

JOURNÉE D'ETUDE - PRÉFECTURE D'INDRE ET LOIRE

Thème n°1 : Les axes forts de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.



Présenté par Agnès HIRCAU, Laureline MOREAU, Saïdali MADI
Étudiant(e)s en Master 2 Administration des Collectivités Locales - UFR de Tours

Dirigé par Mme Corinne TOURET, Maître de conférences HDR de Droit public, directrice du Master 2 ACL, UFR de Tours

Le 1^{er} avril 2016

Plan de la présentation

- 1 Introduction
- 2 PARTIE I : Une réforme d'harmonisation prometteuse
 - A - Une unification textuelle favorisant l'accès aux marchés publics
 - B - Une modernisation source d'efficacité et de transparence
- 3 PARTIE II : Une réforme de simplification limitée in concreto
 - A - Éléments de souplesse globalement salués par les entreprises
 - B - L'accompagnement au changement des acheteurs
- 4 Conclusion : La simplification a des limites

Plan de la présentation

- 1 Introduction
- 2 PARTIE I : Une réforme d'harmonisation prometteuse
 - A - Une unification textuelle favorisant l'accès aux marchés publics
 - B - Une modernisation source d'efficacité et de transparence
- 3 PARTIE II : Une réforme de simplification limitée in concreto
 - A - Éléments de souplesse globalement salués par les entreprises
 - B - L'accompagnement au changement des acheteurs
- 4 Conclusion : La simplification a des limites

Introduction

Un contexte économique favorable

- Poids budgétaire de la commande publique estimé à 400 milliards d'euros, soit 20% du PIB en France.

Une vaste réforme rendue possible par la conjonction de trois facteurs :

- Le droit de la commande publique conçu comme un moteur du développement éco. (cf. situation éco.)
- L'adoption par l'UE de deux Directives « marchés » n° 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014
- La volonté politique française de réformer : une loi d'habilitation en décembre 2014 autorisant le recours à l'ordonnance pour non seulement **gagner du temps** mais encore **donner un fondement législatif** au droit des marchés publics.

Introduction

Un processus de transposition échelonné :

- Deux Directives européennes du 26 février 2014
- Loi d'habilitation à légiférer par voie d'ordonnance 24 décembre 2014
- Publication de l'acte de transposition : l'ordonnance du 23 juillet 2015
- Dépôt du projet de loi de ratification au Sénat le 21 octobre 2015
- Parution du décret : 25/03/16 relatif aux marchés publics ; **en vigueur le 1/04/16**

Une ambition de rationalisation :

- Refonte des textes jusqu'ici applicables
- Refonte du régime juridique de ces contrats afin de les sécuriser

Introduction

Intérêt de l'étude :

- Cette revisitation du droit de la CP. est commentée et critiquée.
- Si tous saluent la réduction du nombre de textes applicables, de nombreuses incertitudes pratiques interrogent cependant les professionnels. En quoi finalement consiste sa plus-value ? Ses nouveautés ?

Problématique

Le gouvernement parvient-il à simplifier le droit de la commande publique par rapport à ce qu'il ambitionnait en s'acquittant de son obligation de transposition des Directives « marchés » ?

Plan :

- 1 Une réforme d'harmonisation prometteuse
- 2 Une réforme de simplification limitée in concreto

Plan de la présentation

- 1 Introduction
- 2 **PARTIE I : Une réforme d'harmonisation prometteuse**
 - A - Une unification textuelle favorisant l'accès aux marchés publics
 - B - Une modernisation source d'efficacité et de transparence
- 3 **PARTIE II : Une réforme de simplification limitée in concreto**
 - A - Éléments de souplesse globalement salués par les entreprises
 - B - L'accompagnement au changement des acheteurs
- 4 Conclusion : La simplification a des limites

A - Une unification textuelle favorisant l'accès aux marchés publics

Cette refonte passe notamment par deux points importants :

- 1 Une unification simplificatrice des règles en vigueur
- 2 Une redéfinition des notions et une articulation des concepts avec le droit de l'Union Européenne

1 - L'unification simplificatrice des règles en vigueur

Un pouvoir réglementaire légiférant depuis près de 80 ans :

- Sa compétence était fondée sur un décret-loi du 12 novembre 1938
- Abrogation du décret-loi par l'ordonnance qui donne une nouvelle base législative.

