

Code de la commande publique au 1^{er} avril 2019 et nouveaux textes applicables

Le code de la commande publique

Ont été publiés le 5 décembre 2018 l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique ainsi que le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique.

L'ordonnance et le décret ont été modifiés les 30 et 31 mars 2019 pour des erreurs contenues dans le code.

On ne parle plus de code des marchés publics puisque le nouveau code regroupe les textes applicables aux marchés publics mais aussi aux concessions.

Contrats concernés. Sont concernés par le nouveau code les marchés et concessions reconnus en tant que tels par l'Union européenne. Il s'agit des :

- marchés publics (marchés, marchés de partenariat et de défense ou de sécurité) ;
- concessions : contrats de concession de travaux ou de services (délégations de service public) et les contrats de concession de défense ou de sécurité ;
- autres contrats exclus de la commande publique : quasi-régie (in-house), contrats entre collectivités, etc.

**Le nouveau
code
regroupe les
textes
applicables
aux marchés
publics mais
aussi aux
concessions**



Composition du code

Il contient 1 747 articles. Il comporte un titre préliminaire (avec des définitions) et trois parties.

La première partie définit chaque catégorie de contrats de la commande publique (livre Ier), les différents acteurs (livre II), ainsi que les contrats mixtes (livre III).

La deuxième partie est consacrée aux marchés et est divisée en six livres. Cette partie est structurée en fonction du cycle de la vie du contrat : préparation, passation et exécution.

La troisième partie est relative aux contrats de concession.

NB : le ministère de l'Economie a publié une note de présentation du code sur www.economie.gouv.fr

But de la réforme

Le nouveau code a été réalisé afin de regrouper l'ensemble des textes applicables aux marchés publics et aux concessions et dans un souci de simplifier l'accès aux textes.

Conséquences de la réforme

Le nouveau code a été établi à droit constant, c'est-à-dire sans modification des règles juridiques actuelles. Il ne s'agit donc pas d'une réforme d'ampleur ; il s'agit avant tout de regrouper les textes en un seul et même code.

Des petites modifications ont tout de même été effectuées dans le nouveau code, notamment pour intégrer des jurisprudences importantes.

Textes supprimés

Ont été supprimés :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;

- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;

- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;

- la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ;

- la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 relative notamment aux délais et modalités de paiement et son décret d'application ;

- la loi n° 85-704 du 2 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP » et ses décrets d'application, etc.

Plus de trente textes sont regroupés dans le code.

Date d'application du code de la commande publique

Le code de la commande publique s'applique à compter

du 1^{er} avril 2019.

Les dispositions du code s'appliquent aux marchés publics et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2019 (art. 20 de l'ordonnance du 26 novembre 2018).

Si la publicité du marché public a été faite juste avant le 1^{er} avril 2019, s'appliquent donc l'ordonnance n° 2015-899 de 2015 et le décret n° 2016-360 de 2016 pour la procédure et l'exécution du marché.

Il existe une exception pour les modifications des contrats de concession.

Les dispositions des articles L 3135-1 et L 3136-6 du code de la commande publique s'appliquent depuis décembre 2018 à la modification des contrats qui sont des concessions et qui ont été conclus ou pour lesquels une procédure de passation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016.



Tableau de concordance entre les anciens et les nouveaux textes

Le ministère de l'Economie a publié sur son site internet deux tableaux de comparaison des anciens articles applicables.

***NB** : il y a lieu de mettre à jour les documents constituant les marchés. Il ne faut plus faire référence à l'ordonnance de 2015 et au décret de 2016 mais au code de la commande publique.*

Principes applicables aux marchés et aux concessions

Ce sont toujours les mêmes : liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures.

Toutefois, ces grands principes ont été réécrits un peu différemment.

Il est précisé dans le code que les collectivités respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique.

Elles mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics (art. L 3).

Le principe d'égalité a ainsi

été mis en avant et détaché des deux autres. Le but général reste toutefois le même.

Aussi, les collectivités choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique (art. L 1).

Est donc affirmée dans le premier article du code la liberté du mode de gestion.

Autrement dit, pour leurs marchés et concessions, les collectivités peuvent librement soit faire appel à leurs propres services, soit recourir à un prestataire extérieur.

