

2130

Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit des marchés publics : ce qu'il faut retenir

Étude rédigée par :

Alexandre LABETOULE,

avocat associé, CLL Avocats

Sophie LE CADET,

avocate à la Cour, CLL Avocats

Ariane BARDOUX,

avocate à la Cour, CLL Avocats

Entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016, transposent en droit interne les directives n° 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et n° 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. La réforme, qui constitue une étape importante du processus de rationalisation du droit de la commande publique, touche l'ensemble des règles applicables en la matière. Elle s'adresse ainsi aux acheteurs publics mais également aux opérateurs économiques, lesquels doivent d'ores et déjà appréhender les nouvelles dispositions dont les contours mériteront (pour certaines d'entre elles davantage que pour d'autres) d'être précisés par la jurisprudence.

1 - Le ministère chargé de l'Économie avait annoncé aux acheteurs son intention de transposer largement avant la date limite fixée au 18 avril 2016, les directives n° 2014/24/UE et n° 2014/25/UE. L'objectif consistait ainsi à permettre aux acheteurs de se familiariser, avant leur entrée en vigueur, avec les nouvelles règles destinées à remplacer celles du Code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics*. Si l'ordonnance *relative aux marchés publics* est parue dès le 23 juillet 2015¹, son décret d'application² a quant à lui été publié le 27 mars 2016, soit quelques jours seulement avant son entrée en vigueur. Les acheteurs se trouvent dès lors contraints d'appliquer des règles nouvelles sans avoir pu disposer du temps nécessaire à leur appréhension – même s'il est vrai que le projet de décret avait été largement diffusé. Au-delà des nouveautés importantes qu'il

convient de relever, force est de constater que de nombreuses règles préexistantes ont simplement été insérées dans le nouveau corpus (ou « toilées »), notamment pour prendre en compte les exigences jurisprudentielles. En d'autres termes, la réforme du droit des marchés publics ne devrait pas « révolutionner » les pratiques. La présente étude propose d'évoquer les principales nouveautés issues de la réforme, classées par thématique, afin d'apporter aux acheteurs un éclairage synthétique.

1. Champ d'application des nouvelles dispositions

A. - L'extension de la définition des marchés publics

2 - Les marchés publics demeurent définis comme « les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de

1. Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, *relative aux marchés publics* (ci-après « Ord. »).

2. D. n° 2016-360 du 25 mars 2016, *relatif aux marchés publics* (ci-après « D. ») – étant précisé qu'un second décret du même jour (D. n° 2016-361) est relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

services »³. Pour autant, outre la référence nouvelle aux « acheteurs », des changements notables sont à relever.

Tout d'abord, la définition des marchés publics de travaux connaît une évolution significative. D'une part, il n'est désormais plus nécessaire que l'acheteur exerce la maîtrise d'ouvrage. D'autre part, il n'est plus exigé que les travaux répondent à « des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur »⁴, l'article 4 de l'ordonnance imposant seulement que l'ouvrage réponde aux exigences fixées par l'acheteur et que ce dernier exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Au regard du droit interne, ces évolutions peuvent sembler révolutionnaires. En réalité, cette nouvelle définition correspond à la définition communautaire préexistante aux termes de laquelle l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le pouvoir adjudicateur⁵ ou encore la circonstance que l'ouvrage devienne sa propriété⁶ n'ont jamais constitué une condition. Ces divergences de définition, qui étaient source d'insécurité juridique, avaient contraint le juge national à adopter des positions distinctes selon que le marché en cause dépassait ou non les seuils communautaires⁷. L'alignement réalisé par la réforme est donc bienvenu. Les acheteurs devront être particulièrement vigilants, lorsque le montage contractuel envisagé aura pour objet, de manière directe ou indirecte, la réalisation de travaux répondant à leurs exigences, comme par exemple dans le cadre de vente en l'état futur d'achèvement⁸.

Ensuite, la notion de marché public englobe dorénavant de nouveaux montages contractuels. Tel est le cas des accords-cadres⁹ (qui coexistaient auparavant avec les marchés publics) mais aussi des marchés de partenariat¹⁰ destinés à remplacer les contrats de partenariat dont le régime a été profondément modifié (missions obligatoires et facultatives du cocontractant, instauration de seuils financiers, restriction du champ d'application organique, durcissement de l'évaluation préalable, généralisation de l'étude de soutenabilité budgétaire et des avis préalables, extension des modalités de participation financière des personnes publiques, consécration du critère unique du bilan favorable, modalités d'indemnisation des cocontractants en cas de rupture anticipée...). S'agissant des marchés de partenariat, l'objectif est clair : renforcer l'encadrement du recours à ce type de contrat¹¹ afin de les réserver aux projets les plus importants pour lesquels ils se révèlent plus performants que les autres formules contractuelles.

Enfin, l'ordonnance¹² précise expressément que les transferts de compétences ou de responsabilités, les subventions et les contrats de travail ne sont pas des marchés publics. Naturellement, s'agissant des subventions, encore faut-il qu'elles ne constituent pas la contrepartie d'une prestation susceptible d'entraîner la requalification¹³ de la dé-

cision l'accordant et/ou de la convention exigée par loi lorsque la subvention est supérieure ou égale à 23 000 euros¹⁴.

B. - La consécration de la catégorie des « acheteurs »

3 - Auparavant, coexistaient les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis au Code des marchés publics, d'une part, et ceux soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005¹⁵, d'autre part. L'ordonnance du 23 juillet 2015 a mis un terme à cette dichotomie en consacrant la catégorie unique des « acheteurs » réunissant les pouvoirs adjudicateurs¹⁶ et les entités adjudicatrices¹⁷, régis désormais par les mêmes textes. Pour autant, cela ne signifie pas que ces deux sous-catégories se voient appliquer exactement les mêmes règles, des distinctions demeurent.

Par ailleurs, dorénavant l'ensemble des personnes morales de droit public constituent des pouvoirs adjudicateurs soumis aux mêmes règles. Ainsi, sauf exceptions, les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État observent à présent les mêmes règles que les autres personnes publiques.

Enfin, sans constituer des acheteurs, les organismes subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs se trouvent, pour certains contrats, soumis à l'ordonnance¹⁸. Cette disposition n'est pas nouvelle puisque l'article 35 de l'ordonnance du 6 juin 2005 l'envisageait déjà. Néanmoins, l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit, de manière inédite, qu'il appartiendra aux pouvoirs adjudicateurs de veiller au respect par l'organisme subventionné des dispositions de l'ordonnance – étant précisé qu'aucune sanction n'est prévue en cas de méconnaissance par l'organisme des dispositions applicables.