La lisibilité du droit interne en sera fortement accrue :

- Réduction du corpus textuel de 40%.
- 17 textes (3 codes, 10 textes législatifs et 4 décrets) unifiés

Ce texte préfigure le nouveau code de la commande publique :

- Une sécurité juridique renforcée grâce à une référence textuelle unique

2 - La redéfinition des notions et l'articulation des concepts avec le droit européen

- ⇒ Les contours de la notion de marchés publics sont désormais plus clairs.
- ⇒ Mise en cohérence du droit français et du droit de l'UE
- ⇒ Redéfinition organique et matérielle de la notion de marché public

a) L'élargissement du champ d'application organique

Consecration de la notion « d'acheteurs » à l'article 9 de l'ordonnance :

«Les acheteurs publics ou privés soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11»

- Même régime juridique pour les acheteurs : publics comme privés
- Uniformité des contrats entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices

2 - La redéfinition des notions et l'articulation des concepts avec le droit européen

b) L'extension du champ d'application matériel

La catégorie des « marchés publics » cf. article 4, regroupe :

- marchés subventionnés à plus de 50% par un pouvoir adjudicateur
- les accords-cadres (englobe les marchés à bons de commande)
- les marchés de partenariats.

Limitation du champ d'application : article 7, trois types de contrats exclus.

- Les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs publics en vue de l'exercice de mission d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles
- Les subventions
- Les contrats de travail

Sinon,

- Les marchés publics de défense et de sécurité ont une définition à part
- La définition des marchés de services et de fournitures reste constante
- Les marchés de travaux sont clarifiés à l'article 5 de l'ordonnance

B - Une modernisation source d'efficacité et de transparence

Cette modernisation de la commande publique se mesure sur plusieurs éléments :

- 1 Particulièrement, sur la rénovation des marchés de partenariats
- 2 De manière générale : un système plus transparent et juste

1- La rénovation et l'encadrement juridique des partenariats public-privé

Importance du recours aux contrats PPP :

- 157 CPPP signés par les collectivités locales et 57 par l'État en février 2016.
- Contrats vivement critiqués, qualifiés parfois de « **bombes à retardement** »

Requalification des partenariats public-privé :

- Nouvelle définition à **l'art. 4** : « les marchés de partenariat définis à **l'art. 67** sont des marchés publics ».
- Ainsi les PPP et autres montages complexes sont qualifiés de « marchés de partenariat ».

L'article 67 de l'ordonnance

définit le marché de partenariat comme « un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet : 1° 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 ; 2° Tout ou partie de leur financement. (?) »

1- La rénovation et l'encadrement juridique des partenariats public-privé

Encadrement des PPP suite aux critiques :

- La procédure de passation d'un marché de partenariat est conditionnée :
 - ▶ La réalisation d'une évaluation du mode de réalisation du projet
 - ▶ L'établissement d'une étude de soutenabilité budgétaire.

- **L'art. 75** de l'ordonnance : le contrat doit présenter **un bilan plus favorable**, que celui des autres modes de réalisation du projet.

- Les autres critères - **l'urgence et la complexité** - disparaissent suite à une forte insécurité juridique.

1- La rénovation et l'encadrement juridique des partenariats public-privé

L'accroissement de la sécurité juridique et budgétaire des marchés de partenariats passe par :

- Les marchés de partenariat sont réservés à de grosses opérations.
 - ▶ Le seuil est fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du marché, de l'intensité du risque encouru
 - ▶ 3 seuils financiers abaissés (2/5/10M €) (**art. 151 décret**)
- Obligation de confier aux PME une part minimale de l'exécution du contrat (**art. 87 de l'ordo.**) : ⇒ **critère d'attribution.**
 - ▶ **Art. 163 du décret** : 10% du montant prévisionnel du contrat hors coût de financement.
 - ▶ Sauf si le contexte économique ne le permet pas.

