



LE CODE

FICHE ZOOM

DE LA COMMANDE PUBLIQUE



VERSION
MARS 2019

Après 3 tentatives infructueuses¹, le droit de la commande publique est dorénavant codifié. Le code de la commande publique (CCP) créé par l'ordonnance n° 2018-1074 du 28 novembre 2018 portant partie législative du code et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique entre en vigueur le 1^{er} avril 2019.

Selon le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance, cette refonte des textes de la commande publique intervient à droit constant et répond à un double objectif de simplification et de modernisation (I). Il doit être appréhendé par les acheteurs comme une boîte à outils au profit de la performance économique plus qu'un outil de pratique juridique. (II)

I — Un outil de simplification et de clarification

Le code ne constitue pas une refonte au fond du cadre législatif et réglementaire mais une modification essentiellement de forme et un effort certain de rationalisation. Il permet en outre d'intégrer des règles issues de la jurisprudence fermement établies et de réaffirmer ou de préciser certaines règles.

A — Simplification et rationalisation des textes de la commande publique

Le code de la commande publique regroupe plus de 30² textes utilisés régulièrement par les acheteurs publics et les entreprises et totalise 1 747 articles.

Réparti en trois parties selon la division des directives européennes, il est organisé selon les étapes de la vie du contrat.

1 — La circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires prévoyait la création d'un code des marchés publics et autres contrats d'intérêt général, la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit habilitait le Gouvernement à adopter la partie législative d'un code de la commande publique, En 2009, l'article 33 du projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés habilite le Gouvernement à réaliser par ordonnance un code de la commande publique

2 — Les textes relatifs à la commande publique intégrés au CCP sont les suivants :

- Loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier
- Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée
- Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture
- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance
- Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire
- Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière
- Loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906
- Ordonnance n° 2018-1135 du 12 décembre 2018 portant diverses dispositions relatives à la gestion de l'infrastructure ferroviaire et à l'ouverture à la concurrence des services de transport ferroviaire de voyageurs
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
- Décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé
- Décret n° 86-520 du 14 mars 1986 pris pour l'application de l'article 1^{er} de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée
- Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique
- Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux
- Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession
- Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés de défense ou de sécurité

1/5





Le schéma de la partie réglementaire est le suivant :

Première partie : définition et champ d'application

Deuxième partie : marchés publics

Livre I ;

Titre I^{er} : préparation du marché ;

Titre II : choix de la procédure de passation ;

Titre III : engagement de la procédure de passation ;

Titre IV : phase de candidature ; t

Titre V : phase d'offre ; titre VI : règles applicables aux procédures de passation et aux techniques d'achat ;

Titre VII : règles applicables à certains marchés ;

Titre VIII : achèvement de la procédure ;

Titre IX : exécution du marché.

Livre II : dispositions propres aux marchés de partenariat.

Livre III : dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité.

Livre IV : dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage et à la maîtrise d'œuvre ;

Titre I^{er} : champ d'application ;

Titre II : maîtrise d'ouvrage ;

Titre III : maîtrise d'ouvrage privée.

Livre V : autres marchés publics ;

Titre I^{er} : champ d'application ;

Titre II : règles applicables.

Troisième partie : contrats de concessions

Cette organisation nécessite un temps d'adaptation et familiarisation avec cette nouvelle approche qui a pour principal avantage de consolider les règles d'exécution des marchés et de faciliter les échanges entre usagers de la commande publique que sont les acheteurs et les opérateurs économiques.

B — Clarification des règles de la commande publique

1 — Codification des règles jurisprudentielles établies

L'habilitation donnée dans le cadre de l'ordonnance prévoyait une codification à droit constant sous réserve de « modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle ».

Cette marge de liberté a permis d'intégrer un certain nombre de principes généraux assez anciens qui n'avaient pas encore été inscrits dans un texte. Ces principes sont généralement favorables à l'acheteur public et réaffirment le caractère exorbitant du droit commun des contrats administratifs au profit de l'administration intervenant dans un but d'intérêt général.

