

# Réforme de la commande publique : bilan d'étape sur la transposition des directives du 26 février 2014

Mardi 13 octobre 2015

## Sommaire

Introduction : le point sur l'avancement de la réforme

I - Les principales nouveautés de l'ordonnance du 23 juillet 2015

II - Les nouveaux marchés globaux et marchés de partenariat

III - Les projets de décrets d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : présentation par la DAJ du Ministère de l'Economie

IV - Les projets d'ordonnance et de décret « *concessions* » : impact sur la pratique des contrats publics

## **Introduction : le point sur la réforme**

François Tenailleau

**Situation actuelle**

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

\* Si part significative du risque économique de l'opération assumée par l'aménageur

**Situation après  
transposition**

<p><b>Droit de l'UE</b></p>	<p><b>Marchés publics</b></p> <p>Directives « secteurs classiques » 2014/24 et « secteurs spéciaux » 2014/25</p>	<p><b>Concessions</b></p> <p>Directive « concessions » 2014/23</p>
<p><b>Droit français</b></p>	<p><b>Marchés publics</b> (dont marchés de partenariat)</p> <p>Ordonnance marchés publics et décrets d'application</p>	<p><b>Concessions*</b> (dont concessions de service public)</p> <p>Ordonnance « concessions » et décret d'application</p>

\* Et concessions d'aménagement transférant un risque d'exploitation

## Calendrier

- Directives du 26 février 2014
- Décret du 26 septembre 2014 (partenariat d'innovation, allègements)
- Ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, après concertation
- Concertation sur l'ordonnance et le décret relatifs aux concessions jusqu'au 30 septembre 2015
- Projets de décrets d'application de l'ordonnance marchés publics
- Ensuite ?
- Date butoir : 18 avril 2016

## **I - Les principales nouveautés apportées par l'ordonnance du 23 juillet 2015**

François Tenaillon

## L'inclusion de tous les « acheteurs » (1/4)

- Aujourd'hui :
  - Code des marchés publics
    - Soumission directe : Etat et établissements publics administratifs, collectivités territoriales et leurs établissements publics ;
    - Soumission par renvoi : organismes privés de sécurité sociale (L.124-4 du Code de la sécurité sociale).

## L'inclusion de tous les « acheteurs » (2/4)

- Aujourd'hui :
  - Ordonnance du 6 juin 2005
    - Offices publics de l'habitat (CCH, art. L. 421-26)
    - Certains organismes de droit public ou de droit privé satisfaisant un besoin d'intérêt général et sous influence publique
      - Exemples : SEM, SA d'HLM, EPIC nationaux, GIP, associations parapubliques, télévisions publiques...
    - Personnes publiques *sui generis* : Banque de France, Caisse des dépôts et consignations, Institut de France
    - Entités adjudicatrices : RATP, EDF, La Poste...

## L'inclusion de tous les « acheteurs » (3/4)

- Avec l'ordonnance « marchés publics » : un seul texte pour les « acheteurs » publics ou privés, qui sont :
  - les pouvoirs adjudicateurs (secteurs normaux) ou ;
  - les entités adjudicatrices (eau, énergie, transports, poste).Auxquels s'ajoutent les personnes subventionnées à plus de 50% pour certains marchés de travaux.
- Mais cela ne change que peu l'état (sinon la pratique) du droit :
  1. Les personnes visées par l'application des textes de transposition des directives marchés publics sont les mêmes
    - NB : les personnes publiques sont désormais toutes des pouvoirs adjudicateurs (en ce compris : tous les EPIC, les GIP...)

## L'inclusion de tous les « acheteurs » (4/4)

### 2. Le régime juridique des contrats reste différencié selon les acheteurs

#### ➤ Par ex. :

- ✓ seuls les contrats de (désormais toutes) les personnes publiques sont administratifs ;
- ✓ l'interdiction de paiement différé ne vaut que pour l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements publics.

Mais il y a tout de même unification sur certains points, par exemple, l'allotissement des marchés (atténué avec la possibilité de remises volumétriques), qui est de principe pour tous les acheteurs.