Annexes du code

Les annexes du code de la commande publique ont été publiés au *Journal officiel* du 31 mars 2019. Il s'agit des arrêtés suivants :

- arrêté portant l'annexe préliminaire du code de la commande publique ;
- arrêté fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés et des accords-cadres de défense ou de sécurité ;
- arrêté fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession ;
- arrêté fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique ;
- arrêté fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics ;
- arrêté fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde ;
- arrêté relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs ;
- arrêté relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique ;
- arrêté relatif à la signature électronique des contrats de la commande publique ;
- arrêté relatif aux données essentielles dans la commande publique ;
- arrêté relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans la passation des marchés publics ;
- arrêté fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire ;
- arrêté relatif au certificat de cessibilité des créances dans le cadre des marchés publics ;
- arrêté relatif au fonctionnement et à la composition de l'observatoire économique de la commande publique ;
- arrêté relatif au recensement économique de la commande publique ;
- arrêté relatif aux comités consultatifs locaux de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics ;
- arrêté précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

Marché public simplifié (MPS). Fin progressive du système

La Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC) donne le calendrier suivant concernant la fin du MPS, qui va être remplacé par le DUME simplifié :

- 1^{er} mai 2019 : fermeture de la possibilité pour les acheteurs publics de proposer un marché en mode MPS ;
- 30 juin 2019 : fermeture de la possibilité pour les entreprises de répondre avec le MPS ;
- 30 septembre 2019 : fermeture totale du service.

Le décret du 24 décembre 2018

Le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique complète et modifie le droit commun existant en matière de contrats de la commande publique.

Il met en place une expérimentation relative aux achats innovants et comprend notamment des mesures relatives à la révision de prix des marchés publics, au montant des avances et de la retenue de garantie dans les marchés publics, ainsi qu'à la dématérialisation de la commande publique.

Achats innovants

A titre expérimental, jusqu'au 26 décembre 2021, les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 HT (art. 1^{er} du décret du 24 décembre 2018).

Lorsqu'ils font usage de cette faculté, les acheteurs veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un

même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés.

Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise (art. R 2124-3).

L'arrêté du 26 décembre 2018 prévoit les modalités de la déclaration des achats innovants lors du recensement économique du marché.

Révision des prix pour les marchés agricoles et alimentaires.

Un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des

prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires (art. R 2112-13).

Dématérialisation des marchés publics

Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des entreprises.

Pour les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 € HT et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, cette mise à disposition s'effectue sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence (art. R 2132-2).

Lorsque certains documents de la consultation sont trop volumineux pour être téléchargés depuis le profil d'acheteur, l'acheteur indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt les moyens électroniques par lesquels ces documents peuvent être obtenus gratuitement (art. R 2132-5).

Ces points n'étaient pas très clairs dans le texte précédent,

c'est pourquoi ils ont été précisés. Cela ne change rien en pratique pour les communes et EPCI.

Régularisation des candidatures faites par voie papier

L'acheteur qui constate que la candidature et l'offre d'une entreprise ont été envoyées par voie papier peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous (art. R 2144-2).

Cela permet avant tout d'officialiser la pratique validée par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie qui prévoyait, dans son guide très pratique sur la dématérialisation, qu'il était toutefois possible de régulariser une offre papier ou une offre ne respectant pas le format électronique requis.

Par dérogation, cet article s'applique aux procédures en

cours au 26 décembre 2018, y compris aux procédures afférentes aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, quelle que soit la date d'engagement de la procédure de l'accord-cadre ou de la mise en place du système d'acquisition dynamique (art. 15 du décret du 24 décembre 2018).

Augmentation du taux de l'avance

Le taux de l'avance pour les petites et moyennes entreprises (PME) a été augmenté (de 10 à 20 %) mais seulement pour les marchés de l'Etat, les communes et EPCI ne sont pas concernés.

Toutefois, les communes et EPCI peuvent décider volontairement d'augmenter le taux de l'avance accordée aux entreprises titulaires d'un marché.

Cette augmentation peut être valablement indiquée dans le

cahier des clauses administratives particulières (CCAP).

Diminution du taux de retenue de garantie

Le taux de la retenue de garantie pour les PME a été diminué (de 5 à 3 %), mais seulement pour les marchés de l'Etat ; les communes et EPCI ne sont pas concernés.

Modèle d'avis de marché

Un modèle d'avis de marché va être défini prochainement par arrêté pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur à 90 000 € HT.

