



Agence Départementale d'Aide
aux Collectivités Locales

34 Place de la Préfecture
37000 TOURS
Tel 02 47 31 49 53 – Fax 02 47 31 49 72

L'ORDONNANCE MARCHÉS PUBLICS DU 23 JUILLET 2015 ET DÉCRET DU 25 MARS 2016

PRÉAMBULE

L'ordonnance relative aux marchés publics du 23 juillet 2015 transpose les directives européennes du 26 février 2014 et reprend dans un seul texte :

- le code des marchés publics,
- l'ordonnance du 6 juin 2015 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics,
- l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Quatre types de marchés publics pourront désormais être mis en œuvre en fonction des objectifs poursuivis par les acheteurs :

- les marchés simples,
- les marchés globaux dont le champ est élargi,
- les marchés de partenariat, ex-contrats de partenariat, soumis à un encadrement strict,
- les partenariats d'innovation (déjà transposés en droit français par un décret du 26/09/14).

L'ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016 suite à la publication du décret du 25 mars 2016 n° 2016-360 relatif aux marchés publics. L'ordonnance et le décret s'appliqueront donc aux contrats pour lesquels une procédure sera engagée à compter du 1^{er} avril 2016.

Ils sont complétés par un arrêté et plusieurs avis :

- l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics ;
- l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique ;
- l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques ;
- l'avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique ;
- l'avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics
- l'avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics.

Les marchés dont une consultation a été lancée avant le 1^{er} avril, et ceux en cours d'exécution ne sont donc pas concernés par ces dispositions.

Les principales dispositions de cette ordonnance sont détaillées ci-après :

- Définitions,
- Dispositions générales,
- Passation – candidature,
- Offres,
- Achèvement de la procédure,
- Exécution,
- Marchés de partenariat.

DÉFINITIONS

I - Principes de la commande publique (art. 1 et 30 de l'ordo.)

Les grands principes sont confirmés :

- liberté d'accès à la commande publique,
- égalité de traitement des candidats,
- transparence des procédures.

La définition préalable des besoins est également confirmée :

« 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 ».

II - Acheteurs soumis à l'ordonnance (art. 9 à 13 de l'ordo.)

Tout en se référant à une notion commune d'« acheteur », l'ordonnance maintient la distinction issue des directives entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

1° les personnes morales de droit public (Etat, Collectivités territoriales et leurs établissements...),

2° les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

- a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur,
- b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur,
- c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur (Société d'Economie Mixte (SEM), Banque de France, Caisse des Dépôts et Consignations...).

3° les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun (Sociétés Publiques Locales (SPL)...).

Les entités adjudicatrices sont :

Des acheteurs intervenant dans le domaine des réseaux.

L'opérateur de réseaux intervient dans le domaine de l'énergie (électricité, gaz, chaleur), de l'eau (eau potable et assainissement sous certaines conditions), des transports (chemin de fer, tramway...).

Ces entités sont:

1° les pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateur de réseaux, (SEM exerçant une activité d'opérateur de réseaux...)

2° les entreprises publiques qui exercent une activité d'opérateur de réseaux,

Est une entreprise publique : tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance (EDF, SNCF, RFF- « Sncf Réseau », RATP, ...).

3° les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux (ErDF et GrDF dans le secteur de la distribution d'énergie...).

III - Nature des marchés et compétence du juge (art. 3 de l'ordo.)

Tous les marchés relevant de l'ordonnance sont définis comme des « marchés publics » indépendamment de la personnalité de droit public ou de droit privé de l'acheteur.

Mais l'ordonnance clarifie la répartition du contentieux.

Si le marché est passé par :

- Une personne morale de droit public, il s'agira d'un contrat administratif relevant de la compétence du juge administratif.
- Une personne morale de droit privé, il s'agira d'un marché privé relevant de la compétence du juge judiciaire.

IV - Clarification des notions (art. 13 de l'ordo.)

Opérateur économique: « toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

Candidat: opérateur économique « qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public ».

Soumissionnaire: opérateur économique « qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public ».

V - Marché public de travaux – notion « d'ouvrage » (art. 5 de l'ordo.)

Les marchés publics de travaux ont pour objet :

1° soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux.

La liste de ces travaux sera publiée au Journal Officiel.

2° soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

La notion « d'opération de travaux » disparaît au profit de celle d'ouvrage: il s'agit du résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

I - Marchés non soumis à l'ordonnance (art. 17 à 20 de l'ordo.)

Certains marchés sont exclus du champ de l'ordonnance.

⇒ Pour les pouvoirs adjudicateurs:

- la quasi-régie ou « in house »
- la coopération entre pouvoirs adjudicateurs

⇒ Pour les entités adjudicatrices, les marchés publics attribués :

- à une entreprise liée
- à une coentreprise.

⇒ Quasi-régie

L'ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur (ou une entité adjudicatrice) à une personne morale de droit public ou de droit privé sous trois conditions:

- 1° le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un **contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services**
- 2° le « **seuil de contrôle** » est désormais fixé à **80 % des activités** dans le cadre des tâches confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle
- 3° l'ordonnance autorise désormais **la participation directe de capitaux privés s'ils ne confèrent pas une capacité de contrôle ou de blocage conduisant à exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée**

Les contrats de quasi-régie (« in house ») sont analysés comme des contrats conclus entre deux personnes morales distinctes, mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre. A l'origine, la quasi-régie était justifiée par une logique de subordination et le contrôle exercé s'apparentait à un contrôle hiérarchique.

Mais les modalités sont assouplies. A l'avenir, l'exclusion s'appliquera également si l'organisme contrôlé confie des prestations à l'organisme qui le contrôle ou en cas d'échange de prestations entre organismes contrôlés.

Le seuil de 80% est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires moyen total ou tout autre paramètre tel que les coûts supportés au cours des trois exercices comptables précédents.

⇒ Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

L'ordonnance ne s'applique pas aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs (ou les entités adjudicatrices) **mettent en œuvre une coopération afin que les services publics dont ils ont la responsabilité soient réalisés en vue d'atteindre les objectifs** qu'ils ont en commun sous deux conditions :

- 1° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général,
- 2° les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.

- Il s'agit d'une coopération contractuelle entre pouvoirs adjudicateurs
- Elle se distingue de la quasi-régie du fait qu'il n'existe aucun contrôle exercé par l'une des entités sur une autre.

II - Evaluation préalable d'un mode de réalisation d'un projet (art. 40 de l'ordo et art. 24 du décret.)

L'ordonnance introduit la notion d'évaluation en coût complet pour des projets importants dont le montant sera supérieur à 100 millions d'euros HT (fixé par le décret du 25 mars 2016).

- Le pouvoir adjudicateur devra réaliser, avant le lancement de la consultation : « *une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet* » avant le lancement de la procédure de passation.
- Cette évaluation préalable comporte une analyse en coût complet : « *cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation* ».

Le décret fixe les éléments constitutifs de cette évaluation.

III - Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques (art. 4 et 5 du décret)

Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à **condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.**

L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. **Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.**

IV - Allotissement (art. 32 de l'ordo. et art. 12 du décret)

Le principe de l'allotissement est confirmé et étendu à tous les acheteurs, sauf pour les marchés globaux et ceux dont l'objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes.

En cas d'allotissement, l'acheteur :

- devra définir le nombre, la taille et l'objet des lots,
- pourra limiter le nombre de lots,
 - pour lesquels un candidat peut présenter une offre,
 - ou qui peuvent être attribués à un même opérateur.

Attention : les offres sont appréciées lot par lot « sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus ».

Les acheteurs peuvent ne pas allotir un marché:

- s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination,
- si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence,
- si la dévolution en lots séparés risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Lorsque l'acheteur décide de ne pas allotir un marché, il doit motiver son choix.

Les modalités de cette motivation sont fixées par le décret du 25 mars 2016 :

L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public répondant à un besoin dont la valeur :

- est **égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée** motive ce choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation.
- est **inférieure aux seuils de procédure formalisée** ou **un marché public relevant des articles 28 et 29** motive ce choix dans les documents relatifs à la procédure.

V - Sous-traitance (art. 62 de l'ordo et art. 133 à 137 du décret)

L'ordonnance prévoit que le pouvoir adjudicateur pourra empêcher la sous-traitance de « **tâches essentielles** » et que les règles de l'offre anormalement basse sont étendues à la sous-traitance.

Sur ce point, **l'article 62 II de l'ordonnance** apporte quelques précisions et est complété par le décret d'application.