C. - Des exclusions « organiques » en partie rénovées

4 - Le Code des marchés publics prévoyait déjà des hypothèses dans lesquelles des marchés pouvaient être conclus sans publicité ni mise en concurrence, compte tenu des relations particulières unissant les parties au contrat. Ces exclusions dites organiques ont été précisées et élargies.

1° D'importantes nouveautés en matière de « quasi-régie » ou d'exclusion « in-house »

5 - Issue d'une construction prétorienne de la Cour de Luxembourg¹⁹, l'exclusion dite des relations « in house » figurait déjà à l'article 3 du Code des marchés publics. Celle-ci a été reprise et précisée à l'article 17 de l'ordonnance.

En premier lieu, il est désormais exigé que la part d'activité exercée par l'entité contrôlée pour le compte du pouvoir adjudicateur représentée au minimum 80 % de son activité totale, ce qui a le mérite de clarifier cette condition.

En deuxième lieu, afin de prendre en compte les exigences jurisprudentielles²⁰, l'ordonnance précise que la condition relative au contrôle analogue est respectée lorsque le pouvoir adjudicateur

3. Ord., art. 4.

4. CMP, art. 1^{er}.

5. V. par ex. : CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, *Ordine degli Architetti* : *JurisData* n° 2001-300012 ; *Rec. CJCE* 2001, I, p. 5409.

6. CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux c/ Cne Roanne* : *JurisData* n° 2007-007805 ; *Rec. CJCE* 2007, I, p. 385 ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 38, note W. Zimmer ; *Europe* 2007, comm. 91, obs. E. Meisse ; *CJUE*, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller GmbH* : *JurisData* n° 2010-003820 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 164, note W. Zimmer ; *JCP A* 2012, p. 682, étude E. Fatôme et L. Richer.

7. CE, 3 juin 2009, n° 311798, *Cne Saint-Germain-en-Laye* : *JurisData* n° 2009-009904 ; *JCP A* 2010, 2056, comm. X. Bigas.

8. CJCE, 18 janv. 2007, *Jean Auroux c/ Cne de Roanne*, préc.

9. Ord., art. 4.

10. Ord., art. 4. V. F. Tenailleau et S. Weill, *Les marchés de partenariat* : *JCP A* 2015, 2292.

11. Fiche d'impact sur le projet de texte réglementaire, p. 61.

12. Ord., art. 7.

13. L. n° 2000-321, 12 avr. 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, art. 9-1 ; CE, 23 mai 2011, n° 342520,

Commune de Six-Fours-les-Plages : *JurisData* n° 2011-009530 ; *Rec. CE* 2011, p. 255 ; *JCP A* 2011, 2329, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 195, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2011, comm. 79, note S. Pugeault.

14. L. n° 2000-321, 12 avr. 2000, préc., art. 10 et son décret d'application n° 2001-495 du 6 juin 2001, art. 1^{er}.

15. Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

16. Ord., art. 10.

17. Ord., art. 11.

18. Ord., art. 21.

19. CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Srl* : *JurisData* n° 1999-590018 ; *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8121.

20. CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH* : *JurisData* n° 2005-400011 ; *Rec. CJCE* 2005, I, p. 8585 ; *JCP A* 2005, 1364, note Dreifuss ; *JCP A* 2006, 1021, note Dubos.

exerce une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne contrôlée. Par ailleurs, ce contrôle peut dorénavant être indirect, c'est-à-dire être exercé par une entité autre que le pouvoir adjudicateur, sous réserve qu'elle soit elle-même contrôlée de manière similaire par ce dernier, ce qui constitue une réelle innovation puisque le juge de l'Union européenne semblait le refuser²¹.

En troisième lieu, le principe de l'exclusion de la participation directe des capitaux privés dans le capital de l'entité contrôlée, déjà affirmé par la jurisprudence²², est expressément mentionné dans l'ordonnance. Cependant, de manière nouvelle, ce principe se trouve écarté pour les formes de participation directe des capitaux privés, sans capacité de contrôle ou de blocage, requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur l'entité contrôlée. Cette exception devrait ouvrir de nouvelles perspectives aux acheteurs, notamment dans leurs relations avec les sociétés d'économie mixte auparavant exclues des relations *in house*.

En quatrième lieu, alors que les relations *in house* étaient exclusivement descendantes jusqu'à présent (contrat attribué par le pouvoir adjudicateur à l'organisme contrôlé), elles pourront désormais être ascendantes (contrat attribué par l'organisme contrôlé au pouvoir adjudicateur) mais également horizontales (contrat attribué par un organisme contrôlé à un autre organisme contrôlé par le même pouvoir adjudicateur).

2° La « codification » de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs

6 - L'article 18 de l'ordonnance consacre expressément les jurisprudences européenne²³ et nationale²⁴ relatives à la coopération entre personnes publiques. Plus précisément, ne sont pas couverts par l'ordonnance les contrats par lesquels des 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 des objectifs qu'ils ont en commun. Deux conditions cumulatives sont néanmoins posées par l'ordonnance : la mise en œuvre de la coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt général, d'une part, et les pouvoirs adjudicateurs concernés ne doivent pas réaliser sur le marché concurrentiel plus de 20 % des activités concernées par la coopération, d'autre part. Dès lors, à l'instar de ce que précisait la jurisprudence antérieure, il devra s'agir d'une réelle coopération, et non d'un simple contrat de prestation de services au profit de l'un des pouvoirs adjudicateurs²⁵. Par ailleurs, dans la mesure où la coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt général, toute rémunération qui ne correspondrait pas à un strict remboursement des frais engagés sur le fondement de la coopération semble prohibée²⁶.

3° Marchés attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée ou à une coentreprise

7 - Les articles 19 et 20 de l'ordonnance reprennent les exclusions prévues aux articles 138 et 139 du Code des marchés publics. Deux nouveautés sont à relever. D'une part, s'agissant des marchés attribués à une entreprise liée, le dispositif a été étendu aux organismes exclusivement constitués par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau. D'autre part, la notion d'entreprise liée se trouve élargie puisqu'elle inclut, en sus, les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice, les entreprises susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ainsi que celles soumises à l'influence dominante d'une autre entreprise exerçant elle-même une telle influence sur l'entité adjudicatrice.

