



RÉFORME de la COMMANDE PUBLIQUE :

une NOUVELLE BOITE à OUTILS pour les MAÎTRES d'OUVRAGE

L'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016. Ils simplifient et homogénéisent la façon de passer les marchés publics en France. Les maîtres d'ouvrage ont désormais à leur disposition une large boîte à outils leur permettant de choisir le mode de dévolution le plus pertinent pour leur marché. Voici les points à retenir avant de lancer un projet de construction.

Qui est concerné par l'ordonnance ?

Trois catégories de pouvoirs adjudicateurs sont concernées (article 10) :

→ **les personnes morales de droit public** : l'État, les établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que les EPIC de l'État, GIP et autorités administratives indépendantes, les offices publics de l'habitat et les organismes listés dans l'article 3 de l'ordonnance de 2005 (Banque de France, Caisse des dépôts...);

→ **les personnes morales de droit privé** créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, financées majoritairement ou contrôlée par un pouvoir adjudicateur. Concrètement, cela recouvre les SA d'HLM, les sociétés d'économie mixtes, les sociétés publiques locales, les caisses de Sécurité sociale, les associations financées par le secteur public, les fédérations sportives associations Loi 1901, les entreprises publiques ayant un statut de SA à capitaux publics ;

→ **les organismes de droit privé** dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Les entités adjudicatrices concernées par l'ordonnance sont (article 11) :

→ **les pouvoirs adjudicateurs et entreprises publiques** qui exercent une activité d'opérateur de réseaux définies à l'article 12 de l'ordonnance ;

→ **les organismes de droit privé bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs** leur permettant d'exercer une activité d'opérateur de réseaux.





la BOITE à OUTILS du MAÎTRE D'OUVRAGE

Les choix contractuels prévus par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016

Allotissement et marché unique



L'allotissement reste le mode de dévolution de principe (article 32 de l'ordonnance), sans être obligatoire.

EXCEPTIONS :

Le principe d'allotissement ne s'applique pas aux marchés publics globaux (conception-réalisation, marché global de performance, marchés publics globaux sectoriels, marchés de partenariat).

DÉROGATIONS :

Trois cas de figures permettent de recourir au marché unique (article 12 du décret) :

- si le maître d'ouvrage n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'OPC ;
- si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ;
- si l'allotissement risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations.

Dans ces trois cas, le maître d'ouvrage justifie son recours au marché unique :

- dans les documents de consultation ou le rapport de présentation si le marché est supérieur aux seuils européens ;
- dans les documents qu'il conserve si le marché est inférieur aux seuils européens.

Le maître d'ouvrage garde un libre choix total quant au mode de dévolution de son marché, en veillant le cas échéant à motiver correctement sa décision en amont.

En cas de contentieux, le contrôle du juge se cantonnera à vérifier si sa mise en œuvre n'est pas entachée d'appréciations erronées (Jurisprudence Ville de Paris du 26 juin 2015).

Marché de conception réalisation



Marché de travaux qui associe études et travaux (article 33 de l'ordonnance et article 91 du décret). Il n'est pas soumis au principe d'allotissement mais sa mise en œuvre nécessite une motivation dans certains cas.

Le recours à la conception-réalisation se justifie dans trois cas :

- **pour des motifs d'ordre technique** liés à la destination ou la mise en œuvre technique de l'ouvrage, quelle que soit sa nature ;
- si le contrat prévoit un engagement d'**amélioration de l'efficacité énergétique**. Dans ces deux cas, la motivation doit être exprimée dans l'avis d'appel à concurrence ou le règlement de consultation ;
- **les logements locatifs sociaux** : aucune motivation n'est exigée jusque fin 2018.

Marché global de performance



Marché associant l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation (article 34 de l'ordonnance et article 92 du décret).

Dérogatoire à la loi MOP, il n'est pas soumis au principe d'allotissement. Le maître d'ouvrage n'a donc pas à justifier d'y recourir s'il respecte les conditions suivantes :

- le contrat doit prévoir un objectif de performance chiffré et mesurable et une rémunération liée à l'atteinte de cet engagement de performance ;
- l'objet du marché n'est pas défini de manière limitative. Il peut concerner l'efficacité énergétique, l'incidence écologique, un niveau d'activité ou une qualité de service...

