

L'ORDONNANCE n°2015-899 DU 23 JUILLET 2015 RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS

Webinaire Le Moniteur

Mercredi 16 septembre 2015

L'ORDONNANCE N°2015-899 DU 23 JUILLET 2015 RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS

L'ordonnance du 23 juillet 2015 poursuit **trois grands objectifs** :


Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

Partie 2 : Un ensemble de dispositifs tendant à favoriser l'accès des PME à la commande publique

Partie 3 : Une utilisation stratégique de la commande publique conformément aux dispositions des directives communautaires

Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

Constat du Gouvernement : les textes de droit interne relatifs aux contrats qui sont des « marchés publics » au sens des directives européennes sont **nombreux et disséminés** et, par conséquent, **sources de complexité** pour les entreprises et les acheteurs publics.

 Volonté de **simplifier et de rationaliser** l'architecture du droit interne des marchés publics dans un but de **lisibilité**.

A cet effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015 :

1. Rassemble, au niveau législatif, et au sein d'un corpus juridique unique, les règles communes applicables aux contrats qui sont des « marchés publics » au sein des directives européennes ;
2. Rénovent le régime des contrats de partenariat ;
3. Clarifie le champ des contrats administratifs et la répartition du contentieux ;
1. Harmonise les notions françaises et européennes de définition des marchés publics.

Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

A. Regroupement des textes existants en matière de « marchés publics » en un seul et même texte

- Un **corpus unique** régissant tous les contrats constituant des « marchés publics » au sens des directives européennes.
- Des dispositions propres à chaque catégorie de contrats et à certaines catégories d'acheteurs (secteur des réseaux).

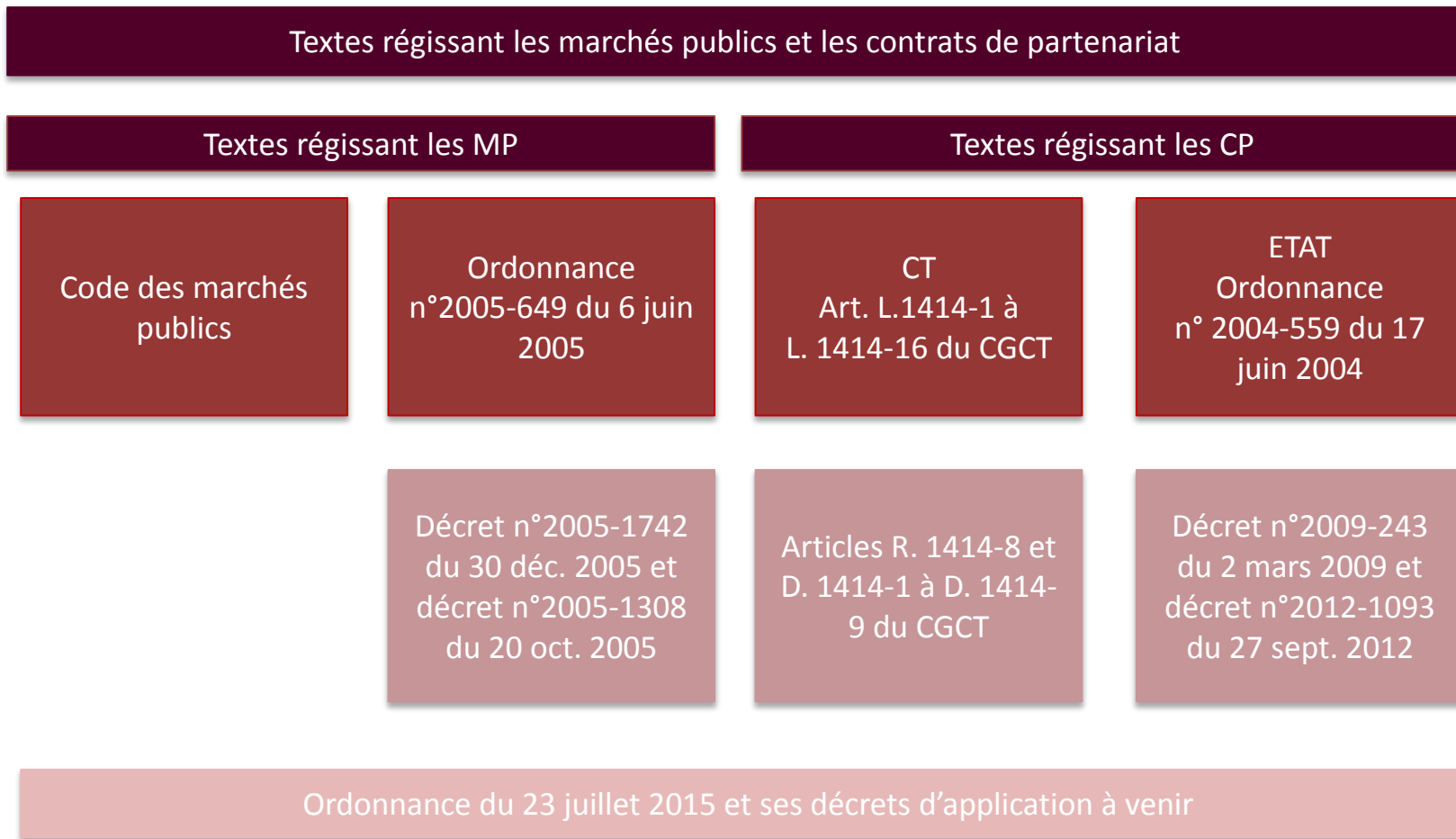
Objectif : Renforcer la **sécurité juridique** des procédures et accroître l'**efficacité de l'achat public** : « *des textes plus courts, mais une cohérence plus grande* ».

