

Nouvelles directives marchés publics et concessions :
quelles conséquences pour la commande publique en
France ?

Jeudi 20 mars 2014

Sommaire

- I. Les nouvelles directives : quelles modalités de transposition en droit français ?
- II. Les nouvelles procédures
- III. Les ajustements des procédures classiques
- IV. La coopération public-public et le « *in house* »
- V. La modification des contrats (concession et marchés publics)

I. Les nouvelles directives : quelles modalités de transposition en droit français ?

David Moreau, maître des requêtes au Conseil d'Etat

Les nouvelles directives : quelles modalités de transposition en droit français ?

1/ Projet de décret juillet 2014 :

- limitation des exigences relatives à la capacité financière des candidats
- possibilité de substituer à certains justificatifs des déclarations sur l'honneur
- exonération, pour le titulaire pressenti, de produire les documents déjà fournis dans le cadre d'une précédente procédure et qui demeurent valables ou directement accessibles en ligne gratuitement par les acheteurs publics
- création de la procédure dite de « partenariat d'innovation » visant à favoriser le développement de l'innovation dans le cadre des marchés publics

Les nouvelles directives : quelles modalités de transposition en droit français ?

2/ Projet d'ordonnance juillet 2014 pour la facturation électronique

Entrée en vigueur en fonction de la taille des entreprises à partir du 1^{er} janvier 2017 afin d'être totalement appliquée à partir du 1^{er} janvier 2020

3/ Ordonnance marchés publics (délai non précisé)

- Fusion CMP – Ordonnance de 2005
- Intégration de tous les textes PPP sous la dénomination unique de « contrats de partenariat »

4/ Texte concessions (1^{er} trimestre 2015)

« Socle commun à tous les contrats de type concessif tout en préservant le régime actuel issu de la loi Sapin »

5/ A terme : code de la commande publique

		Situation actuelle	
Droit français	<p>Marché public</p> <p>Code des marchés publics</p> <p>Ordonnance du 6 juin 2005</p>	<p>Partenariat public-privé</p> <p><i>Contrat de partenariat</i></p> <p>Ordonnance du 17 juin 2004</p> <p><i>BEA, BEH, AOT-LOA</i></p> <p>notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Loi « LOPSI » du 29 août 2002 - Ordonnance « Santé » du 4 septembre 2003 	<p>Délégation de service public</p> <p>Loi « Sapin » du 29 janvier 1993</p> <p>Concession de travaux publics</p> <p>Ordonnance du 15 juillet 2009</p> <p>Concession d'aménagement *</p> <p>C. urb., art. R. 300-4 et s.</p> <p>* Si part significative du risque économique de l'opération assumée par l'aménageur</p>
Droit de l'UE	<p>Marché public</p> <p>Directives 2004-17 et -18 du 31 mars 2004</p>		<p>Concession de travaux ou de services</p> <p>Directive 2004-18 du 31 mars 2004</p> <p>Traité de l'UE</p>

Situation à venir ?

Droit de l'UE	<p>Marchés publics</p> <p>Directives « secteurs classiques » et « secteurs spéciaux »</p>	<p>Concessions</p> <p>Directive Concessions</p>
Droit français	<p>Marchés publics (dont contrats de partenariat)</p> <p>Ordonnance marchés publics et décrets d'application</p>	<p>Concessions (dont DSP)</p> <p>Loi sur les concessions et décrets d'application</p>

II. Les nouvelles procédures

François Tenailleau, avocat associé, CMS Bureau Francis Lefebvre

Les nouvelles procédures : ***procédure concurrentielle avec négociation***

- Pour les pouvoirs adjudicateurs : remplace la procédure négociée avec mise en concurrence préalable

- Recours largement autorisé → **quasi-procédure de droit commun**
 - Besoins non satisfaits par des solutions immédiatement disponibles
 - Besoins portant sur de la conception ou des solutions innovantes
 - Négociation nécessaire (nature, complexité, montage juridico-financier, risques)
 - Impossibilité de définir précisément les spécifications techniques
 - Appel d'offres infructueux

- Phases successives de négociation sur la base d'une offre initiale

NB : dans les mêmes cas, recours possible au dialogue compétitif ; avec désormais, négociation possible de l'offre finale

Les nouvelles procédures : ***procédure d'attribution des concessions***

- Le critère de distinction entre marché et concession repose sur le transfert du risque d'exploitation
- Liberté de choix en ce qui concerne la procédure de passation des concessions, applicable au-delà de 5,186 M°. Négociation possible.
- Délai minimal de réception des candidatures (30 j) et offres (22 j)
- Publication et hiérarchisation des critères d'attribution :
 - Incidences sur la jurisprudence du CE, 23 déc. 2009, *Versailles*
 - A titre exceptionnel, possibilité de modifier l'ordre des critères de sélection (solutions innovantes)
- Information des candidats évincés et délai de *standstill*

Les nouvelles procédures : ***partenariat d'innovation***

- Marché public ayant pour objet l'acquisition de produits, services ou travaux innovants, non encore disponibles sur le marché
 - Procédure négociée après publicité et mise en concurrence, débouchant sur le choix d'un ou plusieurs partenaires
 - Exécution :
 - Phases successives de R & D, possibilité de résiliation ou de réduction du nombre de partenaires
 - Option d'acquisition
 - Protection de la propriété intellectuelle
- Transposition dès le décret de l'été 2014

