

Réunion téléphonique

Présentation du nouveau Code de la commande publique

Compte rendu de la réunion téléphonique du 16 mai 2019

La réunion est organisée et animée par Territoires Conseils, un service Banque des Territoires, avec le concours d'Isabelle Farges, consultante en développement territorial. Elle est présentée par David Legros et Gwendoline Poilvé, juristes associés du service de renseignements téléphoniques de Territoires Conseils.

La présentation s'appuie sur un diaporama annexé au présent compte rendu.

LISTE DES PARTICIPANTS

Structure	Nom des structures	Département
Autre	Chambre d'Agriculture de la Meuse	55
Commune	Presles-en-Brie	77
Commune	Parné sur Roc	53
Communauté de communes	Beaucaire Terre d'Argence	30
Autre	Sous-préfecture de Lure	70
Autre	CROUS d'Aix en Provence	13
Communauté de communes	Astarac Arros en Gascogne	32
PETR	Pays du Lunévillois	54
Autre	EPF Bretagne	35
Commune	Duttlenheim	67
Communauté d'agglomération	Arlysere	73
Syndicat intercommunal	SICTOM Pézenas Agde	34
Communauté de communes	Sud Roussillon	66
Commune	Porcheville	78
Syndicat mixte	SMITOM Nord Seine et Marne	77
Syndicat mixte	Pays de Brocéliande	35
Communauté de communes	Terres des Confluences	81

PRÉSENTATION

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIÉ DU SERVICE DE RENSEIGNEMENTS TÉLÉPHONIQUES DE TERRITOIRES CONSEILS

Introduction

Le code de la commande publique est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, au terme de plusieurs années d'attente. Ce code répond à des objectifs de simplification et de modernisation du droit de la commande publique, afin de le rendre plus pratique et plus accessible.

Depuis plusieurs années, l'achat public est considéré comme un levier pouvant être utilisé par le gouvernement pour soutenir la croissance économique. De fait, le droit de la commande publique représente 8 % du PIB, soit 200 milliards d'euros. La simplification du droit de la commande publique est ainsi liée à l'efficacité économique.

Ce nouveau code rassemble environ 30 textes qui régissaient la commande publique. Il est divisé en trois parties regroupant 1 747 articles. La première partie est consacrée à la définition des divers contrats, la deuxième aux marchés publics et la troisième aux concessions. Des tables de correspondance entre les articles du code de la commande publique et les anciens textes sont disponibles sur le site de la Direction des affaires juridiques (DAJ) accessible depuis le portail de l'Economie, des Finances, de l'Action et des Comptes Publics.

Les différentes parties du code de la commande publique sont disposées dans l'ordre chronologique. A la préparation du contrat, succèdent ainsi le choix de la procédure, l'engagement de la procédure de passation, l'achèvement de la procédure et, enfin, l'exécution du contrat.

Le code de la commande publique intègre la jurisprudence du Conseil d'Etat qui ne souffre d'aucune contestation. Il devra cependant suivre l'évolution du droit de la commande publique. Sa structure intégrant des articles de loi et des décrets, sa mise à jour devrait être facilitée.

La présente réunion n'a pas pour finalité la présentation exhaustive des articles du nouveau code, mais d'en présenter la structure. Ce code ayant été constitué à droit constant, les textes existants n'ont pas subi de modifications substantielles.

Principes généraux

Ce code s'ouvre par un titre préliminaire reprenant les principes fondamentaux de la commande publique.

Lorsque les personnes publiques ne sont pas en mesure de recourir à des moyens qui leur sont propres, pour satisfaire leurs besoins, elles font appel à un contrat de la commande publique.

Constitue un contrat de la commande publique le contrat conclu à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

Les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. A cet égard, il convient d'opérer une distinction entre les marchés publics et les concessions. La concession est un contrat

qui transfère un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Ces contrats ont une durée limitée.

L'article L.6 du code de la commande publique dispose que l'acheteur exerce sur les contrats de la commande publique un pouvoir de modification. Cet article intègre la jurisprudence du Conseil d'Etat. La théorie de l'imprévision, la modification unilatérale et la résiliation unilatérale sont ainsi consacrées avec, pour corollaire, l'indemnisation du titulaire qui n'est pas en faute.