A retenir : Fin de la dichotomie entre les marchés relevant des dispositions du Code de marchés publics et ceux régis par les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 : l'ordonnance du 23 juillet 2015 couvre désormais l'ensemble des contrats répondant à la définition européenne du marché public.

 Préfigure la constitution d'un véritable code dédié à la commande publique ?

Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

A. Regroupement des textes existants en matière de « marchés publics » en un seul et même texte




Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

B. Rénovation du régime des contrats de partenariat au travers la création des marchés de partenariat

Deuxième partie de l'ordonnance, articles 66 à 90

Objectif poursuivi : Harmoniser les notions françaises et européennes dans un souci de **lisibilité du droit**.

 L'ordonnance du 23 juillet 2015 **unifie et consolide** les différentes formules contractuelles dites « complexes » existantes au profit d'une forme **unique, générique et transversale** : le marché de partenariat.

Ces marchés de partenariat regroupent :

- les contrats de partenariat public-privé ;
- tout un corpus de contrats dits « complexes ».

Définition : Marchés qui permettent de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une **mission globale** couvrant : conception, construction, aménagement, entretien, maintenance, gestion d'une mission de SP ainsi que tout ou partie de son financement.

A retenir : **Unification du régime des marchés de partenariat et modulation possible des différentes missions pouvant être confiées dans le cadre des marchés de partenariat.**

Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

B. Rénovation du régime des contrats de partenariat au travers la création des marchés de partenariat

1/. Conditions de lancement d'une procédure visant à l'attribution d'un marché de partenariat :

- Réalisation d'une **évaluation du mode de réalisation du projet**, quel que soit le montant d'investissement ;
- Réalisation d'une **étude de soutenabilité budgétaire** ;
- Transmission de ces évaluations et études à des **experts**.

2/. Conditions de recours aux marchés de partenariat :

- Valeur du marché supérieure à **un seuil fixé par voie réglementaire** en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités technique et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru (grille de seuils à venir) ;
- **Bilan plus favorable** que le recours à d'autres modes de réalisation du projet (suppression des conditions relatives à l'urgence et à la complexité).

Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

B. Rénovation du régime des contrats de partenariat au travers la création des marchés de partenariat

3/. Nouveautés quant au régime juridique des marchés de partenariat :

- Participation de la personne publique au financement des investissements *via* la détention d'une participation financière minoritaire au capital de la société titulaire du marché ;
- Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, le titulaire du marché pourra, sur autorisation de la personne publique, céder des biens en vue de valoriser une partie de son domaine (système de cessions en cascade) ;
- En cas de remise en cause judiciaire du contrat (annulation, résolution ou résiliation), possibilité de prévoir contractuellement les modalités d'indemnisation du titulaire.

Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

C. Clarification du champ des contrats administratifs et de la répartition du contentieux

Article 3 de l'ordonnance

- Extension de la **qualification de contrat administratif** à l'ensemble des marchés passés par des personnes morales de droit public.
- En conséquence, **clarification de la répartition des contentieux** : la compétence de l'ordre juridictionnel relève, pour les marchés passés par des personnes morales de droit public, automatiquement du juge administratif.




Partie 1 : Une simplification et une rationalisation de l'architecture du droit interne des marchés publics

D. Mise en cohérence des notions françaises et européennes pour la définition des marchés publics

Des notions et des vocables consacrés en droit européen, dont certains font leur apparition dans notre droit interne :

- la notion française de « **marchés publics** » inclut les marchés passés par certaines personnes privées ;
- la notion « **d'accord-cadre** » englobe les marchés à bons de commande ;
- la notion de « **marché de travaux** » est redéfinie afin d'englober les marchés de partenariat. Il n'est donc plus fait référence à la notion d'exercice de la maîtrise d'ouvrage au sens de la loi MOP.
- La « **coopération public-public** » donne lieu à la notion de quasi-régie qui fait son apparition.
- les notions de « **sous-contrat** » et de « **sous-contractant** », directement importées du droit européen font leur apparition.

 Volonté du Gouvernement d'établir **un cadre clair et unique** pour les entreprises candidates à l'attribution des contrats relevant de la commande publique.

Partie 2 : Un ensemble de dispositifs tendant à favoriser l'accès à la commande publique des PME

Rappel : Décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014 *portant mesures de simplification applicables aux marchés publics* avait d'ores et déjà intégré, dans le Code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005, deux mesures en faveur des PME, entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2014 :

- la limitation des exigences des acheteurs publics relatives à la capacité financière des candidats ;
- l'allègement des dossiers de candidature.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 poursuit ce travail en faveur des PME au travers notamment deux dispositifs :

1. l'**extension du principe de l'allotissement** à l'ensemble des marchés ;
2. la **réservation d'une part de l'exécution des marchés de partenariat** aux PME.

Partie 2 : Un ensemble de dispositifs tendant à favoriser l'accès à la commande publique des PME

A. Extension de la règle de l'allotissement à l'ensemble des marchés

Article 32 de l'ordonnance

Extension du principe de l'allotissement à tous les marchés, y compris ceux conclus pour les besoins de pouvoirs adjudicateurs constitués sous la forme de personnes privées.

Exceptions :

- **Marché global** lorsque les acheteurs publics ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou bien 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.

Obligation de motiver le choix de recourir à un marché global, selon des modalités qui seront définies dans le décret d'application de l'ordonnance.

- **Marchés publics de défense et de sécurité**
- **Marchés publics globaux.**

Autre nouveauté de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : les acheteurs peuvent autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

Partie 2 : Un ensemble de dispositifs tendant à favoriser l'accès à la commande publique des PME

B. Réserve d'une part de l'exécution des nouveaux marchés de partenariat

Article 87 de l'ordonnance

Le titulaire d'un marché de partenariat doit désormais s'engager à confier à des PME ou à des artisans une **part minimale de l'exécution du contrat**.

Les conditions et les modalités selon lesquelles cette réserve devra être mise en œuvre seront déterminées par **voie réglementaire**.

Afin d'assurer l'effectivité de cette mesure, le Gouvernement a prévu que les acheteurs publics devront prendre en compte, **parmi les critères d'attribution du contrat**, la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME.

Partie 3 : Une utilisation stratégique de la commande publique conformément aux dispositions des directives européennes

Objectif : Faire de la commande publique un support stratégique à la mise en œuvre des politiques publiques, utilisation des marchés publics comme levier de politique en matière d'emploi, d'innovation et de développement durable au travers :

1. un **renforcement des clauses sociales et environnementales** ;
1. une extension du dispositif des **marchés réservés** ;
2. l'extension du **régime des offres anormalement basses** (OAB) aux prestations sous traitées.