- Le pouvoir adjudicateur peut exiger pour : « *les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installations* » que « certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire » **(article 62 I)**.
- Lorsque le montant des prestations sous-traitées lui semble suspect, le pouvoir adjudicateur exige de son titulaire qu'il : « *lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations* ». A charge donc pour le titulaire d'interroger le sous-traitant **(article 62 II)**.
- Si le pouvoir adjudicateur n'est pas convaincu par les explications de l'opérateur, il rejettera l'offre du sous-traitant, la demande de sous-traitance intervenant pendant la procédure de passation. Si celle-ci intervient en cours d'exécution, le pouvoir adjudicateur n'acceptera pas l'entreprise proposée par son titulaire **(article 62 II)**.

VI - Conditions d'exécution et cycle de vie (art. 38 de l'ordo)

Les conditions d'exécution d'un marché peuvent désormais prendre en compte des considérations économiques, sociales ou environnementales **mais également relatives à l'innovation**.

Ces conditions d'exécution doivent obligatoirement être liées à l'objet du marché.

A noter : les directives interdisent que les conditions d'exécution soient liées à une politique générale de l'entreprise, telle qu'une « politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale ».

Les conditions d'exécution sont réputées liées à l'objet du marché public lorsqu'elles se rapportent aux travaux:

- à quelque égard que ce soit,
- à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris durant le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux,
- à un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux.

Le cycle de vie est défini comme l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes comprenant tout au long de la vie de l'ouvrage:

- la recherche et le développement,
- la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance « depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation ».

VII - Groupements de commandes (art. 28 de l'ordo)

L'ordonnance ne se réfère plus à la notion de coordonnateur du groupement et indique que les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités

La composition de la CAO du groupement est fixée à **l'article L 1414-3 du CGCT**. Elle est obligatoire si le groupement est composé majoritairement de collectivités locales et d'établissements publics locaux.

VIII - Marchés réservés aux entreprises adaptées et aux travailleurs défavorisés (art. 36 de l'ordo.)

Certains marchés ou les lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises ou établissements qui emploient une proportion minimale de :

- travailleurs handicapés
- **mais aussi, et c'est une nouveauté, de travailleurs « défavorisés ».**

Dans les deux cas, cette proportion minimale est fixée par décret à 50 %.

Un acheteur ne peut réserver un marché ou un lot à la fois aux établissements qui emploient des travailleurs handicapés et à ceux employant des travailleurs défavorisés. Il doit choisir entre ces deux catégories de travailleurs

IX - Marchés publics globaux (art.33 à 35 de l'ordo et art. 91 et 92 du décret)

⇒ Marchés de conception-réalisation :

Marché de travaux « qui permet à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux ».

Le décret n'impose plus l'appel d'offres restreint : liberté de choix de la procédure par l'acheteur mais maintien de l'obligation de désignation d'un jury.

⇒ Marchés globaux de performance :

Marchés « qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir **des objectifs chiffrés de performance** définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique ».

⇒ Marchés globaux sectoriels :

Marchés qui visent à confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance :

- des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense, des établissements pénitentiaires, des centres de rétention, des établissements publics de santé, ...

-ainsi qu'à la revitalisation artisanale et commerciale au sens de la loi du 18 juin 2014.

PASSATION – CANDIDATURE

I - Publicité (art. 39 du décret)

Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur pour la passation des marchés supérieurs à 90 000€ HT.

II - Dématérialisation (art. 43 de l'ordo et art. 40, 41 et 42 du décret)

Dématérialisation obligatoire fixée au 1^{er} octobre 2018.

III - Procédures

⇒ Négociée sans mise en concurrence préalable (art. 30 du décret) :

Les marchés inférieurs à 25 000€ HT entrent dorénavant dans cette catégorie de procédure (**art. 30 8° du décret**). L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des

deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Le décret crée la possibilité de recourir à cette procédure pour les marchés de livres non scolaires inférieur à 90 000 € HT (**art. 30 9° du décret**).

⇒ **Procédure formalisée (art. 42 de l'ordo et article 25 du décret)** :

L'appel d'offres est la procédure de principe (procédure formalisée).

La procédure concurrentielle avec négociation est une nouvelle procédure formalisée.

Son application est large puisque les directives s'y réfèrent dès que « les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles... » ou en cas de complexité particulière.

Les cas de recours à cette procédure sont détaillés à l'article 25 du décret. La procédure en elle-même est détaillée aux articles 71, 72, 73 du décret.