D. - Des nouveautés limitées en matière d'exclusions « matérielles »

8 - Comme cela était déjà le cas sous l'empire des anciens textes, certains marchés ne sont pas soumis au respect des dispositions de l'ordonnance, compte tenu de leur objet spécifique. Si les exclusions préexistantes sont, pour l'essentiel, reprises aux articles 14 à 16 de l'ordonnance, quelques nouveautés sont notables. D'une part, les contrats de travail et les marchés relatifs aux œuvres d'art n'en font désormais plus partie, ce qui s'explique par le fait que les premiers ne constituent pas des marchés publics (comme l'indique expressément l'ordonnance²⁷ et que les seconds relèvent désormais de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence²⁸. D'autre part, l'ordonnance consacre de nouvelles exclusions applicables aux pouvoirs adjudicateurs et/ou aux entités adjudicatrices²⁹ (marchés de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou de métro ; contrats d'emprunt ; marchés de services d'incendie et de secours, de protection civile, de sécurité nucléaire, de services ambulanciers attribués à une organisation à but non lucratif ; certains services juridiques ; marchés de services attribués par un pouvoir adjudicateur fournissant des services postaux ; marchés relatifs aux activités d'exploitation d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz...). Conformément à la directive, les marchés de services juridiques de représentation auraient également dû faire partie de ces exclusions. Le Gouvernement a cependant décidé de les soumettre à des règles plus contraignantes – étant précisé que cette « sur-transposition » a été validée par le Conseil d'État³⁰. Pour autant, de manière finalement assez inattendue, il ressort du décret du 25 mars 2016 que ces marchés bénéficient d'un régime allégé *sui generis*³¹.

2. Préparation de la procédure

A. - Définition des besoins : trois innovations principales

9 - Les acheteurs restent tenus de déterminer avec précision la nature et l'étendue de leurs besoins avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale³²

21. CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio SpA* : *JurisData* n° 2006-400102 ; *Rec. CJCE* 2006, I, p. 4137, *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm. 203, note G. Eckert.

22. CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *JurisData* n° 2005-400017 ; *Rec. CJCE* 2005, I, p. 1, pt 50 ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 68, note G. Eckert.

23. CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne* : *JurisData* n° 2009-007114 ; *Rec. CJCE* 2009, I, p. 04747 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 226, note H. Hoepffner.

24. CE, 3 févr. 2012, n° 353737, *Commune de Veyrier-du-Lac* : *JurisData* n° 2012-001651 ; *Rec. CE* 2012, p. 18 ; *JCP A* 2012, act. 86 ; *JCP A* 2012, 2085, note H. Pauliat ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 78, note W. Zimmer.

25. CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH c/ Kreis Düren* : *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 213, note W. Zimmer.

26. L. Levain, M. Prats-Denoix, *Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes* : *JCP E* 2015, 1188.

27. *Ord.*, art. 7.

28. *D.*, art. 30-I 3.

29. *Ord.*, art. 14 et 15.

30. CE, 9 mars 2016, n° 393589, *Conseil national des barreaux, Conférence des bâtonniers et Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris* : *JurisData* n° 2016-004267 ; *Rec. CE* 2016, tables ; *JCP A* 2016, act. 232.

31. *D.*, art. 29.

32. *Ord.*, art. 30.

désormais. Si les modalités de cette phase ne sont toujours pas définies, trois nouveautés sont cependant apportées par la réforme.

Tout d'abord, le décret consacre le « *sourcing* » (officiellement dénommé « *études et échanges préalables avec les opérateurs économiques* »)³³, c'est-à-dire la possibilité pour les acheteurs, afin de préparer la passation de leur marché, d'échanger avec des opérateurs économiques puis d'utiliser le résultat de ces échanges, sous réserve que cette démarche n'aboutisse pas à fausser la concurrence ou à violer les grands principes de la commande publique. À cet égard, on peut regretter que le décret ne fixe pas les conditions dans lesquelles il pourra être considéré que la pratique respecte le libre jeu de la concurrence (nombre minimum d'opérateurs devant être consultés, par exemple).

Ensuite, une évaluation préalable du mode de réalisation du projet est imposée pour les marchés publics portant sur des investissements d'un montant supérieur à 100 millions d'euros HT³⁴. Il s'agit d'une réelle innovation puisqu'auparavant ce type d'évaluation n'existait que pour les contrats de partenariat.

Enfin, si l'absence de définition des spécifications techniques dans l'ordonnance³⁵ avait fait naître des inquiétudes, le décret du 25 mars³⁶ ainsi qu'un avis publié au *Journal officiel de la République française* (JO) le 27 mars 2016³⁷ sont venus combler cette lacune – étant précisé que les labels bénéficient dorénavant d'un article dédié. Force est de constater que les règles nouvelles sont globalement similaires aux précédentes (solutions équivalentes, mention des marques ou brevet en principe interdite...). Néanmoins, la prise en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de fonctionnalité pour tous les utilisateurs est renforcée puisqu'elle devient exigée « *sauf cas dûment justifié* »³⁸, et non plus seulement « *chaque fois que possible* »³⁹.

B. - Allotissement et marchés globaux : entre nouveautés et contradictions

10 - Dans l'objectif de favoriser l'accès des PME à la commande publique, le principe d'allotissement a été généralisé⁴⁰ et renforcé. Ainsi désormais, l'ensemble des acheteurs, y compris ceux auparavant régis par l'ordonnance du 6 juin 2005, s'y trouvent soumis, d'une part et l'absence de recours à l'allotissement devra être obligatoirement motivée⁴¹, d'autre part.

Par ailleurs, l'ordonnance consacre la possibilité de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut déposer une offre ainsi que le nombre de lots pouvant être attribués à un même opérateur comme l'avait déjà admis la jurisprudence⁴², sous réserve d'apporter les précisions utiles dans les documents de la consultation⁴³.

De manière nouvelle également, le dépôt d'offres variables en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus est admis, à condition néanmoins d'avoir été expressément autorisé par l'ache-

teur. Cette nouveauté, vraisemblablement justifiée par les économies d'échelles susceptibles d'en découler, est surprenante dans la mesure où elle pourrait désavantager les PME, moins à même de proposer des offres globalisées que les grosses entreprises. Il est loisible d'ailleurs de se demander si la pratique des offres variables n'est pas contraire *in fine* au principe d'allotissement dans la mesure où cela favorise l'attribution de l'ensemble des lots à une même entreprise.

Un constat identique s'impose à propos des marchés globaux. Là encore, de manière assez paradoxale au regard du principe d'allotissement, les conditions de recours à certains marchés globaux ont été assouplies. Plus précisément, s'agissant des anciens marchés de conception-réalisation-exploitation-maintenance (CREM) incluant la réalisation de travaux relevant de la loi du 12 juillet 1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique*, l'entrepreneur ne pouvait être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants ou pour des motifs d'ordre technique. Cette exigence ne figure plus dans l'article consacré aux marchés publics globaux de performance incluant les anciens CREM. Cet assouplissement s'explique par la volonté du Gouvernement d'ériger les marchés globaux en alternative au marché de partenariat. À noter également qu'une nouvelle catégorie de marchés publics globaux a été créée : les marchés globaux sectoriels⁴⁴ regroupant différents dispositifs éparpillés dans diverses lois spécifiques (immeubles affectés à la police ou la gendarmerie nationale, au service public pénitentiaire...).