Rappel des mécanismes existants :

- *au stade de la définition des besoins* : article 5 du CMP, repris à l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- *au stade du jugement des offres* : article 53 du CMP, non repris dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- *au stade de l'exécution des marchés* : article 14 du CMP, repris à l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet.

Partie 3 : Une utilisation stratégique de la commande publique conformément aux dispositions des directives européennes

A. Renforcement des clauses sociales et environnementales

Article 38 de l'ordonnance

L'ordonnance réaffirme la **possibilité, pour les acheteurs publics, d'insérer, dans leurs marchés, des clauses sociales et environnementales** pour faire de la commande publique un véritable levier de déploiement des politiques publiques en faveur de l'insertion sociale et du développement durable.

Toutefois, comme auparavant, les considérations sociales ou environnementales prises en compte par les acheteurs doivent être **liées à l'objet du marché** (appréciation particulièrement souple de la notion de lien avec l'objet du marché).

Partie 3 : Une utilisation stratégique de la commande publique conformément aux dispositions des directives européennes

B. Extension du dispositif des marchés réservés aux entreprises relevant de l'économie sociale et solidaire (ESS)

Articles 36 et 37 de l'ordonnance

Rappel des dispositifs existants : des marchés peuvent être réservés à **des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail**, ou à des structures équivalentes, lorsque **50%** des travailleurs employés par ces structures sont des **personnes handicapées** qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Nouveautés apportées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 :

- extension du dispositif des marchés réservés à des **structures d'insertion par l'activité économique** et à des structures équivalentes lorsqu'elles emploient une proportion minimale de **travailleurs défavorisés** (entreprises d'insertion, entreprise de travail temporaire d'insertion, associations intermédiaires, ateliers et chantiers d'insertion) ;
- possibilité de réserver des marchés publics ou des lots autres que ceux de la défense et de la sécurité à des **entreprises relevant de l'économie sociale et solidaire (ESS)** au sens de la loi du 31 juillet 2014 sous conditions.

Partie 3 : Une utilisation stratégique de la commande publique conformément aux dispositions des directives européennes

C. Lutte contre le « dumping social » : rejet des OAB

Articles 53 et 62-II de l'ordonnance

Afin d'éviter tout dumping, lorsqu'une **offre semble anormalement basse (OAB)**, l'acheteur public doit exiger que le candidat fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il devra la rejeter dans les conditions qui seront fixées par décret.

Apport de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : Extension du mécanisme de lutte contre les OAB aux prestations sous traitées ; l'acheteur devant réclamer à l'opérateur économique des justifications sur le montant des prestations lui paraissant suspectes.

A noter également en matière de sous-traitance :

- Extension du bénéfice du paiement direct des sous-traitants à l'ensemble des marchés publics passés par des acheteurs ;
- Suppression de la règle de l'interdiction de la sous-traitance totale d'un marché.

Partie 4 : Autres mesures prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015

A. Les exclusions applicables aux relations internes au secteur public

Articles 17 à 20 de l'ordonnance

Plusieurs formes de coopération exclues du champ d'application de l'ordonnance :

- **la coopération verticale (article 17)** : exception dite « in house », consacrée par la JP communautaire sous 3 conditions : le contrôle analogue, réalisation de plus de 80% des activités pour le compte du pouvoir adjudicateur et pas de participation directe de capitaux privés : **élargissement des conditions d'application** de cette exception sur le fondement de la JP communautaire.