### 3. Il demeure aussi des différences entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice (procédure de négociation de droit commun)

## Quelques nouveautés pour les opérateurs (1/2)

- En matière de vocabulaire :
  - l'opérateur économique est un offreur sur le marché de prestations en matière de travaux, fournitures et services ;
  - le candidat est cet opérateur au moment de la phase candidature ;
  - le soumissionnaire est celui qui dépose une offre.
- En matière d'interdictions de soumissionner :
  - des interdictions obligatoires proches de celles actuelles ;
  - des interdictions « facultatives » élargies (manquements contractuels graves antérieurs, entente, conflits d'intérêts...) : quel choix réel pour l'acheteur ?

## Quelques nouveautés pour les opérateurs (2/2)

- Au regard de la sous-traitance :
  - possibilité d'exclusion de la procédure si le sous-traitant présenté en phase candidature entre dans un cas d'interdiction ;
  - possibilité de rejet de l'offre du soumissionnaire si le prix de la sous-traitance est anormalement bas ;
    - N'incite pas à présenter un sous-traitant en phase de procédure ;
  - l'acheteur peut exiger une exécution personnelle des tâches essentielles.
- En termes de transparence :
  - le choix des acheteurs à l'issue de la procédure est communiqué aux candidats et soumissionnaires ;
    - Obligation qui paraît générale, incluant les MAPA ;
  - les données essentielles du marché (sous réserve des informations confidentielles) sont rendues accessibles (« *open data* »).

## Un remodelage des marchés publics (1/3)

- La notion de marché public inclut celle de « marché » et celle d'accord-cadre (dont les marchés à bons de commande)
- Les marchés de travaux comprennent ceux portant sur la réalisation d'un ouvrage « *répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* »
  - ✓ La condition de « maîtrise d'ouvrage » de l'acheteur disparaît
  - ✓ La notion de réponse au besoin est reformulée
    - impact sur les montages immobiliers (VEFA, BEA « secs »...) ?
- NB : l'ordonnance rappelle les règles pour les contrats à objet mixte :
  - caractère divisible ;
  - objet principal.
- Les marchés de services ne sont plus divisés entre pleinement soumis et allégés : mêmes règles au niveau de l'ordonnance

## Un remodelage des marchés publics (2/3)

- Les exclusions en matière de relations internes au secteur public :
  - le *in house* (« quasi-régie ») est élargi :
    - conjoint, en cascade, latéral, ascendant... ;
    - l'activité doit être tournée à plus de 80% vers le (les) contrôlant(s);
    - participation possible de capitaux privés ;
      - indirects ;
      - directs si minoritaires, sans capacité de contrôle ou de blocage et requis par la loi ;
    - Quid des SEM ?
  - la coopération entre pouvoirs adjudicateurs ;  
(à distinguer du transfert de compétence, qui n'est pas un marché public)
  - les entreprises liées (entités adjudicatrices).

## Un remodelage des marchés publics (3/3)

- Quelques autres exclusions :
  - les emprunts / le crédit-bail immobilier (?) ;
  - certains marchés avec des organismes à but non lucratifMais pas les services de représentation en justice...

## **II – Les marchés globaux et les marchés de partenariat**

Sophie Weill



## Les marchés publics globaux dans l'ordonnance

- Marché global : dérogation au principe d'allotissement
- Parmi les marchés globaux, distinction de principe entre :
  - marchés globaux avec financement = marchés de partenariat ;
    - dérogation à l'interdiction de paiement différé de l'article 60 applicable à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics.
  - marchés globaux sans financement ;
    - interdiction du paiement différé, selon les acheteurs ;
    - souplesses envisageables par rapport au paiement à l'avancement.

## Les marchés de partenariat : définition (1/3)

- Marché de partenariat = « un marché public »
  - nouvelles facultés offertes (accords-cadres, ...)
- Mission du titulaire :
  - obligatoire : réalisation + financement ;
  - en option : le reste (conception / exploitation-maintenance + gestion du service public).
- Personnes concernées :
  - tous les acheteurs, sauf les « ODAC », établissements publics de santé agissant seuls et structures publiques de coopération sanitaire.
- Absorption des montages domaniaux « aller-retour » :
  - BEA, BEH, AOT-LOA, BEA Valorisation, BEA Logements Sociaux.

## Les marchés de partenariat : passation (2/3)

- Évaluation et étude imposées à tous les acheteurs :
  - évaluation du mode de réalisation du projet  MAPPP ;
  - étude sur la soutenabilité budgétaire  DGFIP.
- Conditions de recours :
  - « bilan favorable », critère unique ;
  - valeur du marché : supérieur à un seuil.
- Procédure de passation :
  - procédure concurrentielle avec négociation : nouvelle procédure de prédilection ?