Ces nouvelles contraintes pourraient freiner la vocation de l'outil : relance et soutien de l'économie notamment l'investissement local.

2 - Une meilleure efficacité des procédures et du droit

Consécration de la pratique du sourcing : **Art. 4 du décret** :

- Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques
- Strict respect de la concurrence et des principes de la commande publique

Le recours à la négociation est facilité par une souplesse dans le choix des procédures de passation des marchés publics. **Art. 25 du décret.**

- Les choix : L'appel d'offres, le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociations (remplace l'actuelle procédure négociée)

Possibilité de régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. **Art. 59 du décret.**

- Aucune possibilité de régularisation pour les offres irrégulières dans l'ancienne réglementation.

3 - Un système plus transparent et plus juste

a - Le développement de l'Open Data :

L'article 56 de l'ordonnance

dispose que « dans des conditions fixées par voie réglementaire, les acheteurs rendent public le choix de l'offre retenue et rendent accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché public sous réserve des dispositions de l'art. 44 ».

Valorisation de l'Open Data : ouverture des données relatives aux marchés publics

- Plus grande transparence des informations et l'accès de tous à celles-ci.
- Nouveaux formulaires électroniques standardisés,
- Remontée automatisée des informations
- Opération possible depuis les profils des acheteurs
- Mise en oeuvre en 2016 et ouverture complète en 2018

3 - Un système plus transparent et plus juste

b - Lutte contre le dumping et contrôle renforcé des offres anormalement basses

Les prérogatives des acheteurs publics sont élargies :

- Les pouvoirs d'exclusions d'une procédure de marché (**art. 48** de l'ordonnance)
- Possible exclusion en cas de mauvaise exécution d'un marché antérieur.
- En cas de condamnation à des dommages et intérêts
- En cas de résiliation lors d'un marché antérieur
- Ou en cas de sanction comparable : pour manquement grave ou persistant

Un pouvoir de contrôle des offres anormalement basses :

- Possible exigence de précision et justification du montant de l'offre (**art. 53 ord.**)
- Contrôle de l'offre globale et s'étend à la sous-traitance. **art. 62 de l'ord.**
- Évaluation plus juste de l'offre pour chacun des candidats.

3 - Un système plus transparent et plus juste

c - L'instauration de la notion de réciprocité en marchés publics

- Introduction de la notion de réciprocité dans les marchés publics. **(art. 2 ord.)**
- Rejet possible des entreprises ou offres contenant des produits de pays tiers si pas d'accord de réciprocité avec l'UE.

d - Le développement des clauses sociales et environnementales

Les pouvoirs publics ont un rôle d'exemplarité et d'incitation vis-à-vis des opérateurs économiques privés.

Nous y reviendrons en détail dans nos présentations suivantes (thèmes 2 et 3)

Plan de la présentation

- 1 Introduction
- 2 PARTIE I : Une réforme d'harmonisation prometteuse
 - A - Une unification textuelle favorisant l'accès aux marchés publics
 - B - Une modernisation source d'efficacité et de transparence
- 3 PARTIE II : Une réforme de simplification limitée in concreto
 - A - Éléments de souplesse globalement salués par les entreprises
 - B - L'accompagnement au changement des acheteurs
- 4 Conclusion : La simplification a des limites

- 1 Créer des outils ne suffit pas.
- 2 Nécessité de les connaître et de les approprier.
- 3 Manifestation de réticences chez les praticiens.

1. Une ouverture des marchés publics aux PME

- Un des grands axes des directives européennes de 2014
- BOURQUIN : « Passer de la défiance à la confiance : une CP plus favorable aux PME »
- Contexte : Les PME profitent trop peu du potentiel de la CP en 2013.
 - ▶ 58,3% de part de marchés pour les PME en tant que titulaires
 - ▶ 30% seulement des contrats publics en valeur (25% en 2011)

Pourquoi ?

- Faible prise en compte des contraintes de trésorerie des PME
- Focalisation sur les prix et écrasement des marges préjudiciables aux PME

Conséquences ? :

- Les PME sont souvent reléguées à un rôle de sous-traitant
- Privation des capacités d'innovation et de participation des PME à l'économie locale

1. Une ouverture des marchés publics aux PME

Que faire ? Cf. certaines des 21 propositions du rapport Bourquin.