Marchés publics globaux sectoriels



Marchés comportant une mission globale de conception, construction, aménagement, entretien et/ou maintenance (article 35 de l'ordonnance). Ils ne sont pas soumis au principe d'allotissement. Le maître d'ouvrage n'a donc pas à motiver son recours.

Ils concernent les immeubles affectés à :

- la police et la gendarmerie nationales ;
- les armées ou services du ministère de la Défense ;
- les systèmes de communication et d'information pour les services du ministère de l'Intérieur ;
- la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;
- les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;
- les établissements pénitentiaires, centres de rétention ou de zones d'attente ;
- les établissements publics de santé et structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique ;
- la revitalisation artisanale et commerciale.

Marché de partenariat



Marché comportant une mission globale de construction, rénovation, financement et sur option tout ou partie de la conception, l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation (articles 40 et 74 de l'ordonnance et articles 143 à 166 du décret). Il n'est pas soumis au principe d'allotissement mais sa mise en œuvre doit respecter certaines conditions :

- réaliser une évaluation préalable (bilan économique favorable en comparaison avec d'autres marchés) et une étude de soutenabilité budgétaire ;
- respecter les seuils suivants (article 151 du décret) :
 - marchés supérieurs à 2 millions d'euros pour les biens immatériels ou pour les contrats comportant des objectifs chiffrés de performance énergétique et une rémunération du titulaire liée à l'atteinte de ces objectifs ;
 - 5 millions d'euros pour les ouvrages d'infrastructure de réseau (énergie, transports, aménagement urbain, assainissement) et de bâtiment lorsque le marché ne comporte pas de maintenance, ni d'exploitation, ni de gestion de service public ;
 - 10 millions d'euros pour les autres ouvrages.

Quoi de NEUF dans les modalités de passation ?

La structure du marché

Le maître d'ouvrage a le choix entre plusieurs types de marchés (articles 32 et suivants de l'ordonnance) :

- L'allotissement: dans ce cas, le maître d'ouvrage doit préciser la taille, l'objet et le nombre de lots. Les offres sont appréciées lot par lot, sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus
- Le marché unique : sauf exceptions ou dérogations, le maître d'ouvrage doit justifier son recours au marché unique
- Le marché global sous ses différentes formes (articles 33 et suivants de l'ordonnance)

Les modes de passation

→ Au-dessus des seuils européens (5 millions d'euros), le maître d'ouvrage a le choix entre plusieurs procédures de consultation :

- l'appel d'offres ouvert ou restreint (articles 67 à 70 du décret) ;
- la procédure concurrentielle avec négociation (articles 71 à 73 du décret). Elle donne la possibilité de négocier sur l'ensemble de l'offre une fois les dossiers remis mais exige une stricte égalité de traitement des candidats ;
- le dialogue compétitif (articles 75 et 76 du décret) est élargi et facilité. Cette procédure, qui doit être conduite de manière étanche, permet à l'acheteur de définir précisément son projet en fonction d'un budget et d'exiger sa livraison dans un délai certain. Pour l'entreprise, c'est la garantie de conserver la propriété intellectuelle des innovations qu'elle propose ;

→ En-dessous des seuils européens, le maître d'ouvrage peut recourir à l'appel d'offres ou la procédure adaptée : il détermine alors librement les modalités de la consultation en fonction de son besoin (article 27 du décret).

NB : un marché public peut être négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas décrits par l'article 30 du décret.

VARIANTES

Les variantes sont :

- interdites par défaut en procédure formalisée pour les pouvoirs adjudicateurs, sauf mention contraire ;
- autorisées par défaut pour les marchés passés par les entités adjudicatrices ;
- autorisées par défaut en procédure adaptée.

PRIX

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans un marché public pour améliorer les délais d'exécution, rechercher une meilleure qualité et réduire le coût de production (articles 17 à 19 du décret).

Pour aller plus loin :

Voir les fiches techniques du ministère de l'Économie :
www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs



Association pour l'achat dans les services publics (APASP)
103 rue la Fayette • 75010 Paris • 01 42 80 93 93 • apasp@apasp.com

EGF.BTP • 9 rue La Pérouse • 75016 Paris • 01 40 69 52 77 • contact@egfbtp.com