## Les marchés de partenariat : quelques (autres) nouveautés du régime juridique (3/3)

- Marché de partenariat = marché public
  - régime juridique des marchés publics (sauf quelques dérogations)
- Financement et rémunération :
  - financement par des personnes publiques : participation à la société de projet ;
  - avances et acomptes expressément prévus ;
  - valorisation domaniale : revenus en déduction de la rémunération du titulaire (AOT, baux simples ou constitutifs de droits réels, cession).
- Clause « indemnitaire » :
  - clause réputée divisible : sécurisation de l'indemnité du titulaire en cas d'annulation, de résolution et de résiliation ;
  - dépenses utiles à l'acheteur (dont frais financiers, sous réserve de mention des clauses conclues avec les banques en annexe du marché de partenariat).

## Les nouveaux marchés globaux

- Conception-réalisation (article 33) :
  - si soumission à la loi MOP : uniquement si amélioration de la performance énergétique ou « motifs techniques » (notion stricte) ;
  - dérogation HLM.
- Dérogations sectorielles (article 35) :
  - immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie, à la brigade des sapeurs pompiers de paris, à des établissements pénitentiaires, santé etc.
- Marchés publics globaux de performance (article 34) :
  - anciens « CREM / REM » ;
  - si objectifs de performance en termes de « *niveaux d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique* » ;
- Elargissement des cas de recours, car dérogation à la loi MOP.

### **III – Les projets de décret relatifs aux marchés publics**

Guillaume Delaloy, direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers



## Le décret d'application : assouplissement des procédures

- Consécration du « sourçage »
- Ouverture des cas de recours à la négociation
- Une procédure adaptée pour les services sociaux et autres services spécifiques
- Une procédure allégée pour les marchés d'avocats
- Allègement des mesures de publicité préalable
- Réduction des délais de procédure
- Possibilité d'inverser les phases de candidature et d'offre en appel d'offres ouvert
- Dématérialisation obligatoire
  - Echéance du 18 octobre 2018 (54 mois à/c entrée en vigueur)
  - 18 avril 2017 pour les centrales d'achat (36 mois à/c entrée en vigueur)

## Le décret d'application : pour une meilleure utilisation stratégique des marchés publics

- Création du partenariat d'innovation (PI)
- Consécration de l'utilisation des critères sociaux et environnementaux
  - Offre économiquement la plus avantageuse évaluée sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux
  - Définition de la notion de « cycle de vie »
- Lutte contre le *dumping* social
  - Obligation de rejeter les offres anormalement basses lorsqu'elles ne respectent pas la législation sociale et environnementale
- Les marchés publics réservés

## Le décret d'application : faciliter l'accès des entreprises aux marchés publics (1/2)

- Extension du principe de l'allotissement
- Limitation des exigences relatives à la capacité financière des candidats
  - plafonnement du chiffre d'affaires exigible au double du montant estimé du marché, sauf justifications

## Le décret d'application : faciliter l'accès des entreprises aux marchés publics (2/2)

- Simplification des dossiers de candidature
  - généralisation des attestations sur l'honneur
  - document unique de marché européen (DUME)
  - seul l'attributaire doit fournir les documents justificatifs
  - interdiction d'exiger des pièces directement accessibles par l'acheteur *via* des bases de données ou déjà fournies dans le cadre d'une précédente consultation (« Dites-le nous une fois »)
- Renforcer la publicité et la transparence

## Le décret d'application : un encadrement supplémentaire

- L'évaluation du mode de réalisation du projet à compter de 100 M€ d'investissement
- Limitation des hypothèses de recours aux avenants
  - lorsqu'une clause contractuelle le prévoit ;
  - en cas de cession de contrat ;
  - pour des modifications d'un montant inférieur aux seuils européens et dans la limite de 10% de la valeur initiale du contrat pour les F&S et 15% pour les travaux ;
  - en cas de travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires, sans possibilité de changer de titulaire ou en cas de sujétions imprévues (< 50% du marché initial) ;
  - pour des modifications non substantielles (une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui auraient pu exercer une influence sur la procédure de mise en concurrence initiale, qui modifie l'équilibre économique du marché ou en étend considérablement le champ).