Les nouvelles procédures : ***procédure assouplie pour les services sociaux***

- Abolition de la distinction services prioritaires / non prioritaires
- Pour les services sociaux et certains services spécifiques limitativement définis aux annexes XIV (ex : culturels, juridiques, postaux, de restauration...)
 - ➔ pour les services juridiques : les services de représentation sont exclus
- Publication d'un avis
 - Au-delà de 750 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs
 - Au-delà de 1 000 000 € HT pour les entités adjudicatrices
- ➔ en-deçà : JP *Telaustria* et principes de la commande publique

III. Les ajustements des procédures classiques

François Tenailleau, avocat associé, CMS Bureau Francis Lefebvre

Les procédures classiques : *ajustements*

- Création du Document Unique de Marché Européen, « Dites-le nous une fois » et bases de données (D. 2014)
- Limitation des exigences en matière de chiffre d'affaires, fixée en principe au double de la valeur du marché (D. 2014)
- Redéfinition de l'offre économiquement la plus avantageuse : prise en compte du « cycle de vie » / qualification du personnel
- Lutte contre le « *dumping social* »
 - ➔ obligation de rejeter l'offre qualifiée d'anormalement basse

Les procédures classiques : *ajustements*

- Incitation à l'allotissement
- Dématérialisation des procédures et des factures
- Réduction des délais de procédure
- Reconnaissance des consultations préalables
- Exclusion expresse des contrats d'emprunt

IV. La coopération public-public et le « *in house* »

David Moreau, maître des requêtes au Conseil d'Etat

Codification du *in house*

Trois conditions :

1. Le pouvoir adjudicateur exerce sur le prestataire « un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services »
 - « influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée »
 - Possibilité de contrôle en cascade
2. Le prestataire exerce plus de **80%** de son activité pour le compte du pouvoir adjudicateur ou de personnes morales contrôlées par ce pouvoir adjudicateur
3. « La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de **participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage** (...) qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée »

Codification du *in house*

- Possibilité d'un « ***in house*** » réciproque
- Possibilité d'un **contrôle conjoint** sur le prestataire y compris par voie de représentation, si :
 - i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux
 - ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée, et
 - iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent

Codification de la coopération public-public horizontale

Trois conditions :

1. Le marché établit ou met en œuvre une **coopération** entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les **services publics** dont ils doivent assurer la prestation soient réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun
 - Ne couvre pas les prestations qui sont simplement périphériques ou accessoires des missions de service public
(arrêts de la CJUE *Piepenbrock* et *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*)
2. La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des **considérations d'intérêt public**
 - Cela pourrait signifier notamment que la prestation soit réalisée sans fin lucrative
(cf. CE, 3 fév. 2012, *Cne de Veyrier-du-Lac*)
3. Les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel **moins de 20%** des activités concernées par la coopération

V. La modification des contrats

Jean-Luc Tixier, avocat associé, CMS Bureau Francis Lefebvre

La modification des contrats : ***situation actuelle***

- Différence de régime entre les marchés publics et les délégations de service public
 - Marché : « bouleversement de l'économie du contrat »
= +/- 15% selon la doctrine administrative
 - DSP : « modification substantielle d'un élément essentiel du contrat »

- Appréciation différente en droit interne et en droit de l'Union européenne du changement de cocontractant
 - Conseil d'Etat : autorisation préalable mais pas de nouvelle mise en concurrence (avis du 8 juin 2000)
 - Cour de justice : nécessité en principe d'une nouvelle mise en concurrence (arrêt *Presstext*)

La modification des contrats : *enjeux*

- Les Directives apportent des changements importants :
 - Régime quasi-identique pour les marchés publics et les concessions
 - Passage d'un régime de grands principes à l'exposé de nombreux cas détaillés

- Ces changements doivent être d'ores et déjà pris en compte :
 - « *Les dispositions de la présente directive ne s'appliquent pas à l'attribution de [marchés / concessions] ayant fait l'objet d'une offre ou attribuées avant le ... »*
 - Mais pour les contrats signés avant cette date, si une modification intervient postérieurement, elle devrait obéir au nouveau régime
 - ➔ A anticiper dans la rédaction si possible

La modification des contrats : *nouveau régime*

- Modification anticipée contractuellement par une clause de réexamen ou d'options claires :
 - La clause prévoit le champ d'application, la nature et les conditions d'usage des modifications
 - Elle n'affecte pas la nature globale du marché

- Modification non anticipée dans le contrat
 - ➔ max 50% du montant initial (sauf concessions secteur réseaux)
 - Dévolution de prestations supplémentaires : le changement de titulaire
 - est impossible pour des raisons économiques ou techniques
 - présenterait un inconvénient majeur ou une augmentation substantielle de coût
 - Modification due à des circonstances imprévisibles

La modification des contrats : *nouveau régime*

- Modification non substantielle
 - Critères de modification substantielle
 - Seuil *de minimis* :
 - seuil des directives et
 - modification < 10% (services / fournitures, concessions) ou 15% (travaux)
- Changement de cocontractant
 - Clause de réexamen ou d'option univoque
 - Succession universelle ou partielle à la suite d'une opération de restructuration si les qualités du nouveau cocontractant sont suffisantes