

## REFORME DU CODE DES MARCHES PUBLICS

Prise sur le fondement de l'article 42 de la loi n° 2017-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, l'ordonnance N° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics constitue **la première étape de la modernisation de la commande publique.**

Elle transpose en droit français les 2 directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014. Elle vise également à **rassembler au sein d'un corpus juridique unique, les règles communes applicables aux contrats qualifiés de « marchés publics »** (marchés publics, contrats de concession, délégations de service public, partenariats public-privé).

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 1<sup>er</sup> janvier 2016.

### La réforme du code des marchés publics vise à :

- **Favoriser les petites et moyennes entreprises aux marchés publics** : révision des exigences concernant le CA, allotissement, plus de marchés pouvant exclure les PME.,
- **Simplifier la réglementation** (40% de diminution du volume des règles, un seul et même texte).
- **Accroître la sécurité juridique** : mise en cohérence du droit français et européen pour la définition des marchés publics ;
- **Mieux encadrer les partenariats publics-privés** qui seront soumis à une démarche d'évaluation préalable
- L'ordonnance promeut également **l'utilisation stratégique des marchés comme levier de politique en matière d'emploi, d'innovation et de développement durable, tout en optimisant les politiques d'achat** (nouveau surtout pour les contrats de concession).
- Elle entend rationaliser les règles générales de passation et d'exécution des marchés publics et le **cadre juridique des contrats globaux.**

Pour la Direction des Affaires Juridiques, cette ordonnance doit être considérée comme une boîte à outils, **dont le mode d'emploi sera le décret d'application**, en cours de rédaction et qui devrait être versé à consultation publique.

**L'ordonnance concernant tous les achats publics, certains points ne nous concernent donc pas (concession, délégation de service public..).**

### **➡ Les points à retenir :**

- La prise en compte (art. 30) dans la définition des besoins, **des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.** EX : Possibilité de faire du « localisme social »

- L'exigence concernant l'**allotissement**, visant à permettre aux PME (mais aussi : producteurs locaux) de répondre aux marchés publics (Art. 32). Il est également possible de faire un lot pour des circuits réservés (CAT, circuits courts, bio etc.)
- Mise en place de marchés globaux de performance comportant des **engagements de performance mesurables** (*Equipementiers*). (Art. 34)
- La possibilité de **réserver des marchés à des CAT** (centres d'aide pour le travail). (Art. 36)
- Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte **des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public.** . Intégration du **cycle de vie** (Art.38)
- L'introduction de règles concernant la **confidentialité** (art.44)
- Les **exclusions possibles** des soumissionnaires aux marchés publics pour des raisons légales (respect du code pénal, du travail..) mais aussi **d'ententes entre entreprises, influences sur le processus décisionnel**, tentative de soumission (art. 45 et 48)
- L'acheteur doit sélectionner **l'offre la plus économiquement avantageuse** sur la base de critères objectifs. Il doit également **vérifier toute offre anormalement basse** en exigeant que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire. (Art. 52 et 53)
- L'acheteur doit **informer les soumissionnaires dont la candidature n'a pas été retenue** (art. 55) et, dans des conditions fixées par voie réglementaire, rendre public le choix de l'offre retenue (art.56)
- Les marchés **publics donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde**, dans les conditions prévues par voie réglementaire. Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché public ouvrent droit à des acomptes. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. (Art. 59)
- **L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite dans les marchés publics passés** par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. (Art. 60)  
Les marchés publics peuvent prévoir, **à la charge du titulaire, une retenue de garantie**, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire (Art. 61)

## ➡ Plus en détail : les articles de l'ordonnance qui nous concernent

### Article 3 : Contrats

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

Désormais tous les marchés publics seront des contrats administratifs dont le contentieux relèvera du juge administratif, ce qui n'était pas le cas jusqu'à lors. Exemple, les personnes morales de droit public (sur notre marché : l'Economat des Armées).

