification de contrats administratifs

L'article 2 I de la loi dite MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dispose que, par principe : « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* ».

Cette disposition va être abrogée au bénéfice d'un nouveau principe étendant la qualification de contrat administratif.

Précisément, l'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose :

« *Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs* ».

Ainsi, certains marchés conclus par des personnes morales de droit public et qui jusqu'alors étaient qualifiés de contrats de droit privé vont intégrer la catégorie des contrats administratifs.

Plus exactement, jusqu'à présent les marchés conclus par les personnes morales de droit public relevant de l'ordonnance de 2005 et non du code des marchés publics [par ex. : EPIC] pouvaient ou non présenter le

caractère de contrats administratifs suivant leur caractéristique intrinsèques.

En effet, l'ordre juridictionnel compétent était déterminé en fonction de deux critères jurisprudentiels :

- critère organique : au moins l'un des cocontractants est une personne publique ;
- critère matériel : le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun, ou est relatif à l'organisation d'un service public, ou encore porte sur l'exécution d'un travail public.

Ainsi, pour l'instant, les marchés conclus par les personnes morales de droit public assujetties l'ordonnance de 2005 comme les SEM / SPL sont de nature privée et relèvent de la compétence du juge judiciaire si le critère matériel n'est pas rempli.

A l'avenir, et donc après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015, la question ne se posera plus : tous les contrats conclus par une personne morale de droit public dans le cadre des dispositions de l'ordonnance seront des contrats administratifs dont les contentieux dépendront de la compétence du juge administratif.

Cette évolution va dans le sens d'une clarification de la répartition du contentieux.

5. Les nouveaux cas d'interdiction de soumissionner

L'article 48 de l'ordonnance prévoit de nouvelles interdictions facultatives de soumissionner permettant aux pouvoirs adjudicateurs de fermer les portes de la commande publique aux opérateurs économiques de peu de qualité.

En effet, pourront en particulier être exclus des consultations :

1. « Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur » ;
2. « Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution » ;
3. « Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ».

Bien entendu, la mise en œuvre de l'une ou l'autre de ces mesures d'exclusion ne pourra être envisageable que lorsque que le pouvoir

adjudicateur sera en mesure de prouver le comportement fautif du soumissionnaire.

Autrement dit, pour que cette disposition – attendue de longue date par les pouvoirs adjudicateurs – puisse être pleinement efficace, encore faudra-il que ces derniers assurent la traçabilité des critiques qu'ils peuvent adresser aux opérateurs économiques.

Autrement dit, l'écrit s'impose plus que jamais dans tous les échanges avec les candidats et les titulaires de marchés ou concession. Non seulement, il sécurise les pouvoirs adjudicateurs qui peuvent ainsi démontrer s'être conformés aux règles de la commande publique [en particulier au principe d'égalité de traitement], mais de surcroît dorénavant il permettra de démontrer les agissements contestables d'un opérateur économique et de l'exclure de ce fait.

Par ailleurs, il sera également noté que les pouvoirs adjudicateurs pourront aussi exclure :

1. « Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens » ;
2. « Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la

procédure de passation du marché public ».

Ces nouveaux cas d'exclusion s'inscrivent dans la logique des principes dégagés par la jurisprudence.

En effet, suivant une jurisprudence relativement ancienne, il n'est pas conforme au principe d'égalité d'écartier, *a priori*, une entreprise au seul motif qu'elle a participé à la phase préparatoire d'un marché [CE, 29 juill. 1998, Garde des Sceaux, min. Justice c/ Sté Genicorp, n° 177952]. En revanche, il est possible de l'exclure dès lors qu'elle a, à cette occasion, recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats [par exemple : CJCE, 3 mars 2005, Fabricom SA c/ État belge, aff. C-21/03 et C-34/03].

La combinaison de la jurisprudence communautaire et nationale implique que le respect du principe d'égalité ne peut être

6. L'obligation de procéder à une évaluation en coût complet pour les grands projets, et non du coût global

L'article 40 de l'ordonnance dispose :

« Lorsqu'un marché public, autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, porte sur des investissements dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire, l'acheteur réalise, avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet ».

assuré que si les candidats qui n'ont pas participé aux travaux préparatoires disposent d'une information complète sur les études réalisées précédemment [en ce sens : CAA Versailles, 20 juin 2006, Sté aménagement et développement villes Val-de-Marne, n° 03VE00208]. Les dispositions de l'article 48 de l'ordonnance ne semblent pas signifier autre chose.

Cela étant, il est rappelé que les pouvoirs adjudicateurs ne doivent pas pécher par excès de zèle et « *communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles* » [CE, 20 oct. 2006, n° 278601, Synd. eaux Charente-Maritime].

Ainsi, il s'agira pour le pouvoir adjudicateur de réaliser une étude comparative des différents montages contractuels envisageables.