Les acheteurs soumis à ce code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, conformément à la définition classique reprise des anciens textes de la commande publique.

La passation des marchés

Préalablement à toute passation de marché public, l'acheteur doit définir son besoin. Le code de la commande publique précise que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation, en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

Les marchés dont le montant est supérieur à 25 000 euros font l'objet d'un écrit et peuvent faire référence à des cahiers des clauses administratives générales, à des cahiers des clauses techniques particulières et aux clauses auxquelles l'acheteur entend déroger.

Pour organiser son achat, l'acheteur peut avoir recours à la mutualisation. Il s'agit d'un nouveau terme utilisé par le code de la commande publique pour désigner le recours aux centrales d'achat, aux groupements de commandes et aux entités communes transnationales.

Un achat doit s'organiser en lots, sauf impossibilité, pour l'acheteur, d'identifier des prestations différentes. La personne publique peut aussi réserver des marchés à des entreprises spécifiques, comme celles qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés.

Le besoin de l'acheteur défini, celui-ci doit choisir une procédure de passation. Sur ce point, le code de la commande publique reprend les procédures antérieures que sont les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables (MAPA), les procédures formalisées (c'est-à-dire l'appel d'offres ouvert ou restreint), les procédures avec négociation et le dialogue compétitif.

L'acheteur peut également recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin ou permettre la présentation des offres ou leur sélection, selon des modalités particulières. Les techniques d'achat sont les suivantes :

- 1 - L'accord-cadre, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée ;
- 2 - Le concours, grâce auquel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet ;
- 3 - Le système de qualification, réservé aux entités adjudicatrices, destiné à présélectionner tout au long de sa durée de validité des candidats aptes à réaliser des prestations déterminées ;

4 - Le système d'acquisition dynamique, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques, pour des achats d'usage courant, selon un processus ouvert et entièrement électronique ;

5 - Le catalogue électronique, qui permet la présentation d'offres ou d'un de leurs éléments de manière électronique et sous forme structurée ;

6 - Les enchères électroniques, qui ont pour but de sélectionner par voie électronique, pour un marché de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de la procédure formalisée, des offres en permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leurs offres.

La phase de la candidature et celle de l'offre n'ont pas été modifiées par le code de la commande publique. Les textes ont été rationalisés sans pour autant avoir été réécrits, de sorte que l'on constate une intégration à droit constant plutôt qu'un bouleversement des textes. Il convient cependant de s'arrêter sur **les articles R.2143-13 et R.2143-14 du code de la commande publique** relatifs à l'accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve, dont ils ne définissent pas les modalités. **Deux décrets du 18 janvier 2019**, non intégrés au code de la commande publique, précisent ces diverses modalités et viennent faciliter la communication des documents entre le public et l'administration. Le premier de ces décrets organise la transmission, entre administrations, des informations ou des données requises pour la constitution du dossier de candidature à un marché public. Le second fixe en conséquence les pièces justificatives que les entreprises n'auront plus à produire à l'appui de leur candidature. Cela va, semble-t-il, devenir la norme pour les candidats à un marché public afin de leur simplifier, toujours dans un but d'efficacité, les procédures de passation.

L'acheteur peut exclure un candidat de sa propre initiative et à certaines conditions édictées par **les articles L.2141-7 et suivants du code de la commande publique**. Peuvent ainsi être exclus par l'acheteur les candidats qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnés par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. Cette possibilité offerte à la personne publique est cependant subordonnée à l'obligation de mettre le candidat à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement qui est, je le rappelle, l'un des grands principes de la commande publique.

La dématérialisation

Dorénavant, **l'article R.2132-2 du code de la commande publique** dispose expressément que toutes les procédures de passation pour un montant supérieur à 25 000 euros sont obligatoirement dématérialisées. Il prévoit en outre l'obligation de mentionner l'adresse du profil de l'acheteur afin de dématérialiser en totalité la procédure de passation. A cet égard, je vous renvoie à une précédente réunion téléphonique, toujours d'actualité, sur la dématérialisation des marchés.