## Le décret d'application : nouveau régime des contrats de partenariat (1/2)

- L'encadrement des conditions de recours
  - Un montant minimum différencié selon l'objet du contrat
  - Un bilan plus favorable au regard :
    - du transfert de la maîtrise d'ouvrage ;
    - du périmètre de la mission ;
    - du transfert de risque et de performance ;
    - du financement privé.

## Le décret d'application : nouveau régime des contrats de partenariat (2/2)

- L'extension de l'avis de l'organisme expert et de l'étude de soutenabilité budgétaire
- Les accords préalables à la passation et à la signature
- La participation au capital de la société de projet
- Une part minimale obligatoire d'exécution par les PME
- Des délais de paiement des sous-contractants alignés sur ceux applicables à l'acheteur

## **IV - Les projets d'ordonnance et de décret « *concessions* » : impact sur la pratique des contrats publics**

Kawthar Ben Khelil

**Un cadre juridique commun à l'ensemble des concessions : uniformisation du régime**

	Situation actuelle	Situation après transposition
<b>Droit de l'UE</b>	<p><b>Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 (concessions de travaux)</b></p> <p><b>Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) (concessions de services présentant un intérêt transfrontalier)</b></p>	<p><b>Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession</b></p>
<b>Droit français</b>	<p><b>Délégation de service public</b> Loi « Sapin » du 29 janvier 1993</p> <p><b>Concession de travaux publics</b> Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009</p> <p><b>Concession d'aménagement*</b> C.urb. , art.R.300-4 et s.</p>	<p><b>Concessions</b> (dont concessions de service public)</p> <p>Ordonnance « concessions » et décret d'application (concertation sur les projets de textes terminée le 30 septembre 2015, résultats non encore divulgués)</p>

**\*si part significative du risque économique de l'opération assumée par l'aménageur**

## Consécration de la définition de la notion de « concession » et de sa spécificité (1/2)

- Concession : définition en droit interne (projet d'ordonnance « concessions », art. 4 : reprise à l'identique de la directive) :
  - objet :
    - concession de travaux : confier l'exécution de travaux ;
    - concession de service : confier la gestion d'un service ;
    - sous-catégorie : concession de service public.
  - rémunération : soit le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, soit ce droit assorti d'un prix.

## Consécration de la définition de la notion de « concession » et de sa spécificité (2/2)

- Critère principal de qualification : transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation
  - Critère réputé rempli lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, le concessionnaire n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession
- Indifférence de l'origine de la rémunération
  - Nécessité d'adapter les vocables dans la pratique (y compris fiscale) :
    - la notion recouvre ce que l'on désigne habituellement comme des « concessions » (investissements réalisés par le concessionnaire) ;
    - mais aussi l'« affermage » (investissements réalisés par la personne publique) ;
    - et la « régie intéressée » (financement des investissements et versement de la rémunération par la personne publique).

## Uniformisation du régime juridique des concessions

- Texte unique pour les concessions de travaux et concessions de services
- Mise en cohérence des concessions sectorielles (concessions de port et d'aéroport, concessions de plage, concessions d'aménagement, concessions hydroélectriques...)
- Unification des règles de passation
  - Procédure « formalisée » au-delà du seuil européen
  - Procédure simplifiée (maintien du régime « loi Sapin ») pour les concessions dont le montant est inférieur au seuil européen et certains services exclus de la directive (eau, transport de voyageurs, communication électronique, services sociaux ou autres services spécifiques)