**Article 28 : Groupements de commande** - III Précisions sur les responsabilités à l'intérieur d'un groupement de commande:

*-Lorsque la **passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement** dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, **ceux-ci sont solidairement responsables** de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance.*

Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public **ne sont pas menées dans leur intégralité** au nom et pour le compte des acheteurs concernés, **ceux-ci ne sont solidairement responsables que des opérations de passation ou d'exécution du marché public qui sont menées conjointement**. Chaque acheteur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la convention constitutive pour les opérations dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.

#### **Article 30 : Définition des besoins**

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en **prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale**.

#### **Article 32 : Allotissement**

I. - ..., les marchés publics ... **sont passés en lots séparés**, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots. Les acheteurs peuvent toutefois **décider de ne pas allotir 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. 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. **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.

II. - Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir un marché public, **il motive son choix** selon des modalités fixées par voie réglementaire.

#### **Article 34 : Marchés publics globaux de performance**

.. Les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation et 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. Ces marchés publics comportent des **engagements de performance durable**.

#### **Article 36 : Les acheteurs peuvent réserver des marchés à des centres d'aide pour le travail**

I. - Des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'[article L. 5213-13 du code du travail](#), à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'[article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles](#) ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

**Article 37** Des marchés publics peuvent être réservés à des entreprises de l'économie sociale et solidaire

#### **Article 38 : Contenu des marchés et intégration du cycle de vie**

I. - Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à **l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi**, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public.

#### **Article 44 : Confidentialité**

I. - Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'accès aux documents administratifs, **l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public**, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres.

Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

II. - Les acheteurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation de marché public.

#### **Article 45 : Exclusion des marchés**

Peuvent être exclues des marchés publics les entreprises, n'ayant pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou pas acquitté les impôts, taxes contributions, cotisations sociales exigibles. Méconnaissance du code du travail...

#### **Article 48 : Ententes, tentative de soumission**

Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :

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 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 ;

4° 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** ;

5° 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.

II. - Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa

fiabilità ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

#### **Article 52 : Offre économiquement la plus avantageuse**

I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté **l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs**, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

II. - Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence.

#### **Article 53 : Offre anormalement basse**

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

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire.

#### **Article 54 : Produits originaires de pays tiers**

Lorsqu'une offre présentée dans le cadre de la passation d'un marché public de fournitures passé par une entité adjudicatrice contient des **produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu**, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers, cette offre est appréciée dans des conditions fixées par voie réglementaire.

**Elle peut être rejetée lorsque les produits originaires des pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre.**

#### **Article 55 : Information**

**Le choix des acheteurs à l'issue de la procédure de passation est communiqué** aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue.

#### **Article 56: Information**

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'article 44

#### **Article 59 : Règlements, avances et acomptes**

I. - Les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux donnent lieu à des **versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde, dans les conditions prévues par voie réglementaire**.

II. - Les marchés publics passés par les autres acheteurs peuvent donner lieu à des avances.

III. - Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché public ouvrent **droit à des acomptes**. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

#### **Article 60 : Paiement différé**

I. - L'insertion de toute clause de **paiement différé est interdite** dans les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

### Article 61 : Garantie, caution

Les marchés publics peuvent prévoir, à la charge du titulaire, **une retenue de garantie**, une garantie à première demande ou une **caution personnelle et solidaire**, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

### ➡ A vérifier :

#### Article 2 :

I et III : Garantie d'un traitement équivalent pour les soumissionnaires OMC/UE... Pour l'application de la présente ordonnance, les Etats parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'UE sont assimilés à des Etats membres de l'UE.

I : Dans les autres cas (marchés de montant inférieurs aux seuils européens ?), les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des **critères ou des restrictions fondés sur l'origine** de tout ou partie.. des fournitures.. composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre. Les modalités d'application du présent alinéa sont en tant que besoin précisés par voie réglementaire.

➔ Possibilité d'introduire des notions d'origine ? Ex : France, région X ?