L'article R.2132-11 du code de la commande publique prévoit explicitement la possibilité de faire des copies de sauvegarde sur support papier.

La négociation fait partie intégrante de la procédure de passation. A ce titre, elle doit être obligatoirement menée via le profil de l'acheteur. **Une réponse ministérielle du Sénat de la fin 2018**

(n 07086 du 4/10/2018) et le **Guide du Ministère sur la dématérialisation mis à jour** précisent que l'acheteur peut recevoir physiquement les candidats, à condition toutefois que les auditions se déroulent dans le respect des grands principes de la commande publique. Il lui est recommandé de garder une trace suffisante du contenu des communications orales, afin d'être en mesure de prouver, en cas de saisine du juge, que les candidats ont été également traités.

En vertu des textes en vigueur relatifs à la commande publique, la signature électronique n'est pas obligatoire. J'aurais tendance à extrapoler et à vous indiquer qu'elle n'est *pas encore* obligatoire. En revanche, l'acheteur pourrait proposer ou imposer à l'attributaire du marché de le signer électroniquement, ce qui suppose, bien entendu, que l'acheteur en soit capable. Les textes ne prévoyant pas d'autre document à signer que le marché final, l'acheteur devrait réserver sa signature électronique à la seule offre finale.

L'exécution des marchés publics

Dans le code de la commande publique, l'exécution des marchés commence par l'exécution financière, laquelle comprend les avances, les acomptes, le régime des paiements, les garanties et la cession de créance.

Sur ce chapitre, les dispositions législatives comportent peu de précisions et renvoient pour l'essentiel aux dispositions réglementaires. Celles-ci reprennent divers décrets afin de les regrouper dans un même code et de les rendre plus lisibles. Là encore, nous ne constatons pas de changements significatifs mais une simple réorganisation des textes.

L'exécution des marchés publics se poursuit avec les modalités de facturation et de paiement. La facturation électronique n'est mentionnée par aucune disposition législative ou réglementaire. Sans qu'on sache pourquoi, **l'ordonnance n° 2014-197 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique** n'a pas été intégrée au code de la commande publique, quoiqu'elle comprenne des dispositions relatives aux contrats. Bien que ne visant pas spécifiquement les marchés publics, elle doit attirer notre attention, car la facturation électronique deviendra progressivement la norme.

Les délais de paiement sont, eux aussi, régis par des articles du code qui reprennent d'anciens textes. Il est à noter que les délais de paiement sont désormais susceptibles d'être interrompus et non plus seulement suspendus. La suspension du délai de prescription en arrête temporairement le cours, sans effacer le délai déjà couru. En cas d'interruption, au contraire, un nouveau délai commence à courir à compter de la date de l'acte interruptif. La suspension se distingue donc de l'interruption, laquelle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien.

La codification de la sous-traitance reprend également d'anciennes dispositions, en compilant les différents textes sans nécessairement les modifier, tels que **le décret de 2016** et **l'ordonnance de 2015**. Cependant, les dispositions législatives ne sont pas toujours maintenues en tant que lois. Bien souvent, elles sont reprises dans la partie réglementaire du code.

La modification des marchés est codifiée, là encore, à droit constant. Pour l'essentiel, les anciens textes sont repris sans être réécrits ni modifiés. La jurisprudence bien établie sur la modification du contrat par la personne publique a toutefois été transposée. Ce pouvoir de modification a pour corollaire le droit du titulaire au maintien de l'équilibre financier du contrat. Le titulaire peut voir son contrat modifié par l'administration. Un contrat suppose un accord de volonté initial, que

contredit par la suite ce pouvoir de modification unilatéral. Le juge est donc intervenu pour compenser le préjudice subi en pareil cas par le titulaire du marché et pour maintenir l'équilibre financier du contrat.

La résiliation du marché n'est encadrée que par des dispositions législatives qui consacrent la jurisprudence du Conseil d'Etat. Six cas de résiliation sont prévus par le code de la commande publique. Le contrat peut être résilié en cas de force majeure, en cas de faute d'une gravité suffisante commise par le titulaire du marché, ou en cas d'intérêt général. Il peut l'être également lorsque le titulaire est placé, au cours de l'exécution du marché, dans l'un des cas d'exclusion prévus par le code, ou en cas de manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de marchés. Enfin, l'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification substantielle. Je rappelle que, dans certains cas, la résiliation devra faire l'objet d'une indemnisation du titulaire du marché.