## Une durée limitée

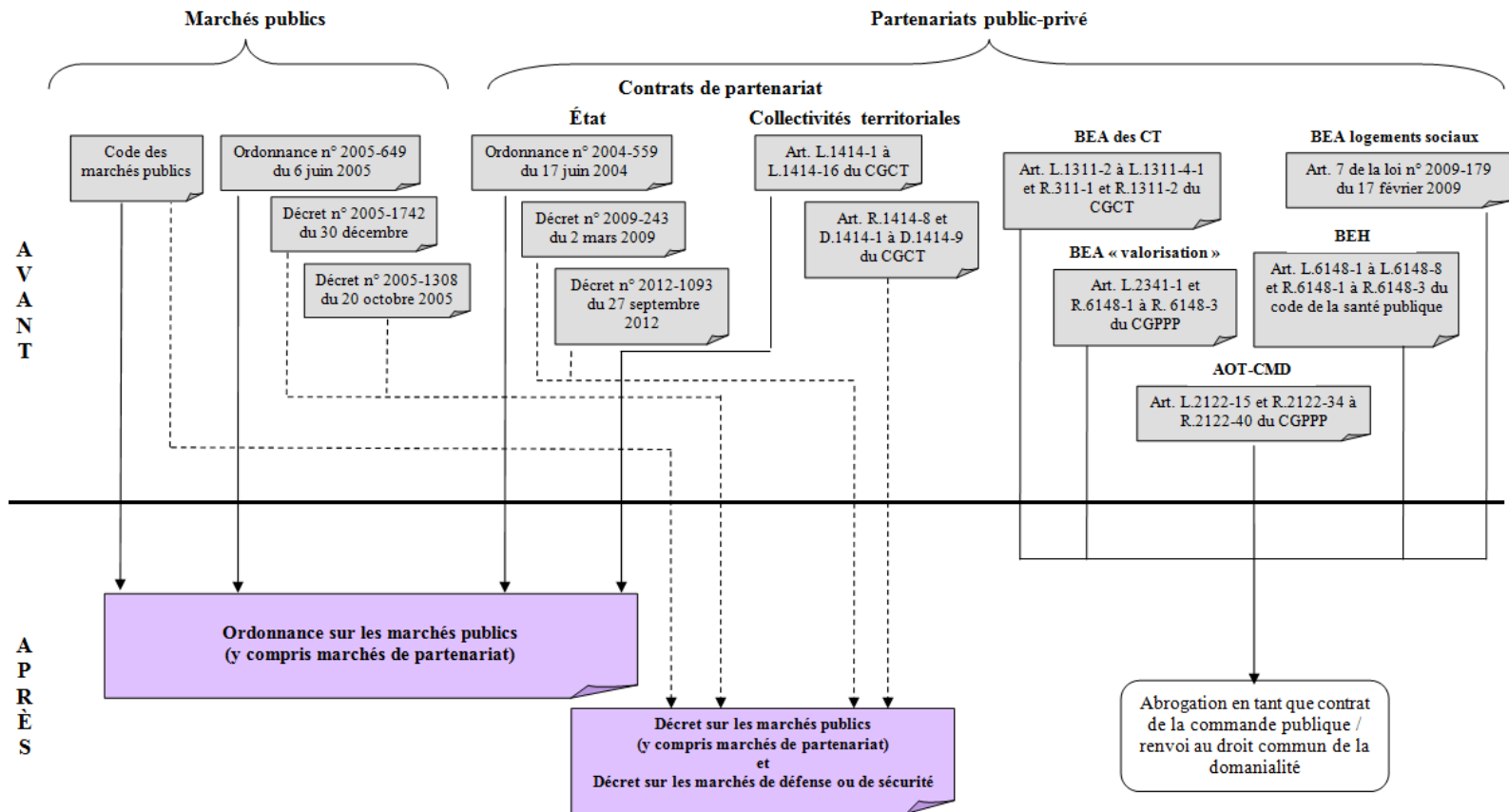
- Durée déterminée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sur la base des travaux ou services demandés
- En principe, 5 ans maximum
- Au-delà de 5 ans : la durée maximale ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services
  - Pas de précision sur les modalités de calcul de la durée, mais :
    - inclut le retour sur capitaux investis ;
    - investissements initiaux comme investissements réalisés pendant la durée du contrat.

## Modification des contrats de concession

- Régime de modification très proche du régime retenu pour les marchés
  - Changement de paradigme par rapport à la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, avis, 19 avril 2005, n° 371234 ; CAA Paris, 17 avril 2007, *Société Kéolis*, n° 06PA02278 : « *modification substantielle d'un élément essentiel de la délégation* »)...
    - Plus ou moins souple qu'auparavant ?