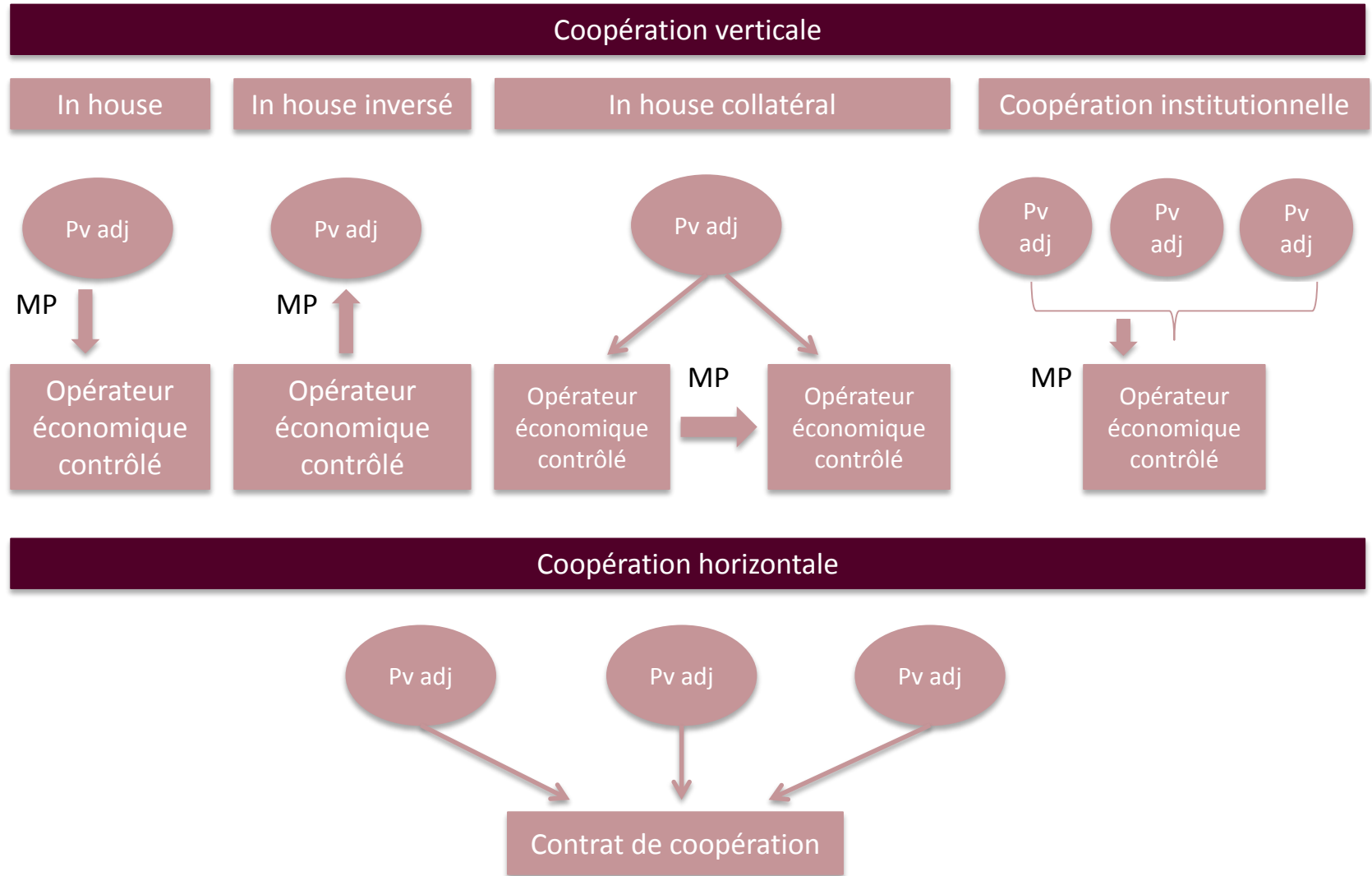
Extension de l'exception : « in house inversé » et « in house collatéral ».

Consécration de la coopération institutionnelle : cas où plusieurs pouvoirs adjudicateurs expriment une volonté de s'associer au travers d'une structure qu'ils détiennent ensemble et qui est chargée d'assurer une partie de leurs services ou de leurs activités (type GIE).

- **La coopération horizontale (article 18)** : exclusion du champ d'application de l'ordonnance des contrats conclus entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus, et ayant pour objet la mise en œuvre d'une coopération lorsque les deux conditions suivantes sont remplies : la mise en œuvre de la coopération ne répond qu'à des considérations d'intérêt général, les pouvoirs adjudicateurs réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernés par la coopération.