Le chapitre sur les données relatives à l'achat comprend l'ensemble des dispositions sur le recensement et la mise à disposition des données essentielles des marchés, au recensement économique et au contrôle du coût de revient. Sur ces différents points, la codification permet, une fois de plus, de rendre plus lisibles les règles régissant le droit de la commande publique. Les règles éparpillées dans divers textes sont transposées telles quelles.

Le règlement alternatif des différends se distingue du contentieux porté directement devant le juge. Il permet d'éviter le recours à des procédures judiciaires longues et coûteuses. Les différents modes de règlement sont directement intégrés dans le code de la commande publique. Ce sont la médiation, la conciliation, le comité consultatif de règlement amiable des différends, le médiateur des entreprises, la transaction et, enfin, l'arbitrage.

Certains participants ont-ils conclu des marchés depuis le 1^{er} avril 2019, c'est-à-dire régis par le nouveau code de la commande publique ? Ont-ils rencontré des difficultés ?

COMMUNE DE DUTTLENHEIM

Oui, avec un marché à bon de commande. Nous n'avons pas rencontré de difficultés particulières, si ce n'est dans la transposition des articles.

EPF DE BRETAGNE

Nous avons conclu cinq marchés depuis le 1^{er} avril 2019. Nous n'avons pas rencontré de difficultés particulières non plus. Il s'agit seulement de transposer les anciennes dispositions réglementaires.

DAVID LEGROS

Le nouveau code de la commande publique a été fait à droit constant, c'est-à-dire qu'il reprend véritablement les anciens textes. Il agrège les divers textes sans en bouleverser la rédaction. Afin de les rendre plus lisibles et plus cohérents, ces derniers sont bien souvent scindés en plusieurs articles dans le code. Ainsi en est-il, par exemple, de ***l'ordonnance de 2015*** et ***du décret de 2016***.

Le nouveau code reprend le déroulement de la commande publique dans un ordre chronologique, depuis la procédure de passation jusqu'à la pleine exécution du marché. Il rend ainsi les anciens textes plus lisibles et plus accessibles. Il n'est pas spécifiquement conçu pour des juristes mais pour tous ceux qui manient les marchés publics au quotidien.

La maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée

La maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre font l'objet de textes législatifs et de décrets autrefois disparates au sein du droit de la commande publique et aujourd'hui intégrés à droit constant dans le code de la commande publique.

Les dispositions législatives du code définissent les maîtres d'ouvrage soumis au droit de la commande publique. Ce sont l'État, les collectivités territoriales et certains organismes privés listés. La liste de toutes ces personnes est énoncée à **l'article L.2411-1 du code de la commande publique**. Les maîtres d'ouvrage sont les responsables principaux de l'ouvrage. Ils ne peuvent déléguer cette fonction d'intérêt général sous réserve, d'une part, des dispositions relatives au mandat et au transfert de maîtrise d'ouvrage et, d'autre part, des dispositions relatives aux marchés de partenariat.

Les dispositions législatives définissent ensuite les ouvrages concernés. Ce sont les opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage et faisant l'objet d'un marché public ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Il existe cependant des exceptions auxquelles les dispositions législatives du code de la commande publique ne sont pas applicables. Ce sont principalement les ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement, ainsi que les ouvrages de bâtiment acquis par les organismes privés d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte. **La loi ELAN** a étendu la liste de ces exclusions aux ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national. Celle-ci s'entend d'une opération d'aménagement qui répond à des enjeux d'une importance telle qu'elle nécessite une mobilisation de la collectivité nationale et à laquelle l'État décide par conséquent de consacrer des moyens particuliers. Elle peut être qualifiée d'opération d'intérêt national par un décret en Conseil d'État qui l'inscrit sur la liste des opérations auxquelles cette qualité est reconnue.