Cette étude comparative devra être réalisée en coût complet, c'est-à-dire que devra être considéré l'ensemble des coûts directs et indirects [frais de portage financier, maîtrise d'ouvrage, conception, construction, exploitation, maintenance] des différents montages contractuels envisageables [marché public "classique", marché public global, concession de travaux, DSP, contrat de partenariat...] pour la réalisation d'un investissement.

Bien entendu, pour que la comparaison soit un outil d'aide à la prise de décision valable, il conviendra que les différents montages contractuels considérés aient le même périmètre.

Il sera relevé que dans la fiche d'impact publié en décembre 2014 avec le projet d'ordonnance, il était indiqué :

- qu'il s'agissait là d'un outil d'aide à la décision non liant, en ce sens que le

pouvoir adjudicateur choisira *in fine* en opportunité le montage contractuel qu'il estime le mieux répondre à ses attentes.

Ce caractère "non liant" n'est pas remis en cause dans la rédaction de l'ordonnance. On peut donc craindre que cette étude ne soit assimilée à une simple formalité dont il sera très tentant de se débarrasser moyennant l'élaboration d'un rapport stéréotypé dans le but de ne pas allonger les délais de procédure.

- qu'il s'agit d'une étude comparative préalable destinée à permettre une bonne gestion des deniers publics.

Une étude en coût complet donc, mais pas en coût global.

Cette sémantique révèle qu'il s'agit d'une analyse économique du coût du montage contractuel pour le

pouvoir adjudicateur sans qu'il y ait lieu de considérer le coût environnemental des différents montages contractuels [le coût social des projets d'un montant supérieur à 20 M d'euros doit déjà être appréhendé dans le cadre d'une évaluation socio-économique préalable, conformément aux dispositions de l'article 17 de la loi n°2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques ; il n'empêche qu'une vraie simplification consisterait à réunir ces deux études ce qui, en outre, permettrait d'avoir une analyse globale]. C'est dommage et révélateur du chemin qu'il reste à parcourir pour que le choix d'un montage contractuel ne se fasse plus suivant le critère du moins-disant mais du mieux-disant comme c'est aujourd'hui la règle pour choisir un opérateur économique...

- enfin, que le seuil de 100 M d'euros est celui qui semblerait adapté.

7. Les questions qui restent en suspens

Comme indiqué en préambule, un certain nombre des questions restent en suspens.

En principe, la plupart d'entre-elles devrait trouver une réponse dans les décrets d'application à intervenir.

On peut ainsi citer, de manière non exhaustive :

- la date d'entrée en vigueur de cette nouvelle réglementation ;
- les délais et conditions de mise en œuvre des différentes procédures de

consultation, ceci étant ils devraient être strictement conforme à ceux prévus par la directive 2014/24/UE ;

- le fait que la procédure de concours reste la procédure de principe pour la conclusion des marchés de maîtrise d'œuvre portant sur la réalisation d'un ouvrage de bâtiment neuf et d'un montant supérieur au seuil des procédures formalisées, ce qui constituerait une nouveauté pour les « ex-pouvoirs adjudicateurs ordonnance de 2005 ».

2

Les « nouveaux » marchés de partenariat



CE QU'IL FAUT RETENIR

1. **Les marchés de partenariat ne sont pas autre chose que les contrats de partenariat, seulement on reconnaît en droit interne (enfin !) qu'il s'agit ni plus ni moins de marchés publics et non d'une troisième forme de contrat comme s'entêtait à le croire le pouvoir réglementaire**
2. **Les marchés de partenariat ont pour objet d'unifier autour d'un régime juridique unique l'ensemble des actuels contrats de partenariat [contrat de partenariat, BEA sectoriel, AOT-LOA...]**
3. **Les marchés de partenariat sont conclus suivant les dispositions générales du code des marchés publics [sauf quelques rares exceptions parmi lesquelles figurent logiquement : l'obligation d'allotissement, l'interdiction du paiement différé], auxquelles s'ajoutent des dispositions particulières**
4. **Les marchés de partenariat se différencient des autres marchés publics principalement par : le transfert de la maîtrise d'ouvrage, le financement privé, le paiement différé, le partage des risques entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire [la mission de conception n'est toujours pas dans le package de base]**
5. **Les montages contractuels complexes fondés sur la conclusion d'un BEA ou d'une AOT assortie de l'obligation pour le preneur de réaliser des travaux ne sont plus possibles**
6. **Les conditions du recours au marché de partenariat donnent le sentiment d'un assouplissement par rapport aux contrats de partenariat, en revanche les opérations les plus modestes seront exclues d'office de ce type de contrat.**

1. La fin des montages contractuels complexes alternatifs aux marchés de partenariat ?

L'article 101 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 modifie le code général de la propriété des personnes publiques [CG3P] en recentrant le bail emphytéotique administratif [BEA] et l'autorisation d'occupation temporaire [AOT] sur leur finalité première, c'est-à-dire être des autorisations d'occupation du domaine public, en interdisant qu'elles aient pour l'objet l'exécution de travaux [ord. art. 101].