Partie 4 : Autres mesures prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015

A. Les exclusions applicables aux relations internes au secteur public



Partie 4 : Autres mesures prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015

B. Les marchés publics globaux

Articles 33 à 35 de l'ordonnance

Deux nouveautés apportées aux dispositifs d'ores et déjà existants :

- **Harmonisation des différents dispositifs existants** en une seule et même catégorie de marchés dits « globaux » réunissant les marchés de conception-réalisation, les marchés globaux de performance et les marchés globaux dits sectoriels issus des différentes dérogations législatives existantes (LOPSI, LOPJI, loi Pinel) ;
- **Elargissement du recours aux marchés globaux de performance** (anciens CREM/REM) notamment lorsque les travaux portent sur des ouvrages soumis à la loi MOP : abandon du motif d'ordre technique. Il suffit désormais que l'acheteur impose à son cocontractant des objectifs chiffrés de performance définis notamment en terme de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

Partie 4 : Autres mesures prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015

C. L'évaluation préalable

Article 40 de l'ordonnance

Jusqu'à présent, différents types d'obligation d'évaluation des projets d'investissement existaient mais quasi exclusivement en matière de contrats de partenariat.

Apport de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : généralisation de l'obligation d'évaluation préalable à tous les marchés relevant de l'ordonnance dès lors que le montant de l'investissement sera égal ou supérieur à un seuil défini par décret (100 millions d' € *a priori*).

Le contenu de cette évaluation et les modalités de sa méthodologie doivent en revanche être définis par décret.

Objectifs d'une telle évaluation : analyser les différentes options contractuelles envisageables et évaluer leurs avantages et leurs inconvénients au regard des caractéristiques du projet et le maîtrise des principaux risques liés au projet, des objectifs stratégiques poursuivis par la personne publique, des compétences et moyens dont elle dispose, de l'efficacité économique du projet ainsi que de tout autre élément pertinent.

A retenir : Instauration d'un véritable instrument d'aide à la décision pour les acheteurs même si, en vertu du principe de liberté contractuelle, l'acheteur conserve une marge d'appréciation dans l'opportunité du choix de l'outil contractuel (prise en compte de considérations politiques notamment).

Partie 4 : Autres mesures prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015

D. Les achats centralisés et groupés

Articles 26 à 28 de l'ordonnance

➤ Plusieurs nouveautés en matière d'achats centralisés :

- ✓ Distinction entre les **activités d'achat centralisées** (activités d'achat pour revente et intermédiation contractuelle) et les **activités d'achat auxiliaires** en élargissant les activités d'une centrale d'achat au conseil et à l'assistance ;
- ✓ Possibilité de recourir à une **centrale d'achat localisée dans un autre Etat membre de l'UE** : loi applicable est celle du pays dans lequel est située la centrale d'achat.

➤ Réaffirmation des groupements de commande :

- ✓ **Clarification du régime existant** : possibilité de constituer des groupements de commandes avec une ou plusieurs personnes morales de droit privé non soumises à l'ordonnance, signature nécessaire d'une convention constitutive, répartition des responsabilités entre les membres du groupement.
- ✓ Possibilité de constituer des **groupements de commande transnationaux** avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'autres Etats membres de l'UE (loi applicable définie conventionnellement) : des difficultés en pratique ?

➤ Possibilité de constituer des entités communes transnationales

CONCLUSION

Selon Jean Maïa, l'ordonnance est une « *boîte à outil* » à disposition des acheteurs publics et le décret d'application de cette ordonnance, son « *mode d'emploi* ».

Demeurent donc **un certain nombre de dispositifs à préciser** dans les deux décrets d'application qui devraient être adoptés d'ici la fin de l'année, notamment :

- le concours de maîtrise d'œuvre (article 8 de l'ordonnance) ;
- la dématérialisation (article 43 de l'ordonnance) ;
- l'open data (article 57 de l'ordonnance) ;
- le sourcing ;
- le détail des procédures de mise en concurrence (article 42 de l'ordonnance).