Le maître d'ouvrage doit assumer des missions inhérentes à ses attributions. S'agissant de l'ouvrage, il doit préalablement s'assurer de sa faisabilité et de son opportunité. Il doit ensuite s'assurer de la détermination de sa localisation, l'élaboration du programme, la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle, le financement de l'opération, le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et la conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération.

Le maître d'ouvrage peut déléguer ses missions à un mandataire sous certaines conditions. L'organisation de la maîtrise d'ouvrage permet en effet au maître de l'ouvrage de recourir, par différents moyens, à des personnes pouvant l'aider dans la mise en œuvre de ses missions. Le maître d'ouvrage peut ainsi passer des marchés publics d'assistance à maîtrise d'ouvrage, portant sur un ou plusieurs objets spécialisés, notamment en ce qui concerne tout ou partie de l'élaboration du programme, la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération ou le conseil spécialisé dans un domaine technique, financier, juridique ou administratif. Le maître d'ouvrage peut également passer avec un conducteur d'opération un marché public ayant pour objet une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. Cette mission de conduite d'opération est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre et de contrôle technique. En outre, le maître d'ouvrage peut confier par contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage à un mandataire l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes : la définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ; la

préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, du marché public de maîtrise d'œuvre ainsi que le suivi de son exécution ; l'approbation des études d'avant-projet et des études de projet du maître d'œuvre ; la préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution ; le versement de la rémunération du maître d'œuvre et le paiement des marchés publics de travaux ; et la réception de l'ouvrage. Enfin, lorsque la réalisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme.

S'agissant des marchés de maîtrise d'œuvre, les textes intégrés au code de la commande publique n'ont pas connu d'évolution notable. Les dispositions législatives reprennent la définition de ces marchés, le contenu des missions et la rémunération du maître d'œuvre. Les dispositions réglementaires détaillent les éléments des missions selon le type d'ouvrage en reprenant **le décret de 1993**.

GWENDOLINE POILVE, JURISTE ASSOCIEE DU SERVICE DE RENSEIGNEMENTS TELEPHONIQUES DE TERRITOIRES CONSEILS

L'introduction des contrats de concession dans le code de la commande publique

Comme les marchés publics, les contrats de concession sont désormais régis par le Code de la commande publique. Il s'agit là d'une consécration notionnelle intégrant les contrats de concession parmi les contrats de la commande publique. Les contrats de concession et les contrats de marché public sont d'ailleurs soumis à un socle de règles commun fixé dans le titre préliminaire de la partie législative du Code de la commande publique (**articles L1 à L6**) portant notamment sur les principes directeurs de la commande publiques (à savoir égalité de traitement des candidats, liberté d'accès à la commande publique et transparence des procédures) et aussi sur ses objectifs (efficacité de la commande publique et bonne utilisation des deniers publics).

Le Code de la commande publique comporte également une 3ème partie législative et une 3ème partie réglementaire spécialement consacrées aux contrats de concession. Cette codification peut s'analyser comme une consolidation du régime des contrats de concession puisque désormais le Code de la commande publique regroupe les règles procédurales régissant tous les contrats constituant des concessions au sens du droit de l'Union Européenne. Et aussi parce qu'il s'agit d'une codification à droit constant qui n'entraîne aucun bouleversement majeur sur le fond mais qui permet, sur la forme, de toiletter le droit des concessions et de le clarifier en retravaillant son organisation et sa rédaction. Par ailleurs, le Code de la commande publique intègre en son sein des règles jurisprudentielles bien installées dans la pratique.

Cependant, certains contrats de concession très particuliers demeurent encadrés par des textes spécifiques complémentaires à celles issues du Code de la commande publique (services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route, concessions autoroutières, concessions de remontées mécaniques, concessions hydroélectriques).

D'autres textes ne sont tout simplement pas codifiés dans le Code de la commande publique. C'est notamment le cas des délégations de service public qui sont traitées par les **articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales**. Cela concerne aussi les concessions d'aménagement encadrées par les **articles R.300-1 et suivants du Code de l'urbanisme**.

Au sens du Code de la commande publique, « un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. ».

Le Code de la commande publique distingue les contrats de concession de travaux ou de services, des contrats de concession de défense et de sécurité.