C. - Choix de la procédure : la coexistence de multiples types de procédure

11 - L'ordonnance prévoit trois grandes catégories de procédures de passation : les procédures formalisées, la procédure adaptée et la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables⁴⁵.

S'agissant des procédures formalisées, l'acheteur sera classiquement tenu d'y recourir lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens, sauf si le marché a pour objet des services sociaux notamment⁴⁶ ou des services juridiques de représentation⁴⁷, ou encore s'il peut être passé sans publicité ni mise en concurrence⁴⁸. Les pouvoirs adjudicateurs devront, par principe, mettre en œuvre la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint⁴⁹. Néanmoins, sous certaines conditions⁵⁰, ils pourront opter pour la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation, empreinte de souplesse, permettant au pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques, sous réserve de fixer préalablement les critères de sélection des offres et des exigences minimales. Dans les mêmes hypothèses, l'acheteur pourra également recourir à la procédure de dialogue compétitif dont les cas d'ouverture sont plus larges qu'auparavant. Les entités adjudicatrices pourront quant à elles librement choisir entre l'appel d'offres, la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et le dialogue compétitif. À côté de ces procédures formalisées traditionnelles, les marchés de maîtrise d'œuvre⁵¹, de conception-

33. D., art. 4. V. JCP A 2016, 2001.

34. Ord., art. 40 et D., art. 24.

35. Ord., art. 30.

36. D., art. 6 à 10.

37. Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics.

38. D., art. 9.

39. CMP, art. 6.

40. Ord., art. 32.

41. D., art. 12 et 106. En revanche, les motifs justifiant l'absence d'allotissement sont inchangés

42. CE, 20 févr. 2013, n° 363656, *Société Laboratoire Biomnis* : *JurisData* n° 2013-002793 ; *Rec. CE* 2013, tables ; *JCP A* 2013, act. 202 ; *JCP A* 2013, 2261.

43. D., art. 12.

44. Ord., art. 35.

45. Ord., art. 4.

46. D., art. 28.

47. D., art. 29.

48. D., art. 30.

49. D., art. 25.

50. D., art. 25-II.

51. D., art. 90.

réalisation⁵² ainsi que les partenariats d'innovation⁵³ notamment sont soumis à une procédure de passation particulière.

S'agissant de la procédure adaptée, peu de nouveautés sont à signaler. Désormais, les marchés ayant pour objet des services sociaux et d'autres services particuliers⁵⁴ dont la liste est publiée au JO⁵⁵ peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée. En ce qui concerne les marchés de services juridiques de représentation⁵⁶, le décret précise expressément que les acheteurs définissent librement les modalités de publicité et de mise en concurrence, ce qui conforte la thèse selon laquelle ils constituent une catégorie *sui generis*.

Les hypothèses dans lesquelles la passation du marché ne sera soumise à aucune formalité de publicité et de mise en concurrence préalables correspondent pour l'essentiel à celles prévues dans le Code des marchés publics⁵⁷, à l'exception des marchés complémentaires en matière de services et de travaux qui n'y figurent plus. Par ailleurs, les marchés dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros sont désormais couverts par cette disposition, comme les marchés de fourniture de livres non scolaires d'un montant inférieur à 90 000 euros. Enfin, une nouvelle exception d'ordre général a été aménagée par le décret à propos des marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens lorsqu'il est avéré que la mise en concurrence serait impossible ou manifestement inutile.

D. - Critères de sélection des offres : des évolutions à la marge

12 - Le principe selon lequel l'acheteur est tenu d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse est réaffirmé⁵⁸. Afin de tenir compte des exigences jurisprudentielles, l'ordonnance précise désormais que cette offre doit être déterminée sur la base « *d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution [...] n'[ayant] pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur* »⁵⁹. De manière novatrice, l'ordonnance apporte des précisions sur les liens devant exister entre les critères choisis et l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, tout en invitant à une appréciation souple de ce lien⁶⁰.

Le recours au critère unique du prix est précisé par le décret⁶¹ : cette possibilité est réservée aux hypothèses où le marché porte sur un achat standardisé dont la qualité n'est pas susceptible de variation d'un opérateur à l'autre. Désormais, le critère unique n'est pas limité au prix puisque peut également être pris en compte, le coût « *déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie* » d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage. Cette apparition du coût en tant que critère unique témoigne de la volonté de promouvoir l'achat responsable. Pour les autres types d'achats, l'acheteur devra utiliser une pluralité de critères, dont obligatoirement le prix ou le coût, ce qui constitue une nouveauté. Parmi la liste indicative de critères figurant dans le décret, de nouveaux exemples

sont à relever, et notamment la biodiversité et le bien-être animal. Les critères devront s'appliquer aux offres de base comme aux offres variantes et, pour les procédures formalisées, à l'instar du régime antérieur, être obligatoirement pondérés (ou hiérarchisés en cas d'impossibilité).

3. Passation des marchés publics

A. - Des modalités de publicité globalement similaires et des délais de procédure raccourcis

13 - Les modalités de publicité connaissent peu d'évolutions en dehors de l'avis de pré-information qui peut se substituer aux avis de marché pour les procédures restreintes ou les procédures concurrentielles avec négociation. Hormis cet apport majeur de la réforme, on relèvera également que l'obligation d'effectuer une publicité au niveau européen même en deçà des seuils est désormais expressément mentionnée. Dans le silence des textes, il est loisible de considérer, au regard des principes dégagés par la jurisprudence, que cela concerne les marchés présentant un « *intérêt transfrontalier certain* »⁶². Autre nouveauté, de manière assez curieuse, le profil d'acheteur n'est plus un support de publicité obligatoire aux termes du décret. Pour autant, la mise en ligne des documents de la consultation (dont fait partie l'avis d'appel public à la concurrence⁶³ sur le profil acheteur est imposée⁶⁴. L'acheteur demeure donc tenu de procéder à une publicité *via* son profil d'acheteur.

S'agissant des délais de procédure, l'article 43 du décret pose le principe selon lequel ils doivent être fixés au regard de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre. En matière de procédures formalisées, les délais minimaux de réception des candidatures et des offres, qui sont encadrés par les textes, ont été globalement réduits. À titre d'exemple, en matière d'appel d'offres ouvert, les délais sont réduits à trente-cinq jours à compter de la date d'envoi à publication de l'avis de publicité et peuvent encore être raccourcis sous certaines conditions⁶⁵.