Parmi ces principes figurent :

+ Le pouvoir de contrôle de l'acheteur sur l'exécution du contrat (article L 6, 1°)

+ Le principe de continuité du service public pour les contrats ayant pour objet l'exécution d'un tel service (art L 6,2°)

+ le principe de modification unilatérale des contrats administratifs et le droit au maintien de l'équilibre financier (art L. 2194-1 et L. 2194-2)

+ Le principe de résiliation unilatérale des contrats administratifs pour faute d'une gravité suffisante et pour motif d'intérêt général (art L. 2195-1 à L. 2195-6)

+ La résiliation de plein droit (art L. 2195-1 à L. 2195-6)

Par ailleurs, les articles L. 2152-5 et L. 2152-6 reprennent la définition de l'offre anormalement basse telle que précisée par la jurisprudence du 29 mai 2013, *Ministre de l'intérieur c/ Société Artéis*.

- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
- Décret n° 2015-90 du 28 janvier 2015 fixant le montant prévu à l'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire
- Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique
- Décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics
- Décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 relatif au recensement des marchés publics et de certains contrats soumis à des obligations de mise en concurrence
- Décret n° 2004-1144 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat
- Décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation
- Décret n° 2002-381 du 19 mars 2002 portant application de l'article 19 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée
- Mesure d'application de l'article 44, 6° a) de la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense



L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État.

Dans un sens plus favorable au titulaire, le code dispose que lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant qui en poursuit l'exécution a droit à une indemnité (Art L 6 3°) reprenant ainsi le principe du droit à l'indemnisation du titulaire en cas de sujétion imprévue dégagé par la jurisprudence.

L'ensemble de ces codifications a été réalisé en veillant à utiliser des termes génériques permettant au juge de conserver une marge de manœuvre en cas de contentieux.

2 — Clarification de certaines règles

Le code de la commande publique est également l'occasion de clarifier certaines notions ou dispositions qui ont suscité des interrogations de la part des praticiens.

Il s'agit notamment d'unifier la procédure de négociation quel que soit le statut de l'acheteur (suppression de la distinction procédure négociée avec mise en concurrence préalable / de la procédure concurrentielle avec négociation).

Cette clarification de certaines règles s'observe au cours de l'ensemble des phases du marché, que ce soit au cours de la procédure de passation ou lors de l'exécution.

Il s'agit notamment d'ajustements et/ou de réécriture des dispositions relatives à phase de candidature et d'achèvement de la procédure.

+ Concernant la phase de candidature, le CCP fait apparaître selon un déroulement logique et chronologique les différentes étapes de la procédure et un titre IV est dédié à cette phase tant dans ses parties législatives que réglementaire³.

Cette phase est consacrée comme une phase essentielle du processus et l'attention des acheteurs est attirée sur l'importance des vérifications à opérer et des critères à définir pour la sélection des candidats.

+ Concernant la phase d'achèvement de la procédure, l'article L2181-1 mentionne expressément que l'acheteur doit notifier au candidat évincé sa décision de rejeter sa candidature ou son offre sans délai quelque soient le type de procédure.

L'article R2181-3 précise que pour les procédures formalisées, cette notification devra contenir les informations relatives au rejet de l'offre, aux motifs du rejet, au nom de l'attributaire, aux motifs qui ont conduit au choix de l'attributaire et à la durée de suspension⁴.

À noter que le délai de standstill n'est pas un délai de procédure, celui-ci ne constitue donc pas un délai franc mais un délai de date à date⁵.

Au cours de la phase d'exécution des marchés, l'intégration de l'ensemble des textes relatifs au régime financier des marchés permet de préciser certaines règles. Par ailleurs, une attention particulière est apportée au règlement amiable des litiges :

+ Concernant le régime financier des marchés,

— les règles relatives aux délais maximaux de paiement des acheteurs publics et au règlement des intérêts moratoires sont définies explicitement.