L'obligation de recourir au concours (restreint) est finalement maintenue pour les marchés de maîtrise d'œuvre passés, au-delà des seuils européens, par les pouvoirs adjudicateurs auparavant soumis au code des marchés publics.

Des dérogations sont listées, quasiment les mêmes que dans l'actuel code, avec un ajout de taille cependant : sont dispensées de concours les marchés de maîtrise d'œuvre relatifs à la réalisation d'un projet urbain ou paysager (art.90 du décret**).**

Le décret modifie le délai minimal de réception des candidatures et des offres pour les appels d'offres ouverts (35 jours) (**art. 67 et 68 du décret**) et pour les appels d'offres restreints (30 jours) (**art. 69 et 70 du décret**).

IV - Commission d'appel d'offres (art. 101.3° de l'ordo modifie des articles du CGCT)

L'ordonnance modifie la composition de la CAO pour les établissements publics locaux dont les EPCI : le président + 5 membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste (art. L1411-5 du CGCT).

V - Interdictions de soumissionner (art. 45, 47 à 50 de l'ordo et art. 51 du décret).

Les directives européennes ont complété la liste des interdictions de soumissionner.

Elles sont désormais scindées en deux catégories:

- **les interdictions de soumissionner obligatoires et générales,**
- **les interdictions de soumissionner « facultatives », laissées à l'appréciation des acheteurs.**

L'ordonnance transpose toutes ces nouvelles interdictions. Le décret indique les pièces justificatives pouvant être produites par les candidats comme preuve qu'il n'est pas dans un cas d'interdiction de soumissionner.

Des dispositions sont prévues en cas de changement de situation des opérateurs économiques au regard de ces interdictions.

⇒ **Interdictions obligatoires et générales**

Sont donc exclues de la procédure de passation des marchés publics:

1° les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions visées notamment au code pénal ou au code général des impôts,

2° les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations afférentes,

3° les personnes :

- a) soumises à la procédure de liquidation judiciaire (ou procédure équivalente en droit étranger),
- b) qui font l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer (ou procédure équivalente en droit étranger),
- c) admises au redressement judiciaire et qui ne sont pas habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché (ou procédure équivalente en droit étranger).

4° les personnes:

- a) sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues dans le code du travail en matière de travail illégal,
 - b) qui au 31 décembre de l'année précédant celle du lancement de la procédure n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation sur les objectifs d'égalité professionnelle femmes/hommes,
 - c) condamnées à l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans ou les personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics.
- Les exclusions visées au 4° ne sont pas applicables lorsque la personne a régularisé sa situation ou en cas d'obtention d'un sursis.

5° les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative (infraction en matière de travail illégal).

Les acheteurs peuvent à titre exceptionnel autoriser un opérateur, qui serait interdit de soumissionner, à participer à une procédure à condition que:

- **cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général,**
- **le marché en cause ne peut être confié qu'à cet opérateur économique uniquement,**
- **et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics.**

⇒ Nouvelles interdictions de soumissionner dits « facultatives »

Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché :

1° les personnes qui, au cours des 3 années précédentes, ont été sanctionnées du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un marché public antérieur ou d'une concession,

2° les personnes ayant entrepris d'influer le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles (lui fournissant un avantage indu lors de la procédure) ou ont fourni des informations trompeuses (pouvant avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution),

3° les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence,

4° les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence,

5° les personnes qui par leur candidature créent une situation de conflit d'intérêts.

Il s'agit de toute situation dans laquelle une personne qui participe ou qui est susceptible d'influencer le déroulement de la procédure a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure.

Un opérateur économique ne peut être exclu pour ces motifs:

- **s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause,**

- et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

⇒ Changement de situation des opérateurs économiques

Lorsqu'un opérateur économique fait l'objet d'une interdiction de soumissionner pendant la passation ou l'exécution du marché, l'acheteur peut résilier le marché pour ce motif.

L'opérateur informe sans délai l'acheteur du changement de situation.

La résiliation ne peut être prononcée lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire (à condition qu'il ait informé sans délai l'acheteur de son changement de situation).

⇒ Situation des groupements et des sous-traitants

Cas du groupement d'opérateurs économiques

Lorsque le motif d'exclusion de la procédure concerne le membre d'un groupement:

- l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion
- dans un délai de 10 jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion de la procédure.