B. - Sélection des candidatures et des offres : des nouveautés significatives

1° Interdictions de soumissionner : une profonde évolution

14 - La réforme distingue deux catégories. La première comprend les interdictions de soumissionner obligatoires et correspond, peu ou prou, aux hypothèses prévues par la réglementation antérieure⁶⁶. Cependant, l'exclusion ne sera plus nécessairement automatique car, sous réserve de respecter certaines conditions, l'opérateur économique pourra être autorisé à participer à la procédure⁶⁷. La seconde catégorie est relative aux interdictions de soumissionner facultatives⁶⁸. Elles visent des cas déjà identifiés par la jurisprudence, tels par exemple, les opérateurs économiques qui, lors de l'exécution d'un précédent contrat, ont été sanctionnés par une mesure de résiliation⁶⁹ ou encore les candidats qui se trouveraient dans une

52. D., art. 91 et 92.

53. D., art. 93 à 95.

54. D., art. 28.

55. Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.

56. D., art. 29.

57. D., art. 30.

58. Ord., art. 52.

59. CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse : JurisData n° 2006-070072 ; Rec. CE 2006, tables p. 948 ; JCP A 2006, act. 373 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 165, note G. Eckert ; CE, 28 mai 2014, n° 375941, Cne Dijon : JurisData n° 2014-011815 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 223.

60. Ord., art. 52 et 38.

61. D., art. 62.

62. CJCE, 13 nov. 2007, aff. C-507/03, Commission c/ Irlande : JurisData n° 2007-006826 ; Rec. CJCE 2007, p. I, 9777 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 3, note W. Zimmer.

63. D., art. 38.

64. D., art. 39.

65. D., art. 67.

66. Ord., art. 45 et 46.

67. Ord., art. 47.

68. Ord., art. 48.

69. La jurisprudence administrative avait déjà admis que le pouvoir adjudicateur se fonde sur les manquements d'une entreprise dans l'exécution des

situation de conflit d'intérêts⁷⁰. Dans ce cadre, l'exclusion ne pourra être automatique mais devra être précédée d'une procédure contradictoire.

2° La simplification de l'analyse des candidatures

15 - Classiquement, les textes prévoient que les candidats remettent les documents permettant d'attester de leurs capacités à exécuter le marché⁷¹ dont la liste est fixée par arrêté⁷² ainsi qu'une déclaration sur l'honneur portant sur les interdictions de soumissionner et l'obligation d'emploi des personnes handicapées⁷³. Afin de favoriser l'accès aux procédures de passation, la réforme tend à simplifier la constitution du dossier de candidature. Les candidats n'auront pas à fournir les pièces que l'acheteur peut obtenir directement *via* une base de données officielle ou un « coffre-fort » numérique⁷⁴. De même, le dispositif « Dites-le nous une fois » permettant aux candidats de ne plus avoir à présenter des données déjà fournies au même acheteur sera généralisé à partir du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs⁷⁵. En outre, les opérateurs économiques auront la faculté de présenter leur candidature en renseignant le document unique de marché européen (DUME) dont le formulaire-type est annexé au règlement européen du 5 janvier 2016⁷⁶. Cette déclaration officielle dont l'objectif est surtout d'uniformiser les procédures dans l'ensemble de l'Union européenne ne présente que peu d'intérêts pour les opérateurs économiques français habitués à remplir les formulaires DC1 et DC2. Pour autant, les acheteurs sont tenus de l'accepter quel que soit le montant du marché. De surcroît, malgré l'avènement du DUME, le dispositif du marché public simplifié, qui permet aux opérateurs économiques de répondre aux procédures de passation avec leur seul numéro de SIRET, demeure en vigueur.

Enfin, en matière d'analyse des candidatures, la véritable évolution concerne la possibilité pour l'acheteur d'examiner les offres avant les candidatures dans le cadre des appels d'offres ouverts⁷⁷. Par ailleurs, le dispositif relatif à la régularisation du dossier est rationalisé puisque le délai n'est plus encadré et que dorénavant seuls les candidats concernés devront en être informés⁷⁸. Le décret prévoit également la faculté pour les acheteurs de solliciter des candidats qu'ils complètent ou expliquent les documents justificatifs et moyens de preuve fournis. Il semblerait que cette dernière possibilité soit ouverte uniquement pour les pièces permettant à l'acheteur de s'assurer, au terme de la procédure, que l'attributaire pressenti n'entre pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner.

3° Vers la dématérialisation intégrale des procédures

16 - Les acheteurs anciennement soumis au Code des marchés publics sont tenus depuis le 1^{er} avril 2016 d'accepter la remise par voie électronique des candidatures et des offres, quel que soit le montant

du marché⁷⁹. Plus encore, à partir du 1^{er} avril 2017 pour les marchés passés par les centrales d'achat et du 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs, les candidatures comme les offres devront en principe⁸⁰ être remises par voie dématérialisée. Dans le but de favoriser la dématérialisation intégrale des procédures, les textes n'imposent plus que les offres soient signées de manière électronique. Cette liberté nouvelle pourrait néanmoins créer de véritables problématiques juridiques en matière d'identification et d'engagement des soumissionnaires. Pour éviter de telles difficultés, l'acheteur aura toujours la faculté d'imposer que l'offre soit signée électroniquement.

4° Des règles renouvelées en matière de sélection des offres

17 - Préalablement au classement des offres, les acheteurs sont tenus de rejeter les offres anormalement basses⁸¹. Sur cette question, dans le droit fil de la jurisprudence⁸², les nouveaux textes précisent expressément que le déclenchement de la procédure contradictoire de demande de justifications constitue une obligation. Trois autres évolutions doivent être soulignées. Tout d'abord, outre le cas dans lequel le soumissionnaire ne justifie pas de manière satisfaisante le niveau du prix⁸³, sera également qualifiée d'anormalement basse, l'offre pour laquelle l'opérateur économique justifie le niveau du prix proposé par la méconnaissance des normes nationales, européennes voire internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail⁸⁴. En d'autres termes, dans une telle hypothèse, le niveau des prix proposé par le soumissionnaire ne sera pas nécessairement de nature à compromettre la bonne exécution du marché mais l'offre sera considérée comme anormalement basse du fait de la violation de la réglementation applicable. Ensuite, de manière assez critiquable, le texte n'exige plus que la décision de rejet de l'offre soit motivée. Cette obligation devrait cependant demeurer, conformément au principe de transparence. Enfin, et il s'agit de la principale innovation en la matière, le dispositif est désormais applicable aux sous-traitants⁸⁵.