À noter que le délai de paiement n'est plus suspendu mais bien interrompu, en conséquence, et conformément à l'article R2192-7, à compter de la réception des pièces et document justifiant de l'interruption, un nouveau délai de paiement est ouvert.

— Certaines améliorations sont constatées en faveur des TPE-PME notamment pour ce qui concerne le régime des avances et autres retenues de garantie⁶. L'article R2191-4 énonce expressément que l'acheteur peut prévoir une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

— Un éclaircissement est apporté quant aux modalités de calcul du montant des avances en présence d'un sous-traitant bénéficiant du paiement direct. Dans ce cas le montant initial du marché est diminué du montant des prestations confiées au sous-traitant et donnant lien au paiement direct⁷.

+ Concernant le règlement des litiges, le code de la commande publique introduit expressément l'ensemble des dispositions sur le règlement alternatif des différends que sont la conciliation, la médiation, la transaction ou encore l'arbitrage⁸.

Et ce afin d'inciter les acteurs de la commande publique à se diriger davantage vers ces modes de règlements alternatifs plutôt que de recourir au juge.

Outre ces aménagements et évolutions textuelles, le code de la commande publique constitue avant tout une avancée méthodologique qui offre aux praticiens un outil exhaustif et didactique leur facilitant la mise en œuvre des procédures dans un but de performance économique. L'utilisation de cet outil contribuant à une réflexion sur un changement de paradigme du métier d'acheteur.

3 — Articles L2141-1 à L 2142-1 et R2142-1 à R2144-9.

4 — Article R2181-3.

5 — Article R2182-1.

6 — Article R2191-7.

7 — Article R2191-6.

8 — Articles L2197-1 à L2197-7 et R2197-1 à R2197-25.



II — Une boîte à outil visant à recentrer

le métier de l'acheteur

A — Une approche plus économique de l'achat dans un souci de performance et d'efficacité

1 — Codification des règles jurisprudentielles établies

La présentation didactique du code identifie les 3 étapes dans le schéma de préparation du marché que sont la définition et l'expression du besoin, la rédaction du contenu du marché et l'organisation de l'achat.

+ **Dans le cadre de la définition et de l'expression du besoin**, l'acheteur dispose de deux outils que sont le sourcing et le schéma de promotion des achats publics socialement et économiquement responsables (SPASER).

— **Le sourcing**, pour lequel l'habilitation législative n'a pas permis de faire évoluer son périmètre voit son dispositif inchangé. Il n'a pu bénéficier de précisions sur les modalités d'engagement⁹.

— Le SPASER créé pour inciter les politiques d'achat public à adopter une stratégie d'intégration des travailleurs handicapés ou défavorisés est imposée aux acheteurs dont les achats annuels dépassent 100M HT, cependant, sa présentation dans le code comme une aide à la définition du besoin pourrait encourager les autres acheteurs à l'appliquer¹⁰.

Par ailleurs, l'acheteur doit toujours exprimer ses besoins en arrêtant les spécifications techniques des travaux, des fournitures ou services objets du marché. En complément de ces spécifications, l'acheteur peut aussi exiger la détention d'un label.

+ **Concernant le contenu du marché**, si les dispositions relatives aux conditions d'exécution restent inchangées, l'intégration des dispositions du décret 2013-269 du 29 mars 2013 a permis de préciser l'obligation de prévoir dans le marché une clause relative aux conditions permettant d'attester le service fait, ainsi que les conditions d'établissement et d'adresse des factures¹¹.

Les différentes formes du prix quant à elles sont précisées :

En cas de prix ferme, l'actualisation est obligatoire pour les travaux, fournitures ou services non courants, alors qu'elle reste une éventualité pour les fournitures et services courants.

La révision du prix est à prévoir lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution des conditions économiques en cours d'exécution ou parce que le prix des matières premières nécessaires à la réalisation des prestations est affecté par les fluctuations des cours mondiaux.