Un contrat de concession de travaux a pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux, soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Un contrat de concession de défense ou de sécurité est un contrat de concession conclu par l'Etat ou ses établissements publics ayant pour objet des travaux ou des services.

Les deux parties, législative et réglementaire, dédiées aux contrats de concession sont organisées selon la même architecture, à savoir les dispositions générales, les autres contrats de concession et les dispositions applicables à l'Outre-Mer. Dans un souci d'efficacité, ne seront abordées que les dispositions générales à savoir les règles de préparation, de passation et d'exécution des contrats de concession suivant l'ordre établi par le Code de la commande publique. J'en suivrai le déroulement et n'approfondirai que les nouveautés introduites par le Code. Par conséquent, je passerai rapidement sur certaines dispositions, dont j'évoquerai néanmoins les intitulés.

La préparation du contrat de concession (articles L3111-1 à L3114-10 et R3111-1 à R3114-5 du Code de la commande publique)

Le titre premier dédié à la préparation du contrat de concession reprend les dispositions classiques en matière de définition du besoin.

Ensuite, il aborde la « mutualisation », nouveau terme institué pour désigner la commande en groupement. A ce propos, **l'article L3112-3 du Code de la commande publique** introduit la possibilité pour les autorités concédantes de constituer un groupement avec des autorités concédantes d'autres États membres de l'Union européenne, ce que ne prévoyait pas **l'article 26 de l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession**. Cependant cette mutualisation ne doit pas avoir pour but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. Ainsi, les membres du groupement pourront s'accorder sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au contrat de concession parmi les droits des États membres dont ils relèvent.

Autre nouveauté, le Code de la commande publique prévoit toujours que les contrats de concessions puissent être réservés à des tiers (entreprises adaptées, établissements d'aide par le travail, etc.) cependant **l'article L3114-9 du Code de la commande publique** ajoute une nuance que l'on ne trouvait pas dans les précédents textes. Cette réservation des contrats peut être faite « sous réserve que les opérateurs ne soient pas aussi des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ».

Enfin dans le dernier chapitre portant sur le contenu du contrat de concession, le Code de la commande publique innove encore une fois, en prévoyant dans son **article R3114-4** que pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, le contrat de concession doit indiquer, lorsqu'il y a lieu, les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnées l'ordonnement et le paiement.

La procédure de passation du contrat de concession (articles L3120-1 à L3126-3 et R3121-1 à R3126-14 du Code de la commande publique)

Le Code de la commande publique organise la procédure de passation en 6 chapitres. Le 1er chapitre aborde la détermination des règles procédurales applicables. A ce sujet, il convient de préciser que désormais l'intégralité des contrats de concession est soumise à un seuil unique fixé à 5 548 000 €.

Ensuite, vient le 2ème chapitre sur l'engagement de la procédure de passation qui reprend et assoit les dispositions en matière de dématérialisation des procédures.

Le 3ème chapitre porte sur la phase de candidature. Il reprend les conditions de participation à la procédure, les motifs d'exclusion de la procédure, la présentation et l'analyse des candidatures. **L'article R3123-14 du Code de la commande publique** réorganise en partie les dispositions relatives aux délais de réception des candidatures. Le délai minimum de réception des candidatures, accompagnés le cas échéant des offres, est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession ou 25 jours lorsqu'il est admis que les candidatures soient transmises par voie électronique. Contrairement à **l'article 18 du Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession**, les délais de réception des candidatures et des offres sont traités séparément (l'article 18 prévoyait un délai initial de 30 jours pouvant être réduit de 5 jours en cas de transmission par voie électronique, puis un délai de 22 jours pour la réception des offres). **L'article R3123-17 du Code de la commande publique** introduit également une nouveauté. En effet, le **Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession** prévoyait que le candidat devait produire l'ensemble des documents justifiant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession durant la phase de candidature. Désormais, le candidat devra produire ces documents, au plus tard avant l'attribution du contrat.

Le 4ème chapitre traite de la phase d'offre, s'y trouvent principalement les règles relatives à l'organisation de la négociation et au choix de l'offre. **L'article R3124-2 complète l'article R3123-14 du Code de la commande publique** relatif aux délais de réception des candidatures en prévoyant que le délai minimum de remise des offres est de 22 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre et de 17 jours lorsque la transmission des offres par voie électronique est admise.