Le but est de mettre un terme au montage dit « aller-retour ». Dans ces montages contractuels la personne publique rend un opérateur économique attributaire d'un BEA ou une AOT. En contrepartie, ce dernier a l'obligation de construire un ouvrage et généralement de le mettre à disposition de la personne publique, la convention de mise à disposition formant un ensemble indissociable avec l'autorisation domaniale.

Autrement dit, est mis un coup d'arrêt à la célèbre jurisprudence Sofap Marignan [CE, 25 févr. 1994, n° 144641], permettant que le BEA soit utilisé pour la réalisation d'équipements

2. L'évolution des conditions de recours aux marchés de partenariat : une évaluation préalable rénovée

Les évolutions semblent ici s'inscrire dans une logique visant, d'une part, à exclure des

publics « mis à la disposition » de la personne publique gestionnaire du domaine.

Ce faisant, le pouvoir réglementaire entend interdire au pouvoir adjudicateur de recourir à des montages contractuels complexes permettant de contourner la réglementation applicable aux marchés de partenariat.

Cependant, il ne nous semble pas qu'il s'agisse là pour autant de la fin de de tels montages contractuels complexes. Néanmoins, le risque de leur requalification en marché de partenariat sera accru.

Ainsi, sur le domaine privé, il sera toujours possible de réaliser de tels montages contractuels en les fondant sur un bail à construction, un bail emphytéotique de droit commun ou encore un bail civil. Cependant, l'autorité publique sera moins bien protégée que lorsque le montage était basé sur un BEA voire une AOT.

En tout état de cause, dès lors que ce type de montage n'implique pas le paiement d'un prix à l'opérateur économique attributaire mais que ce dernier se rémunère en tout ou partie par l'exploitation de l'ouvrage réalisé, et qu'il supporte un risque d'exploitation, le montage mis en œuvre sera une concession de travaux et non pas un marché de partenariat. Dans ce cas, pas ou peu de risques de requalification.

marchés de partenariat les projets les plus modestes pour lesquels un tel montage contractuel est par nature inadapté et, d'autre part, à assouplir les conditions de recours.

Le caractère modeste des projets apprécié en fonction des capacités du pouvoir adjudicateur

Les projets les plus modestes ne seront pas éligibles à la mise en œuvre d'un marché de partenariat.

Cette appréciation, dont les modalités doivent être précisées par décret, ne prendra pas uniquement en compte le coût et la nature du projet, mais également les capacités du pouvoir adjudicateur.

En ce sens, l'article 75 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que : « *les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru* ».

L'assouplissement des conditions de recours aux marchés de partenariat

L'article 75 I du l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose :

« La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un

avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

A la lecture de cet article, force est de constater que seul le troisième cas de recours à l'actuel contrat de partenariat est conservé [les cas de recours sont arrêtés à l'article L. 1414-2 du CGCT].

Précisément, un marché de partenariat ne pourra pas être conclu au motif de la complexité du projet ou de l'urgence de la situation.

Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront conclure un marché de partenariat que s'ils démontrent que ce montage contractuel présente un bilan coûts/avantages plus favorable que tout autre montage contractuel.

Il est également remarqué que, à la différence de l'actuelle réglementation, le texte souligne que l'appréciation du caractère favorable du bilan tiendra en particulier compte de l'aspect financier. Ceci ne semble cependant pas être contestable sur le plan de la constitutionnalité, dans la mesure où lors de l'introduction de cette nouvelle hypothèse de justification de recours au contrat de partenariat [loi du 28 juill. 2008], le Conseil constitutionnel avait jugé que cette hypothèse du "bilan plus favorable" était constitutionnelle parce que –justement– satisfaisant l'exigence constitutionnelle du bon emploi des deniers publics [Cons.const. 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC]. Il n'en demeure pas moins que cette mise en avant de l'aspect financier démontre ce qui est attendu de tels marchés, et en ceux à quoi il ne faut pas s'attendre.

3. Une réglementation se voulant protectrice des PME

Afin que les marchés de partenariat ne soient plus synonymes d'éviction des PME de la commande publique (sic), l'article 87 de l'ordonnance prévoit que « *le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat, dans des conditions fixées par voie réglementaire* ».

En outre, l'acheteur devra prendre « *en compte, parmi les critères d'attribution du contrat, la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans* ».

Il convient donc d'attendre la publication des décrets d'application avant de pouvoir appréhender la portée exacte de ces évolutions.

Néanmoins, il est à craindre que l'on constate ici uniquement une marque du marketing pro-PEM émaillant le nouveau code des marchés publics.

En effet, en pratique la mise en œuvre de cette intention risque de s'avérer peu compatible avec la philosophie des marchés de partenariat.

Ainsi, par exemple, *in fine* la prise en compte de la part d'exécution du marché confié au PME pourrait ne bien être que de l'ordre du symbolique, par le jeu de pondération des critères.

Pierrick CARADEUX
Avocat associé
p.caradeux@caradeux-consultants.fr



Thomas LE MERCIER
Avocat – Docteur en Droit
t.lmercier@caradeux-consultants.fr