Les acheteurs doivent également éliminer, sans les classer, les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées⁸⁶. Ces notions sont désormais clarifiées. Si la définition de l'offre inappropriée demeure presque à l'identique, le décret rationalise les offres inacceptables qui seront qualifiées comme telles exclusivement pour des motifs tenant au prix alors que l'offre irrégulière correspondra à celle qui méconnaît les exigences de la consultation ou, désormais, de la législation applicable. Cette modification sémantique n'est pas sans conséquence compte tenu de l'évolution du régime juridique apportée par la réforme. Dorénavant, même dans le cadre des procédures sans négociation comme l'appel d'offres, l'acheteur public aura la faculté d'autoriser les soumissionnaires concernés à régulariser des offres irrégulières à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses et que la régularisation n'ait pas pour effet de modifier les « caractéristiques substantielles » des offres – ce qui inclut, implicite-

précédents marchés : CE, 10 juin 2009, n° 324153, Région Lorraine : *JurisData* n° 2009-075610 ; *Rec. CE* 2009, tables ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 271, note W. Zimmer.

70. Le Conseil d'État a récemment eu l'occasion de sanctionner l'admission d'une candidature pour ce motif : CE, 14 oct. 2015, n° 390968, *Société Applicam* : *JurisData* n° 2015-022864 ; *Rec. CE* 2015, tables ; *JCP A* 2015, act. 869.

71. D., art. 50.

72. A. 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

73. D., art. 48.

74. D., art. 53-I.

75. D., art. 53-II.

76. Règlement (UE) 2016/07.

77. D., art. 68.

78. D., art. 55-I.

79. D., art. 40.

80. Les dérogations permises par l'article 41 du décret sont strictement limitées.

81. *Ord.*, art. 53.

82. CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko a. s. et autres* ; CE, ass., 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale* : *JurisData* n° 1999-050091 ; *Rec. CE* 1999, p. 42, concl. C. Bergeal.

83. Cela correspond, conformément à la jurisprudence, à l'offre dont les prix apparaissent « manifestement sous-évalué[s] de nature à compromettre la bonne exécution du marché » : CE, 29 mai 2013, n° 366606, *Ministre de l'Intérieur c/ Société Artéis* : *JurisData* n° 2013-010802 ; *Rec. CE* 2013, tables ; *JCP A* 2013, act. 495 ; *JCP A* 2013, 2284 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013 comm. 187 note W. Zimmer.

84. D., art. 60-II-2°.

85. *Ord.*, art. 62-II et D., art. 134.

86. D., art. 59-I.

ment mais nécessairement, le prix proposé. Dès lors, l'acheteur ne sera plus tenu de rejeter une offre comportant une simple irrégularité formelle⁸⁷. Cette évolution permettra également à l'acheteur d'éviter, par excès de formalisme, de rejeter comme irrégulière une offre qui ne pouvait être qualifiée comme telle compte tenu du caractère véniel de la non-conformité⁸⁸. Par ailleurs, dans le cadre des procédures avec négociation, il est prévu que l'acheteur pourra négocier avec des soumissionnaires dont les offres s'avèrent irrégulières ou inacceptables, à l'instar de ce qui était permis en matière de procédure adaptée par la jurisprudence⁸⁹, sauf en ce qui concerne les offres inappropriées qui devront désormais être rejetées.

C. - L'information des opérateurs économiques évincés : des clarifications

18 - Pour les procédures adaptées, la réforme impose aux acheteurs de notifier le rejet de l'offre ou de la candidature à l'opérateur économique dès qu'il a pris sa décision. Cette nouveauté qui participe d'une plus grande transparence ne peut être que saluée, bien qu'il s'agisse en réalité de la consolidation d'une pratique déjà appliquée par de nombreux acheteurs. Si un pas vers une transparence accrue a donc été franchi, on peut déplorer que le délai de *standstill* ne soit pas généralisé pour de tels marchés alors qu'ils représentent parfois des enjeux financiers non négligeables. De même, les auteurs de la réforme n'ont pas souhaité imposer aux acheteurs de communiquer spontanément les motifs ayant conduit au rejet, une telle information demeurant obligatoire exclusivement sur demande de l'opérateur économique dans un délai de quinze jours.

S'agissant des procédures formalisées, trois évolutions doivent être remarquées à propos de l'obligation de communiquer les motifs de rejet de l'offre ou de la candidature. Tout d'abord, en ce qui concerne le moment de la notification du rejet, le principe est inversé. Alors qu'en application des anciens textes, l'information devait être délivrée à l'issue du choix par l'acheteur d'une offre ou d'une candidature, il est désormais prévu que les lettres soient adressées aux opérateurs économiques dès que l'acheteur aura pris la décision de rejet, ce qui aura pour effet, dans certaines hypothèses, de notifier l'information à un stade plus avancé qu'auparavant. Ensuite, la réforme crée une réelle distinction entre l'information « spontanée » et l'information « sur demande », cette dernière n'ayant pas pour objet de suppléer le manquement de l'acheteur dans son obligation d'information spontanée. Aussi, l'acheteur devra spontanément communiquer au soumissionnaire évincé son classement, les notes affectées à son offre par critère⁹⁰ et sous-critère⁹¹ ainsi que celles obtenues par l'attributaire et, sur demande, « les caractéristiques et avantages de l'offre retenue » si le marché a été attribué. Il est permis de s'interroger sur le contenu de cette dernière information, d'autant que les nouvelles dispositions n'énumèrent plus les informations dont la divulgation est interdite. A n'en pas douter, la jurisprudence aura à définir les contours de cette notion. Enfin, autre nouveauté, ce

n'est plus le délai de suspension que l'acheteur devra indiquer mais la date prévisionnelle de signature du marché.

4. Exécution des marchés publics

A. - La sous-traitance davantage encadrée

19 - Alors que jusqu'à présent seule la sous-traitance totale des marchés publics était proscrite, l'acheteur pourra désormais exiger que certaines tâches essentielles soient exécutées directement par le titulaire. Cette nouvelle notion, issue d'une retranscription fidèle de la directive, pourrait être source d'interrogation dans la mesure où les modalités de la répartition entre les prestations essentielles et accessoires ne sont pas déterminées par le texte. Par ailleurs, comme indiqué ci-avant, le prix proposé par le sous-traitant devra faire l'objet d'un contrôle par l'acheteur au titre de l'offre anormalement basse, y compris lorsque le sous-traitant sera présenté en cours d'exécution de marché. Toutefois, il conviendra de vérifier la portée effective de cette nouvelle obligation en cours d'exécution dans la mesure où, à ce stade, les risques contentieux étant limités, l'acheteur pourrait être tenté de relâcher sa vigilance – et ce, d'autant plus que le titulaire demeure seul responsable de la bonne exécution des prestations.