EPF DE BRETAGNE

Comment comprendre que le délai de réception soit réduit lorsque l'offre est reçue en format électronique alors que la dématérialisation des procédures est obligatoire ? Doit-on dématérialiser intégralement les procédures ?

GWENDOLINE POILVE

Après recherche, il apparait que l'obligation de dématérialisation ne concerne pas les communications et les échanges d'informations dans le cadre des procédures de passation des contrats de concession contrairement à ce qui est prévu pour les marchés publics.

En effet, **l'article L3122-5 du Code de la commande publique** prévoit que les communications et les échanges d'informations effectués pour la procédure de passation d'un contrat de concession **peuvent être réalisés par voie électronique**, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire. C'est une simple faculté.

Par ailleurs, **l'article R3122-13 du Code de la commande publique** ajoute que les moyens de communication utilisés ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation du contrat de concession. Et **l'article R3122-14 du Code de la commande publique** précise que sauf cas d'exception, l'autorité concédante choisit le ou les moyens de communication avec les opérateurs économiques.

Ainsi, les **articles R3123-14 et R3124-2 du Code de la commande publique** prévoit une réduction des délais de remises des candidatures et des offres lorsque l'autorité concédante accepte qu'elles lui soient remises par voie électronique.

L'introduction des contrats de concession dans le code de la commande publique (suite)

Le 5ème chapitre concerne l'achèvement de la procédure de passation et notamment l'information des candidats et des soumissionnaires évincés, la signature et l'avis d'attribution du contrat de concession.

Enfin, le 6ème chapitre a trait aux règles particulières de passation de certains contrats de concession.

L'exécution du contrat de concession (articles L3131-1 à L3137-5 et R3131-1 à R3135-10 du Code de la commande publique)

Le titre 3 relatif à l'exécution du contrat de concession est composé de 7 chapitres. Le 1er chapitre s'intéresse à la transparence et au rapport d'information de l'autorité concédante.

Le 2ème chapitre concerne l'occupation domaniale et les biens de la concession. Ici, les **articles L3132-1 à 6 du Code de la commande publique** procèdent à une intégration des jurisprudences classiques relatives à la définition des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres et au régime qui leur est applicable.

Le 3ème chapitre traite de l'exécution financière du contrat de concession. Le Code de la commande publique innove en instaurant un ensemble de dispositions encadrant l'exécution financière du contrat qui n'existait pas dans **l'Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, ni le Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession**. Ces dispositions recouvrent la facturation électronique, les délais de paiement (fixation et déclenchement), les indemnités de résiliation, l'interruption du délai de paiement et les intérêts moratoires, les indemnités forfaitaires et complémentaires pour frais de recouvrement.

Le 4ème chapitre aborde l'exécution du contrat de concession par les tiers.

Le 5ème chapitre se penche sur la modification du contrat de concession et apporte quelques changements aux dispositions du **Décret et de l'Ordonnance de 2016 relatifs aux concessions**. D'une part, **l'article 36 du Décret** prévoyait qu'en cas de travaux ou de services supplémentaires devenus nécessaires et ne figurant pas dans le contrat de concession initial, ce dernier pouvait être modifié à la double condition qu'un changement de concessionnaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale et qu'il présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts. **L'article R3135-2 du Code de la commande publique** a supprimé cette seconde condition. D'autre part, le Code de la commande publique intègre une nouvelle disposition en son **article L3135-2** prévoyant que lorsque l'autorité concédante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le concessionnaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat.

Le 6ème chapitre a trait à la fin des relations contractuelles. A côté du cas classique de l'indemnisation du concessionnaire en cas de fin anticipée du contrat du fait du juge (**article 55 de l'Ordonnance de 2016**), le Code de la commande publique a inséré une nouvelle possibilité d'indemnisation du concessionnaire. En effet, **l'article L3133-10 du Code de la commande publique** prévoit désormais que lorsque la personne publique concédante résilie avant son terme normal le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public, le concessionnaire a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens, à titre gratuit, dans le patrimoine de la personne publique s'ils n'ont pas été totalement amortis.