Cas de la sous-traitance

Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent pas être acceptées en tant que sous-traitant.

Lorsque le sous-traitant fait l'objet d'un motif d'exclusion et qu'il est présenté au stade de la candidature:

- l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion,
- dans un délai de 10 jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou par le mandataire en cas de groupement, sous peine d'exclusion de la procédure

VI - Confidentialité (art. 44 de l'ordo)

Pour la première fois en marchés publics, un article spécifique à la confidentialité est intégré dans l'ordonnance.

L'acheteur ne peut pas communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre d'un marché public dont la divulgation:

- violerait le secret en matière industrielle et commerciale,
- ou nuirait à une concurrence loyale entre opérateurs « par la communication, en cours de consultation, du montant global ou du prix détaillé des offres ».

Toutefois, l'acheteur peut demander aux candidats de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

Il peut également imposer aux candidats dans le cadre de la procédure des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique.

VII - Délais de réception des candidatures et des offres (art. 43 du décret)

Le décret donne un « mode d'emploi » des délais et des hypothèses de prolongation :

« I. - L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre.

En procédure formalisée, ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure décrite aux articles 66 à 76 du décret et, lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées au II

de l'article 39, le délai minimal de réception des offres est augmenté de cinq jours, sauf urgence dûment justifiée.

II. - Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché public ou après consultation sur place de documents complémentaires, les délais de réception des offres sont suffisants pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres.

III. - Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus au III de l'article 39 ;

2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

IV. - Les candidatures et les offres reçues hors délai sont éliminées. »

VIII - Candidatures (art. 48 et 49 du décret)

Le candidat peut décider de présenter sa candidature sous la forme d'un document unique de marché européen (DUME). L'acheteur est tenu d'accepter une telle candidature. L'utilisation du DUME en MAPA et procédure formalisées sera imposée à compter du 1^{er} avril 2018.

Et un DUME utilisé dans une procédure antérieure est réutilisable, « à condition de confirmer que les informations qui y figurent sont toujours valables ».

OFFRES

I - Critère unique d'attribution (art. 62 et 63 du décret)

Dans le Code des marchés publics, si l'acheteur choisit un critère unique d'attribution, ce ne peut être que celui du prix.

Le décret indique que l'acheteur peut recourir à un critère unique qui peut être :

- **Le prix**, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;
- **Le coût**, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie.

Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

- Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :
 - Les coûts liés à l'acquisition ;
 - Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
 - Les frais de maintenance ;
 - Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;
- Les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

II - Critères d'attribution

Les critères d'attribution doivent être « *objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution* ». Ils n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence (**art. 52 de l'ordo**).

Les offres variables selon le nombre de lots obtenus sont autorisées (**art. 32 de l'ordo**).

En cas de suspicion d'une offre anormalement basse, « l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre » (**art. 53 de l'ordo**).

L'appréciation concerne l'offre dans sa globalité et s'étend désormais jusqu'à la sous-traitance (art. 62 de l'ordo).

L'**art. 62 du décret** fournit une liste de critères utilisables, comme cela existait dans l'article 53 du Code des marchés publics.

Il s'agit des critères suivants :

- La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;
- Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;
- L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution.

III - Variante

Les critères d'attribution doivent pouvoir s'appliquer tant aux variantes qu'aux offres de base. Impossible de différencier les critères (art. 62 du décret).

IV - Analyse des offres

Possibilité pour l'acheteur, en appel d'offres ouvert, d'examiner les offres avant les candidatures (art. 55 du décret).

Possibilité de régulariser les offres irrégulières dans les procédures d'appel d'offres ou en MAPA sans négociation (sauf en cas d'offre anormalement basse – art. 59 du projet de décret).

ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

I - Information du rejet de la candidature ou de l'offre (art. 55 de l'ordo et art. 99 et 101 du décret)

L'obligation d'information des candidats et soumissionnaires non retenus pour les marchés passés en procédure formalisée est étendue aux MAPA, l'article 55 de l'ordonnance ne faisant plus de distinction entre MAPA et procédure formalisée.

Le décret indique que pour les **marchés publics passés selon une procédure formalisée**, un délai minimal de **onze jours** est respecté entre la date d'envoi de la notification de rejet et la date de signature du marché public par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à **seize jours** lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique.