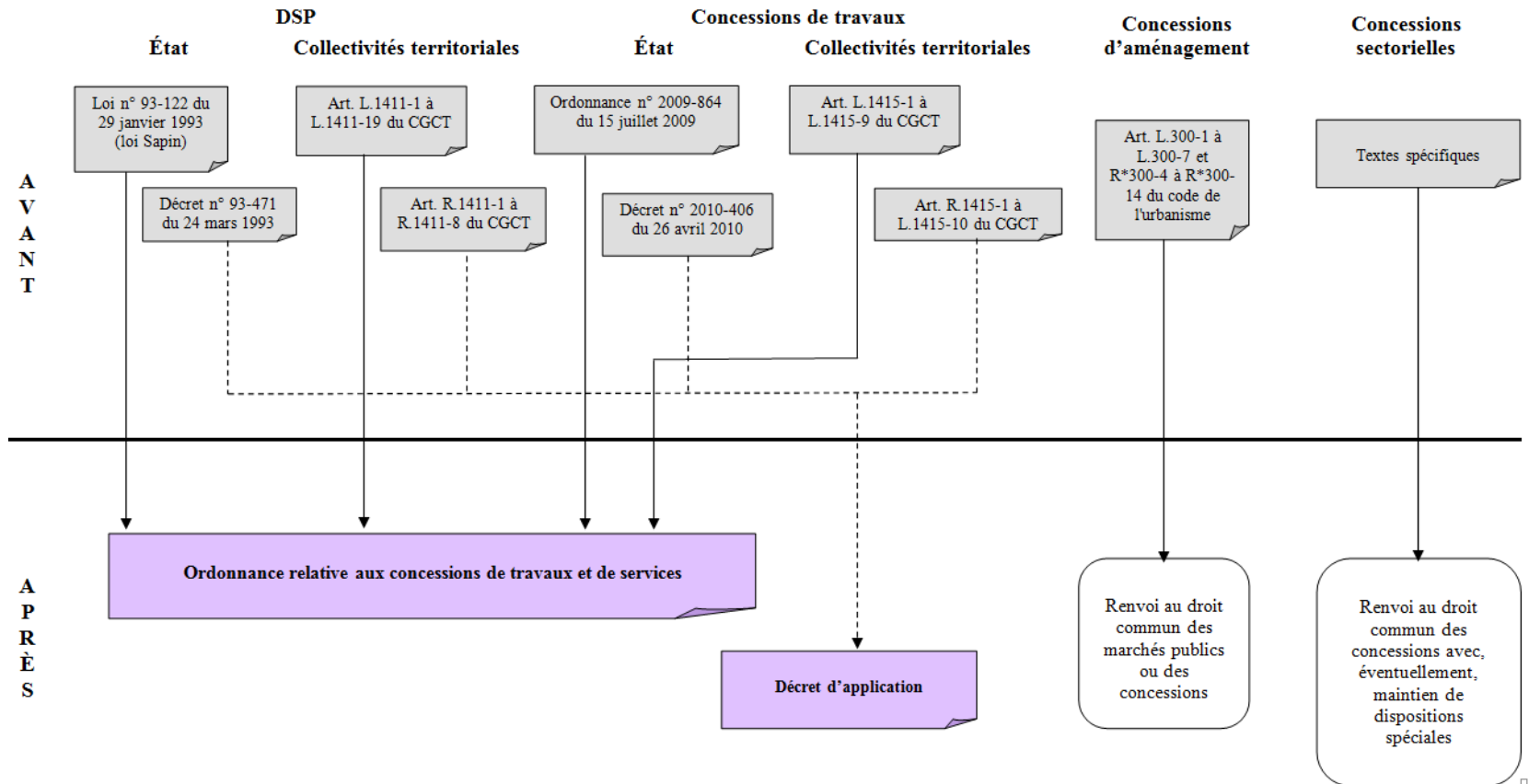
# Annexe : panorama des textes avant/après la transposition des directives « marchés publics »

## TRANSPPOSITION DES DIRECTIVES MARCHÉS PUBLICS



# Annexe : panorama des textes avant/après la transposition de la directive « concessions »

## TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE CONCESSION



## Calendrier

- Pour les marchés publics
  - Concertation publique sur les projets de décrets (général et MDS) et les projets d'arrêtés au mois d'octobre
  - Publication envisagée: décembre 2015 - janvier 2016
  - Entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> avril 2016
- Pour les contrats de concessions
  - Habilitation législative : Article 209 de la loi n° 2015-990 du 7 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques
  - Concertation publique sur les projets d'ordonnance et de décret : du 22 juillet au 30 septembre 2015
  - Publication envisagée en décembre 2015 pour l'ordonnance et début 2016 pour le décret d'application
  - Entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> avril 2016