+ **Concernant l'organisation de l'achat**, différentes étapes sont précisées : l'acheteur doit s'interroger sur l'éventuelle mutualisation de son achat, définir les conditions de l'allotissement de son marché et examiner l'intérêt de réserver celui-ci à certains opérateurs.

Si les dispositions relatives à l'allotissement, au fractionnement, ou à la réservation des marchés restent inchangées le sujet lié à la mutualisation des achats mérite d'être précisé.

Trois méthodes de mutualisation des achats sont offertes à l'acheteur :

— Le recours à une centrale d'achat¹² qui permet toujours aux acheteurs soit d'acquiescer directement auprès d'elle des fournitures, services ou travaux en étant considéré comme ayant respecté les obligations de publicité et mise en concurrence, soit de conclure des marchés subséquents sur la base d'accords-cadres qu'elle aurait conclu.

Il est à noter que la centrale d'achat est définie comme un acheteur qui a pour objet d'exercer de « manière permanente »¹³ des activités d'achat centralisées.

— Le groupement de commande qui conserve son caractère ponctuel et qui peut être conclu entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par le code¹⁴.

— Le groupement européen de coopération territoriale¹⁵.

9 — Article R2111-2.

10 — Article L2111-3 et D2111-3.

11 — Article R2112-5.

12 — Sous-section 1 : Centrales d'achat.

13 — Article L2113-2.

14 — Article L2113-6.

15 — Article L2113-9.





2 — Mise en avant de techniques d'achats plutôt que de supports contractuels:

le cas des accords-cadres

Le Code de la commande publique définit désormais l'accord-cadre comme une simple technique d'achat permettant la présélection d'opérateurs économiques, au même titre que le concours, « en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée »¹⁶.

La technique de l'accord-cadre ne doit pas être utilisée dans une volonté de restreindre la concurrence¹⁷. Cependant, il est possible d'utiliser la technique de l'accord-cadre dans un marché public qui comporte :

- + une partie de prestations sous forme de **marché**.
- + une partie de prestations sous forme d'**accord-cadre**.

Moyennant le respect des conditions suivantes :

- + les deux types de prestations doivent être parfaitement identifiés ; la partie relative à l'accord-cadre respecte les règles spécifiques aux accords-cadres et la partie « marché » respecte celles relatives au marché.
- + que la conclusion d'un marché public non alloti soit autorisée par les dispositions relatives à l'allotissement.

B — Confirmation d'un nouveau paradigme - vers une plus grande responsabilisation de l'acheteur ?

Le code de la commande publique est défini par nombreux commentateurs comme une boîte à outils au profit des acheteurs et n'est plus un support du praticien des marchés publics.

La compilation de l'ensemble des textes de la commande publique a pour principal avantage de se repérer mais le code ne constitue pas une fin en soi.

Les contraintes et exigences de performances économiques réaffirmées auront pour conséquence que le code de la commande publique sera amené à évoluer au gré des réformes.

La rédaction de l'article L3 définissant les principes de la commande publique introduit une rupture dans la chronologie de la devise des achats « liberté, égalité, transparence »¹⁸.

En effet, l'égalité de traitement des candidats est mise en exergue et les principes de liberté et de transparence doivent concourir à sa mise en œuvre dans le respect des conditions définies dans le code.

Selon le rapport au Président de la République ces mêmes principes constituent un cadre de référence pour l'élaboration ou le contrôle des procédures définies par les acheteurs.

Ces orientations confirment le mouvement, déjà initié par l'intégration du sourcing, d'une plus grande responsabilisation de l'acheteur.

Une plus large marge d'initiative est laissée à l'acheteur qui a pour corollaire la démonstration de la performance économique de ses choix¹⁹.

¹⁶ — Article L2125-1.

¹⁷ — Article R2162-1.

¹⁸ — Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code.

¹⁹ — Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.