B. - Des modifications en cours d'exécution strictement limitées

20 - L'article 139 du décret énumère six hypothèses dans lesquelles le marché pourra être modifié en cours d'exécution. Il s'agit de l'une des évolutions majeures de la réforme. Parmi ces hypothèses, l'article 139-6° du décret fixe des seuils de deçà desquels la modification est autorisée. Ces seuils, de 15 % pour les marchés de travaux et de 10 % pour les autres catégories de marchés, sont moins élevés que ceux dégagés par la jurisprudence antérieure⁹² mais présentent l'avantage d'une plus grande sécurité juridique. De surcroît, les parties pourront modifier les termes du marché dès lors qu'il ne s'agit pas d'une modification substantielle, cette notion étant définie par la négative dans le décret. Autre évolution, si elles n'ont pas été initialement prévues au contrat⁹³, les modifications tenant à la réalisation de prestations supplémentaires pour lesquelles le choix du titulaire s'impose pour des raisons économiques ou techniques ainsi que les modifications résultant de circonstances imprévues ne peuvent dépasser plus de 50 % du montant initial du marché⁹⁴. Dans une telle hypothèse, l'acheteur devra publier un avis de modification au niveau européen s'il s'agit d'un marché passé selon une procédure formalisée. Enfin, le régime juridique de la cession de contrat évolue de manière non négligeable. Les nouveaux textes se conforment à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg⁹⁵ et remettent donc en cause les conclusions de l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000⁹⁶. En effet, la cession de contrat ne sera possible qu'à la suite d'une opération de restructuration du titulaire, les autres hypothèses de changement de cocontractant étant considérées comme substantielles et donc proscrites. Il est permis de s'interroger sur le contenu de la no-

87. Voir par ex. : CE, 25 mars 2013, n° 364824, Dpt Hérault : *JurisData* n° 2013-006205 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 133, obs. G. Eckert.

88. CE, 22 déc. 2008, n° 314244, Ville de Marseille : *JurisData* n° 2008-074713 ; *Rec. CE* 2008, tables ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 81, note J.-P. Pietri ; CE, 10 juill. 1996, n° 140606, Coisne : *JurisData* n° 1996-050707 ; *Rec. CE* 1996, tables p. 1006 ; JCP G. 1997, II, 22790, concl. J.-M. Delarue.

89. CE, 30 nov. 2011, n° 353121, Min. Défense / EURL Qualitech : *JurisData* n° 2011-026704 ; *Rec. CE* 2011, tables p. 1088 ; JCP A 2011, act. 765 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 11, note G. Eckert.

90. Voir par ex. : CE, 19 avr. 2013, n° 365617, Cne Mandelieu-la-Napoule : *JurisData* n° 2013-007364 ; *Rec. CE* 2013 ; JCP A 2013, 2302.

91. CE, 7 nov. 2014, n° 384014, Synd. dptal traitement déchets ménagers Aisne : *JurisData* n° 2014-031357 ; *Rec. CE* 2014, tables ; JCP A 2014, act. 901 ; JCP A 2015, 2025 ; JCP A 2015, 2121.

92. En règle générale, la jurisprudence considérait qu'il existait un bouleversement de l'économie du marché à partir d'une modification de 15 à 20 % ; voir en ce sens : TA Cergy-Pontoise, 3 juill. 2001, *Préfet de la Seine-Saint-Denis* : *Contrats-Marchés publ.* 2001, comm. 207 ; CAA Paris, 25 févr. 2013, n° 12PA00638, Ville de Paris.

93. Dans cette hypothèse, correspondant aux clauses de réexamen, le texte prévoit que les modifications sont possibles quel que soit leur montant.

94. D., art. 140.

95. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 4401 ; *Dr. adm.* 2008, comm. 132, note R. Noguellou ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer.

96. CE, avis, 8 juin 2000, n° 364803.

tion de restructuration du titulaire. S'agit-il exclusivement des hypothèses de changement statutaire ou capitalistique sans modification de personnalité morale – qui ne constituaient pas auparavant des cas de cession – ou bien peut-on englober dans cette notion les opérations entre des sociétés du même groupe ayant un impact sur la personnalité juridique telle qu'une fusion-absorption ? En toute hypothèse, conformément à l'article 65 de l'ordonnance, les modifications ne pourront changer « *la nature globale du marché public* » – sans que les textes ne précisent néanmoins ce que recouvre une telle notion.

C. - La résiliation règlementée

21 - Ni l'ordonnance, ni le décret ne consacrent un chapitre spécifique à la résiliation des marchés publics classiques. Cela étant, le décret fixe les modalités du règlement financier d'un marché résilié et l'ordonnance évoque trois hypothèses particulières de résiliation⁹⁷. Premièrement, le marché pourra être résilié en cas de méconnaissance grave du droit de l'Union européenne en matière de marchés publics, reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'un recours en manquement, dont il est résulté que l'opérateur économique n'aurait pas dû se voir attribuer le contrat⁹⁸. Deuxièmement, l'acheteur pourra mettre fin aux relations contractuelles si en cours d'exécution, le cocontractant se trouve placé dans une situation d'interdiction de soumissionner⁹⁹. Troisièmement, l'ache-

teur pourra également prononcer la résiliation du marché lorsque son exécution ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues en la matière.

Conclusion

22 - Attendue depuis de nombreuses années par les praticiens, la rationalisation du droit de la commande publique est indéniablement en marche. La suppression de la possibilité d'utiliser les contrats domaniaux pour répondre aux besoins des acheteurs ou encore l'unification des règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices dans un corpus unique mais également l'intégration des marchés de partenariat en constituent des exemples marquants. Le mouvement de simplification du droit prôné par les auteurs de la réforme devrait connaître une nouvelle avancée décisive lorsque le Code de la commande publique destiné à regrouper l'ensemble des règles relatives à la passation et à l'exécution des marchés publics et des concessions entrera en vigueur. La publication de ce code semble en bonne voie puisque l'un des articles du projet de loi *relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* dit « Sapin II » déposé le 30 mars 2016 vise à autoriser le Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative du Code de la commande publique. Suite (et bientôt fin ?) de l'épisode de modernisation et de simplification du droit de la commande publique à la prochaine ordonnance donc.