Enfin, le 7ème chapitre porte sur le règlement alternatif des différends. Il s'agit là d'une nouveauté qui n'apparaissait pas dans **l'Ordonnance et le Décret de 2016**. Le Code de la commande publique intègre désormais la conciliation, la médiation, la transaction et l'arbitrage en son sein en faisant des renvois au **Code des relations entre le public et l'administration**, au **Code civil** et au **Code de procédure civile**. Le recours à l'arbitrage n'est ouvert qu'aux personnes privées, les autorités concédantes qui sont des personnes morales de droit public ne peuvent y accéder.

CROUS D'AIX-EN-PROVENCE

Le Code de la commande publique est amené à évoluer. Existe-t-il un outil pratique qui en facilite l'usage ? La recherche sur des sites internet comme *Legifrance.gouv.fr* est assez laborieuse. Existe-t-il une édition régulièrement mise à jour du Code de la commande publique sur support papier ou en format PDF, similaire à l'édition Dalloz des autres codes ?

DAVID LEGROS

Les personnes familières de *l'ordonnance de 2015* et *du décret de 2016* peuvent recourir à des tables de correspondance publiées par la Direction des affaires juridiques.

GWENDOLINE POILVE

Dans un encart en haut à gauche du site *Legifrance.gouv.fr*, vous pouvez trouver les versions en vigueur et à venir du code sélectionné. Je ne vois que ce moyen d'accéder à une version sûre et actualisée du Code de la commande publique gratuitement et en ligne. Il existe également une édition papier payante du Code de la commande publique pour l'année 2019. Pour mémoire, les prochaines modifications du Code de la commande publique à venir ont pour objet la correction des erreurs de transposition et l'intégration des dispositions de *la loi PACTE*, de *la loi portant suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français*, de la facturation électronique et d'*un décret portant sur l'augmentation du montant des avances et la diminution de celui de la retenue de garantie dans les marchés publics*.

CROUS D'AIX-EN-PROVENCE

Sous les anciens textes, il existait une circulaire qui permettait une approche moins aride des dispositions législatives et réglementaires.

DAVID LEGROS

Il existe toujours des fiches qui sont mises à jour sur le site de la Direction des affaires juridiques.

CROUS D'AIX-EN-PROVENCE

Nous les utilisons régulièrement.

GWENDOLINE POILVE

A ce sujet, je précise que trois nouvelles fiches sur le nouveau droit de la concession ont été publiées en avril 2019 sur le site de la Direction des Affaires Juridiques. L'une est intitulée « Détermination de la valeur estimée de la durée des contrats de concession », la deuxième « Modalités de mise en concurrence des contrats de concession » et la troisième « Modalités de publicité applicables à la passation des contrats de concession ». Ces trois fiches sont à jour et proposent des tableaux récapitulatifs très bien réalisés. Elles reprennent notamment toutes les dispositions concernées du code de la commande publique.

EPF DE BRETAGNE

Le passage à la dématérialisation le 1^{er} octobre 2018 aura constitué la principale difficulté en pratique. En revanche, l'entrée en vigueur du Code de la commande publique n'a pratiquement rien changé à notre pratique ni à celle des entreprises.

DAVID LEGROS

Le Code de la commande publique est une agrégation des textes existants. Si la codification en modifie la forme, elle n'en affecte pas substantiellement le fond. Nous nous sommes interrogés sur la meilleure façon d'en assurer la présentation. Une énumération d'articles aurait été rébarbative. Nous nous sommes donc efforcés d'aborder le sujet de façon plus plaisante.

Certaines questions posées par les participants renvoient à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie qui dépasse le cadre de ces réunions. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez le service de renseignements téléphoniques de Territoires Conseils :

par téléphone au 0970 808 809

par mail sur le site Internet www.banquedesterritoires.fr en cliquant dans le menu sur la rubrique « Service de renseignements juridiques et financiers » puis « poser une question ». Vous y trouverez également une rubrique « Questions-réponses ».

Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Banque des Territoires, ce service est accessible gratuitement à toutes les intercommunalités, quels que soient leur taille et leur type, ainsi qu'aux communes de moins de 10 000 habitants.