II - Avis d'attribution

Le décret mentionne l'obligation de publier un avis d'attribution aux marchés publics dépassant les seuils européens et ce, dans un délai maximal de 30 jours à compter de la signature du marché (art. 104 du décret).

Le Code des marchés publics imposait la publication d'un tel avis pour les marchés formalisés avec un délai maximal de 48 jours après notification.

Au plus tard le 1er octobre 2018, l'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles de ce marché public, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public (art. 107 du décret).

III - Transparence et conservation des documents (art.56 et 57 de l'ordo et art. 107 et 108 du décret)

Dorénavant, les acheteurs devront rendre :

- public le choix de l'offre retenue et les conditions seront précisées dans le décret,
- accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché sous réserve de confidentialité.

L'acheteur conserve les pièces constitutives du marché public pendant une durée minimale de cinq ans pour les marchés publics de fournitures ou de services et de dix ans pour les marchés publics de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché public.

L'acheteur conserve les candidatures et les offres ainsi que les documents relatifs à la procédure de passation pendant une période minimale de cinq ans à compter de la date de signature du marché public.

EXÉCUTION

I - Avenants => modification des marchés publics (art. 65 de l'ordo et art. 139 et 140 du décret)

Ni l'ordonnance, ni le décret ne font référence au terme « avenant ». Il y a une refonte du régime des avenants. Le décret abouti a un régime plus étroit du recours aux avenants.

Les modifications à des marchés passés selon une procédure formalisée, conclus pour des prestations supplémentaires nécessaires ou en raison de circonstances imprévisibles, **devront faire l'objet d'une publication au JOUE.**

MARCHÉS DE PARTENARIAT

Le marché de partenariat devient l'unique forme de PPP.

⇒ Définition (art. 67 et 69 de l'ordo.)

« Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet:

- 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
- 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
- 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'utilisateur de prestations exécutées en vertu du contrat ».

Le champ du marché de partenariat peut donc comporter la gestion d'une mission de service public mais peut également se limiter à la construction et au financement d'un ouvrage.

L'entretien/maintenance/exploitation n'est plus un élément obligatoire du contrat.

⇒ Conditions de recours et évaluations préalables (art. 74 à 79 de l'ordo. et les art. 143 à 165 du Décret)

Les conditions de recours aux marchés de partenariat sont très encadrées.
Elles sont au nombre de quatre :

1. L'acheteur doit démontrer que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment financier, que les autres modes de réalisation du projet compte tenu :

- des caractéristiques du projet envisagé,
- des exigences de service public,
- ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé,
- ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables.

Les modalités d'établissement de ce bilan seront fixées par décret. Le critère du paiement différé ne peut constituer à lui seul un avantage.

2. La valeur du marché de partenariat doit être supérieure à un seuil minimal qui sera fixé par décret et devra tenir compte de :

- la nature et de l'objet du contrat,
- des capacités techniques et financières de l'acheteur,
- et de l'intensité du risque encouru.

Le décret définit les seuils suivants :

- 2 millions d'euros HT pour des biens immatériels, systèmes d'information ou équipements autres que des ouvrages,
- 5 millions d'euros HT pour des ouvrages d'infrastructure de réseau, ou pour des ouvrages des bâtiments lorsque la mission ne porte pas sur l'entretien, l'exploitation de l'ouvrage, ou encore sur la gestion d'une mission de service public,
- 10 millions d'euros HT dans les autres cas.
- Pas de montant minimal pour les marchés de partenariat de performance énergétique (**art. 151 du décret**).

La part minimal des marchés de partenariat que le titulaire doit réserver aux PME est fixée à 10% du montant prévisionnel du contrat, hors coût de financement (**art. 163 du décret**). Avec une exception lorsque le tissu économique dans le secteur concerné ne le permet pas.

3. L'acheteur doit réaliser une étude de soutenabilité budgétaire relative aux conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.

Cette étude est soumise pour avis au service de l'Etat compétent (DGFIP).

4. De plus, dès que le montant des investissements est supérieur à 100 millions d'euros, l'acheteur doit opérer une évaluation préalable afin de comparer les différents montages contractuels de réalisation du projet (**art. 24 du décret**).

Cette évaluation est soumise pour avis à un organisme expert créé par décret.

⇒ **Lancement du projet**

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics:

- l'évaluation du mode de réalisation du projet,
- l'étude de soutenabilité budgétaire,
- et les avis sur ces études sont présentés à l'assemblée délibérante qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.