

Code de la commande publique

Attendu depuis près de vingt ans, le code de la commande publique s'appliquera aux marchés publics et aux concessions pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de publicité est envoyé à la publication à compter du 1er avril 2019.

Le code se compose d'une **partie législative**, issue de l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018, prise sur le fondement de l'habilitation législative prévue par l'article 38 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin II », et d'une **partie réglementaire** issue du décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018.

1/ Le code de la commande publique est d'abord une oeuvre méthodologique ayant pour objet de **réorganiser et rassembler les règles applicables aux contrats de la commande publique** dans un seul et même texte. Il est l'aboutissement d'un travail de compilation et de mise en forme de trente et un textes épars. Au nombre de ces derniers figurent non seulement les règles issues des ordonnances marchés publics et concessions (ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession), ainsi que leurs décrets d'application, mais également celles issues de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, 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'oeuvre privée, et celles régissant le règlement amiable des différends (conciliation, médiation, transaction et arbitrage), notamment les dispositions du décret n°2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics.

La partie législative et la partie réglementaire du code sont chacune divisées en trois parties, et traitent successivement du **champ d'application du code, des marchés publics et des contrats de concession**. La partie législative comprend, en outre, un titre liminaire rappelant notamment les grands principes de la commande publique. Les parties relatives aux marchés publics et aux concessions sont organisées selon la chronologie de la vie du contrat : de sa préparation, à sa passation, puis son exécution.

Certains contrats de la commande publique ne seront toutefois pas exclusivement régis par le code de la commande publique. Il en sera notamment ainsi des délégations de service public, qualifiées de concession de services par l'article L. 1121-3 du code de la commande publique, pour lesquelles les règles relatives à la commission d'ouverture des plis, à la commission d'appel d'offres, ou encore à la commission consultative des services publics locaux, demeurent régies par le code général des collectivités territoriales.

2/ Le code de la commande publique a également pour objet de **moderniser le droit de la commande publique**. La loi d'habilitation a autorisé le gouvernement à apporter aux règles de la commande publique les « modifications nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet ».

Certaines règles jusqu'alors d'origine jurisprudentielle ont été codifiées ; d'autres règles ont été simplifiées et précisées.

L'article L. 6 du code de la commande publique reprend ainsi les principes de la **théorie générale des contrats administratifs** dégagés par la jurisprudence administrative, au nombre desquels figurent le **pouvoir de contrôle de la personne publique, la théorie de l'imprévision, le pouvoir de modification unilatérale du contrat, et le pouvoir de résiliation unilatérale par la personne publique**, moyennant indemnisation du cocontractant. En matière de concessions, les articles L. 3132-4 à L. 3132-6 du code codifient les règles d'origine jurisprudentielle définissant le régime juridique applicable aux biens de retour, de reprise et aux biens propres.

S'agissant des simplifications et précisions textuelles apportées aux procédures de passation, le code de la commande publique a notamment unifié la procédure concurrentielle avec négociation des pouvoirs adjudicateurs et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable des entités adjudicatrices autour d'une **procédure unique intitulée « la procédure avec négociation »** (art. L. 2124-3 CCP). La procédure de marché négocié passé sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 30 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) s'intitule désormais **« marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables »** (art. L. 2122-1 CCP). Il restera à déterminer si l'absence de référence à la négociation est désormais susceptible d'autoriser la conclusion d'un marché sur la base de la seule l'offre initiale de l'opérateur, sans négociation.

S'agissant des dispositions relatives aux candidatures et aux offres, le nouveau code circonscrit avec davantage de précision la faculté de l'acheteur de prendre en compte le comportement répréhensible d'un candidat pour l'exclure de la procédure de passation. Le candidat, qui doit être mis à même de présenter ses observations, doit désormais établir qu'il **a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements qui lui sont reprochés** (art. L. 2141-11 CCP), et non plus seulement que « son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause » (article 48 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics). Enfin, si actuellement, seul le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés public définit la notion d'offre irrégulière, l'article L. 3124-3 du code de la commande publique définit désormais l'offre irrégulière également pour l'attribution des concessions.

Bien qu'il s'agisse, pour l'essentiel, d'une codification à droit constant, le code de la commande publique n'en demeure pas moins une **avancée majeure dans l'accessibilité et l'intelligibilité des règles applicables aux contrats de la commande publique**.

Vos interlocuteurs :

Lionel Levain
Avocat Associé
T: +33 1 53 53 44 44
E: levain@rmt.fr

Mathieu Prats-Denoix
Collaborateur
T: +33 1 53 53 44 44
E: prats-denoix@rmt.fr

Mike Gilavert
Collaborateur
T: +33 1 53 53 44 44
E: gilavert@rmt.fr