

QUOI DE NEUF SUR LE FRONT DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?

Tout démontre que l'achat public va se complexifier, alors même que le but recherché est de simplifier les modalités de choix des contractants. Explications.

» par **François WAGNER**

Avocat au Barreau de Nice -

Professeur à l'Université Côte d'Azur - Agrégé de droit public



Pas grand-chose pour l'instant mais beaucoup à venir, telle est la réponse que l'on pourrait faire.

Il faut dire que la production législative ne témoigne pas d'une extrême rapidité.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 avait entamé la réforme de la commande publique ; les décrets du 25 mars 2016 relatifs au marché public et au marché de défense et de sécurité avaient achevé la transposition des directives européennes et mis en œuvre la réforme ; l'ancien code des marchés publics était enfin abrogé au 1^{er} avril 2016.

Pour autant, la construction d'un code à droit constant était toujours en gestation. Depuis, les choses ont semblé s'accélérer. La direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie a, en avril 2018, lancé une consultation publique sur le projet de Code de la commande publique.

Les professionnels de la commande publique étaient invités à faire remonter des remarques sur le projet, via un tableau préformaté. La consultation était découpée en deux phases, la première se déroulant jusqu'au 13 mai 2018 et portant sur l'ensemble des dispositions du futur code ; la seconde phase visant les règles ultra marines.

Quel code ? Quelle réglementation ?

Le futur code se décompose en trois parties, une première consacrée aux définitions et au champ d'application (marché public, contrat de concession, pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice, etc.), les deux autres parties traitant suc-

cessivement et de façon chronologique des marchés publics et des contrats de concession.

Notons d'ailleurs qu'au-delà des ordonnances et décrets marchés publics et concessions, ce code a vocation à intégrer d'autres textes telle que la loi MOP et des dispositions réglementaires ; la loi relative à la sous-traitance et enfin le décret de lutte contre les retards de paiement.

Les résultats de la consultation sont consultables en ligne sur le site de la direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances.

Notons qu'entre autres, les participants ont apprécié les initiatives de codification de règles issues de la jurisprudence et ont, de même, souhaité que soient codifiées les règles jurisprudentielles gouvernant notamment l'indemnisation du cocontractant en cas de modification unilatérale ou de résiliation de marché en précisant notamment ce que l'on doit entendre par « maintien de l'équilibre financier » et en encadrant mieux la nature de la faute susceptible d'entraîner la rupture du contrat par résiliation.

De même, certains contributeurs ont demandé la codification des critères jurisprudentiels permettant la qualification de contrat administratif. Par ailleurs, la DAJ annonçait une consultation publique sur un projet de décret visant à modifier les décrets des 1^{er} février et 25 mars 2016 relatifs aux contrats de concession et aux marchés publics. La consultation publique est clôturée depuis le 10 septembre 2018. Le projet de décret est essentiellement

relatif à l'expérimentation relative à la possibilité pour les acheteurs de passer avec des PME des marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable pour leurs achats innovants d'un montant inférieur à 100.000 euros.

Il prévoit également d'augmenter le taux minimal du montant des avances en faveur des PME dans les marchés passés par l'État.

S'agissant de la notion de marché innovant, cela concerne aussi bien les travaux, fournitures ou services sachant que le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre du nouveau procédé de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise.

Tout cela démontre que l'achat public va se complexifier alors même que le but recherché est de simplifier les modalités de choix des contractants.

Or, les délais sont tendus :

L'article 38 de la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin 2 » avait habilité le gouvernement à codifier par ordonnance les règles de l'achat public, sachant que le gouvernement devait adopter par voie d'ordonnance la partie législative du code de la commande publique sous un délai expirant le 8 décembre 2018.

Il n'est pas certain que celui-ci soit tenu. Prochain épisode en janvier 2019 où nous pourrions synthétiser l'évolution de la commande publique sur 2018.