MOTS-CLÉS : Contrats / Marchés publics - Réforme des marchés publics

97. D., art. 118, 121 et 125.

98. Ord., art. 58.

99. Ord., art. 49.

Annexe

Plan du Code des marchés publics 2016

PREMIÈRE PARTIE : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Titre I^{er} : CHAMP D'APPLICATION (art. 1, 2, 3)

Titre II : PRÉPARATION DU MARCHÉ PUBLIC (art. 4 à 19)

Chapitre I^{er} : Définition préalable des besoins

Section 1 : Etudes et échanges préalables avec les opérateurs

Economiques (art. 4)

Section 2 : Participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public (art. 5)

Section 3 : Spécifications techniques (art. 6 à 9)

Section 4 : Labels (art. 10)

Section 5 : Rapport d'essai, certification et autres moyens de preuve (art. 11)

Chapitre II : Allotissement (art. 12)

Chapitre III : Marchés publics réservés (art. 13, 14)

Chapitre IV : Contenu du marché public

Section 1 : Caractère écrit (art. 15)

Section 2 : Durée (art. 16)

Section 3 : Prix (art. 17, 18, 19)

Titre III : PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC (art. 20 à 108)

Chapitre I^{er} : Opérations préalables au lancement de la procédure de passation

Section 1 : Calcul de la valeur estimée du besoin (art. 20 à 23)

Section 2 : Evaluation préalable du mode de réalisation du projet d'investissement (art. 24)

Chapitre II : Choix de la procédure

Section 1 : Procédures formalisées

Sous-section 1 : Procédures formalisées applicables aux pouvoirs Adjudicateurs (art. 25)

Sous-section 2 : Procédures formalisées applicables aux entités Adjudicatrices (art. 26)

Section 2 : Procédure adaptée

Sous-section 1 : Marchés publics inférieurs aux seuils de procédure formalisée (art. 27)

Sous-section 2 : Marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques (art. 28)

Sous-section 3 : Marchés publics de services juridiques de Représentation (art. 29)

Section 3 : Marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables (art. 30)

Chapitre III : Publicité préalable

Section 1 : Avis d'appel à la concurrence

Sous-section 1 : Avis de préinformation des pouvoirs Adjudicateurs (art. 31)

Sous-section 2 : Avis périodique indicatif des entités Adjudicatrices (art. 32)

Sous-section 3 : Avis de marché (art. 33, 34, 35)

Section 2 : Modalités de publication des avis d'appel à la Concurrence (art. 36)

Section 3 : Invitation à confirmer l'intérêt (art. 37)

Chapitre IV : Règles générales de passation

Section 1 : Dématérialisation des procédures

Sous-section 1 : Mise à disposition des documents de la Consultation (art. 38, 39)

Sous-section 2 : Communications et échanges d'informations par voie électronique (art. 40, 41, 42)

Section 2 : Délais de réception des candidatures et des offres (art. 43)

Section 3 : Sélection des candidats

Sous-section 1 : Conditions de participation (art. 44)

Sous-section 2 : Groupements d'opérateurs économiques (art. 45)

Sous-section 3 : Système de qualification pour les entités Adjudicatrices (art. 46)

Sous-section 4 : Réduction du nombre de candidats (art. 47)

Sous-section 5 : Présentation des candidatures (art. 48, 49)

Sous-section 6 : Documents justificatifs et autres moyens de Preuve (art. 50 à 54)

Sous-section 7 : Modalités de vérification des conditions de Participation (art. 55)

Section 4 : Invitation des candidats sélectionnés (art. 56)

Section 5 : Choix de l'offre

Sous-section 1 : Présentation des offres (art. 57)

Sous-section 2 : Variantes (art. 58)

Sous-section 3 : Examen des offres (art. 59)

Sous-section 4 : Offres anormalement basses (art. 60)

Sous-section 5 : Offres contenant des produits originaires des pays tiers pour les marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices (art. 61)

Sous-section 6 : Attribution du marché public (art. 62, 63, 64)

Chapitre V : Déroulement des procédures formalisées (art. 65)

Section 1 : Appel d'offres (art. 66)

Sous-section 1 : Appel d'offres ouvert (art. 67, 68)

Sous-section 2 : Appel d'offres restreint (art. 69, 70)

Section 2 : Procédure concurrentielle avec négociation (art. 71, 72, 73)

Section 3 : Procédure négociée avec mise en concurrence préalable (art. 74)

Section 4 : Dialogue compétitif (art. 75, 76)

Chapitre VI : Techniques particulières d'achat

Section 1 : Marchés publics à tranches (art. 77)

Section 2 : Accords-cadres (art. 78, 79, 80)

Section 3 : Système d'acquisition dynamique (art. 81, 82, 83)

Section 4 : Enchères électroniques (art. 84 à 85)

Section 5 : Catalogues électroniques (art. 86, 87)

Section 6 : Concours (art. 88, 89)

Chapitre VII : Marchés publics particuliers

Section 1 : Marchés publics de maîtrise d'œuvre (art. 90)

Section 2 : Marchés publics globaux

Sous-section 1 : Marchés publics de conception-réalisation (art. 91)

Sous-section 2 : Marchés publics globaux de performance (art. 92)

Section 3 : Partenariats d'innovation (art. 93, 94, 95)

Section 4 : Marchés publics relatifs à l'achat de véhicules à moteur (art. 96)

Section 5 : Marchés publics réalisés dans le cadre de programmes Expérimentaux (art. 97)

Chapitre VIII : Achèvement de la procédure

Section 1 : Abandon de la procédure (art. 98)

Section 2 : Information des candidats et des soumissionnaires (art. 99, 100)

Section 3 : Signature du marché public (art. 101, 102)

Section 4 : Notification du marché public (art. 103)

Section 5 : Avis d'attribution (art. 104)

Section 6 : Transparence

Sous-section 1 : Rapport de présentation des procédures menées par les pouvoirs adjudicateurs (art. 105)

Sous-section 2 : Informations conservées par les entités Adjudicatrices (art. 106)

Sous-section 3 : Accès aux données essentielles des marchés Publics (art. 107)

Sous-section 4 : Durée de conservation des dossiers (art. 108)

Titre IV : EXÉCUTION DU MARCHÉ PUBLIC (art. 109 à 142)

Chapitre I^{er} : Exécution financière (art. 109 à 132)

Chapitre II : Sous-traitance (art. 133)

Chapitre III : Contrôle du coût de revient des marchés publics de l'État et de ses établissements publics (art. 134 à 138)

Chapitre IV : Modification du marché public (art. 139, 140)

Chapitre V : Observatoire économique de la commande publique (art. 141)

Chapitre VI : Règlement amiable des différends (art. 142)

DEUXIÈME PARTIE : DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT (art. 143 à 166)

TROISIÈME PARTIE : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER (art. 167 à 175)

QUATRIÈME PARTIE : DISPOSITIONS DIVERSES (art. 176 à 188)

CINQUIÈME PARTIE : DISPOSITIONS FINALES (art. 188, 189)