Le modèle ne figure pas dans les nombreux arrêtés du 22 mars publiés au *Journal officiel* du 31 mars 2019.

Date d'application

Le décret est applicable aux procédures engagées postérieurement au 26 décembre 2018 (sauf concernant la régularisation des candidatures faites par voie papier).

Le décret du 18 janvier 2019

Le décret n° 2019-33 du 18 janvier 2019 fixe la liste des pièces justificatives que le public n'est plus tenu de produire à l'appui notamment d'une candidature à un marché public.

Liste des pièces à ne plus fournir dans un dossier de candidature

Les entreprises et les organismes à but non lucratif ne sont pas tenus de produire notamment (art. D 113-14 du code des relations entre le public et l'administration) :



- l'attestation de régularité fiscale émanant de la Direction générale des finances publiques ;
- les déclarations de résultats soumis aux bénéficiaires industriels et commerciaux, les déclarations de bénéficiaires non commerciaux, les déclarations de résultats soumis aux bénéficiaires agricoles et les déclarations de résultats soumis à l'impôt sur les sociétés ;
- l'extrait d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) et les statuts de la personne morale ;
- les attestations de régularité sociale et de vigilance délivrées par les organismes chargés du recouvrement des cotisations sociales ;
- la carte professionnelle d'entrepreneur de travaux publics délivrée par la Fédération nationale des travaux publics ;
- le certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L 5212-2 à L 5212-5 du code du travail délivrée par l'association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés.

Date d'application

Le décret est applicable aux procédures engagées postérieurement au 20 janvier 2019.

La loi ELAN du 28 novembre 2018

La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite « loi ELAN ») a effectué des menues modifications concernant les marchés publics.

Commission d'appel d'offres

La commission d'appel d'offres doit désormais intervenir pour les marchés passés en procédure formalisée et supérieurs aux seuils européens.

En effet, si on lisait l'article L 1414-2 du CGCT de manière stricte, la commission d'appel d'offres devait intervenir pour attribuer les marchés de maîtrise d'œuvre après concours et pour les marchés de services spécifiques passés selon une procédure simplifiée.

Désormais, c'est clair : la commission intervient si le marché est supérieur aux seuils européens et que la

procédure pour le passer est formalisée.

De même, pour les marchés publics passés par les offices publics de l'habitat, la commission d'appel d'offres est régie par les dispositions du code de la construction et de l'habitation applicables aux commissions d'appel d'offres des organismes privés d'habitations à loyer modéré.

Modification de la loi MOP

Sont exclus de l'application des dispositions de la loi MOP et donc du code de la commande publique :

- les ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national au sens de l'article L 102-12 du code de l'urbanisme, ou d'une grande opération d'urbanisme au sens de l'article L 312-3 du même code (art. L 2412-2) ;

- les bailleurs sociaux (art. L 2411-1).

Marché de conception-

réalisation

Pour rappel, par dérogation, un marché de conception-réalisation permet au maître d'ouvrage de confier simultanément les études et l'exécution des travaux à une ou plusieurs entreprises pour les ouvrages d'infrastructures.

A été créé un nouveau cas de recours à un marché de conception-réalisation en vue de la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur (art. L 2171-2).

Le recours à un marché public de conception-réalisation conclu en vue de l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques est possible et n'a pas à être justifié (par dérogation à l'article L 2171-2).

Ces dispositions sont applicables aux contrats conclus entre le 24 novembre 2018 et le 31 décembre 2022

(art. 230 de loi du 28 novembre 2018).

NB : la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) a publié une note sur la question de l'impact de la loi ELAN sur la maîtrise d'ouvrage publique.

Elle est disponible sur www.miqcp.gouv.fr.

Date d'application

Pour les dispositions

précitées, la loi est applicable depuis le 24 novembre 2018.

Sourcing. Guide

Le « sourcing » est une pratique consacrée et recommandée depuis la réforme de la commande publique de 2016.

Il permet de faciliter la concurrence la plus large, sous réserve d'être organisé dans des conditions qui respectent les principes fondamentaux de la

commande publique.

Le « sourcing » est défini comme la possibilité pour un acheteur « d'effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, de solliciter des avis ou d'informer les opérateurs économiques du projet et de ses exigences » afin de préparer la passation d'un marché public.

Un guide a été réalisé par la Direction des achats de l'État.



Source : la vie communale et départementale, n° 1085, avril 2019