■ Condition de CA limitée pour maximiser les candidatures des PME

- ▶ L'exigence du CA ne peut plus dépasser deux fois la valeur du marché

■ Les candidatures sont allégées : principe du « Dites-le nous une fois ».

- ▶ Disposition déjà appliquée depuis un décret du 26 septembre 2014

■ L'allotissement

▶ Généralisation du principe de l'allotissement (art. 32 ord.)

- Sauf si l'objet du marché n'identifie pas des prestations distinctes
- Sauf si MP globaux ou MP de défense ou de sécurité

▶ Obligation de motiver la décision de ne pas allotir (art. 12 déc.)

- Docs de consultation ou rapport de présentation, si pvr. adjudicateur
- Parmi les informations conservées, si entité adjudicatrice

▶ L'allotissement bénéfique aux PME

- Les lots séparés favorisent l'accès aux PME à hauteur de leurs moyens
- De plus part minimale aux PME dans l'exécution des marchés
- Mais doute sur le respect principe d'égalité entre les candidats

2 - Le DUME, document unique de marché européen très attendu

- Établi par un règlement CE en date du 5 janvier 2016 (JOUE 6 janv.)
- Il est entré en vigueur le 26 janvier 2016

De quoi s'agit-il ?

- C'est une déclaration sur l'honneur élaborée sur la base d'un formulaire-type
- Le DUME est un document entièrement dématérialisé
- Période transitoire : documents papier autorisé jusqu'au 18 avril 2018

Ce DUME se veut simplificateur

- Homogénéisation des formulaires de candidatures sur le plan européen
- Facilitation des candidatures auprès de tous les Etats-membres

Risque de superposition du DUME avec le MPS (marché public simplifié)

- Les MPS sont l'une des traductions du programme « **Dites-le nous une fois** »
- Documents accessibles via un coffre-fort numérique, (**art. 45 décret du 26/09/2014**)
- Bilan : 1200 consultations publiées avec MPS et 1800 candidatures déposées

1 - Du fait de la dématérialisation du processus achat

⇒ C'est la possibilité de conclure des marchés par voie électronique, soit par l'emploi d'une plateforme en ligne sur internet.

La directive n°2014/24/UE rend obligatoire la demat. à partir du 1er octobre 2018

- Dématérialisation reste facultative d'ici là
- L'acheteur ne pourra refuser de recevoir les candidatures par voie électronique
- En France publication obligatoire des avis via « profil acheteur » : marché > 90 000 HT
- Or, c'est déjà un coût pour les communes, notamment les petites.

Effet escompté de la dématérialisation :

- Réduction des délais minimaux de réception des candidatures et des offres
- A titre d'exemple, (**art. 67 et 69 du décret**) le délai minimal serait de :
 - ▶ **35 jours** à compter de l'envoi de l'avis en appel d'offres ouvert
 - ▶ **30 jours** en cas d'appel d'offres restreint

1 - Du fait de la dématérialisation du processus achat

Conservation des documents

⇒ **Art. 57 ord** : la conservation des documents est fixée par voie réglementaire

⇒ **Art. 108** du décret plusieurs délais de conservations :

- pour les pièces constitutives
 - ▶ **5 ans** pour les marchés de fournitures ou service
 - ▶ **10 ans** : marchés de travaux, de maîtrise d'oeuvre ou de contrôle technique
- pour les candidatures, les offres et documents de procédure de passation
 - ▶ **5 ans** à compter de la signature du marché

2 - Du fait d'une extension des prérogatives des acheteurs

Possibles difficultés d'appréciation des offres anormalement basses

- **L'article 53 ordon.** n'apporte pas de méthode de détection de ces offres.
- **L'article 60 décret** prévoit une appréciation du prix ou du coût proposé
 - ▶ « eu égard aux travaux, fourniture ou services, y compris pour la part du marché public qu'il souhaite sous-traiter »
 - ▶ **Plusieurs considérations à prendre en compte (quelle importance ?) :**
 - mode de fabrication des produits, procédé de construction
 - les solutions techniques
 - L'originalité de l'offre : ??
 - La réglementation environn., sociale et du travail du lieu d'exécution
 - L'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire : si l'aide n'est pas compatible avec le marché intérieur (art. 107 TFUE).
 - ▶ **Deux cas de rejet formulés à cet article**
 - Lorsque le « bas prix » n'est pas suffisamment justifié
 - En cas de contravention aux obligations environ., sociales et du travail ou les conventions collectives nationales et européenne et internationales.

Les offres anormalement basses comportent des risques si admission : risques financiers, de qualité et de travail dissimulé

2 - Du fait d'une extension des prérogatives des acheteurs

Possibles difficultés d'appréciation des offres anormalement basses

- **L'article 53 ordon.** n'apporte pas de méthode de détection de ces offres.
- **L'article 60 décret** prévoit une appréciation du prix ou du coût proposé
 - ▶ « eu égard aux travaux, fourniture ou services, y compris pour la part du marché public qu'il souhaite sous-traiter »
 - ▶ **Plusieurs considérations à prendre en compte (quelle importance ?) :**
 - mode de fabrication des produits, procédé de construction
 - les solutions techniques
 - L'originalité de l'offre : ??
 - La réglementation environn., sociale et du travail du lieu d'exécution
 - L'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire : si l'aide n'est pas compatible avec le marché intérieur (**art. 107 TFUE**).
 - ▶ **Deux cas de rejet formulés à cet article**
 - Lorsque le « bas prix » n'est pas suffisamment justifié
 - En cas de contravention aux obligations environ., sociales et du travail ou les conventions collectives nationales et européenne et internationales.

Les offres anormalement basses comportent des risques si admission : risques financiers, de qualité et de travail dissimulé

2 - Du fait d'une extension des prérogatives des acheteurs

Possibles difficultés d'appréciation des offres anormalement basses

- **L'article 53 ordon.** n'apporte pas de méthode de détection de ces offres.
- **L'article 60 décret** prévoit une appréciation du prix ou du coût proposé
 - ▶ « eu égard aux travaux, fourniture ou services, y compris pour la part du marché public qu'il souhaite sous-traiter »
 - ▶ **Plusieurs considérations à prendre en compte (quelle importance ?) :**
 - mode de fabrication des produits, procédé de construction
 - les solutions techniques
 - L'originalité de l'offre : ??
 - La réglementation environn., sociale et du travail du lieu d'exécution
 - L'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire : si l'aide n'est pas compatible avec le marché intérieur (**art. 107 TFUE**).
 - ▶ **Deux cas de rejet formulés à cet article**
 - Lorsque le « bas prix » n'est pas suffisamment justifié
 - En cas de contravention aux obligations environn., sociales et du travail ou les conventions collectives nationales et européenne et internationales.

Les offres anormalement basses comportent des risques si admission : risques financiers, de qualité et de travail dissimulé

Plan de la présentation

- 1 Introduction
- 2 PARTIE I : Une réforme d'harmonisation prometteuse
 - A - Une unification textuelle favorisant l'accès aux marchés publics
 - B - Une modernisation source d'efficacité et de transparence
- 3 PARTIE II : Une réforme de simplification limitée in concreto
 - A - Éléments de souplesse globalement salués par les entreprises
 - B - L'accompagnement au changement des acheteurs
- 4 Conclusion : La simplification a des limites

Conclusion : La simplification a des limites

- Environnement budgétaire contraint
- Environn. géographique modifié (intercos agrandies ; communes nouvelles ...)
- Beaucoup d'articles peuvent être soumis à interprétation
- Certains n'ont pas la compétence d'interpréter
- Source de souplesse pour les entreprises ? Au détriment de la sécurité juridique ?
- La charge de travail sera plus importante
- Il faut donc accompagner les acheteurs dans ces nouveautés
- Nécessité de mettre en place des formations adaptées à ce droit renouvelé
- Pour une nécessaire appropriation de l'esprit et de la lettre des textes