

*Congrès annuel de l'AMORCE
Toulouse 2014*

**Les nouvelles directives Marchés publics et Concessions:
quelles conséquences pour la commande publique ?**

Jérôme LÉPÉE, Avocat Associé



Pour mémoire : le droit français est prolix pour qualifier les contrats publics : marchés et marchés publics (CMP), délégations de service public (CGCT), concessions de travaux publics (CGCT), contrats de partenariat et assimilés, outre les COT, AOT, BEA ...

Les trois nouvelles directives

- **Directive Marchés (« générale ») n°2014/24, qui remplace la directive 2004/18**
- **Directive Marchés (« secteurs spéciaux ») n°2014/25, qui remplace la directive 2004/17**
- **Directive Concessions 2014/23, qui pallie un manque actuel :**
 - **concessions de travaux soumises à la 2004/18 ;**
 - **concessions de services présentant un intérêt transnational sont soumises aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Traité de Rome)**



La petite nouvelle : la directive Concessions

- Les Concessions se distinguent des Marchés par leur mode de rémunération : en Concession, l'opérateur se rémunère par l'exploitation des ouvrages ou des services
 - => L'opérateur doit être exposé à un risque d'exploitation économique lié au contrat, lié à la demande ou à l'offre, avec une réelle exposition aux aléas du marché
- Peuvent entrer dans ce régime des Concessions : les délégations de service public, les concessions de travaux, certains BEA et AOT
 - Exclusions de certains secteurs : secteurs juridiques, activités de télécommunications ... et les concessions attribuées pour l'exploitation de réseaux d'eau potable ou pour l'alimentation de ces réseaux
- Un seuil de MEC à 5 186 000 € et 2 règles importantes pour la procédure de passation :
 - Double obligation de publicité européenne : avis d'intention, avis d'attribution
 - Obligation de prévoir les critères de choix et les hiérarchiser



Périmètre d'application des nouvelles directives

- Du fait de la nouvelle Directive Concessions, le champ d'application des trois directives est plus large que celui des 2004/17 et 2004/18
- La distinction entre Pouvoir Adjudicateur (PA) et Entité Adjudicatrice (EA) demeure, même si certaines adaptations sont apportées à la notion d'EA
- Les exclusions de périmètre sont précisées et suivent la jurisprudence actuelle, mais au prix d'une complexité accrue :
 - Exception du « in house » : assouplissement du critère du contrôle et instauration d'un pourcentage de 80% des activités qui doivent être exercées par l'attributaire du contrat *In house* au profit du PA
 - Contrats conclus entre PA ou entre EA (à rapprocher des questions d'intercommunalité)
 - Contrats attribués aux entreprises liées



Les points substantiels d'évolution ou de nouveauté (1)

- *Directives Marchés* : assouplissement des modes de recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif - Concessions : négociation possible, mais directive peu précise sur la procédure à suivre => + de liberté laissée aux PA
- *Directives Marchés* : création du Partenariat d'Innovation
- *Directives Marchés* : Raccourcissement significatif des délais minimaux de remise des offres (ex : en restreinte « Marchés », de 35 à 25 jours, -5 j si remise électronique) – Concession : 1 mois ou 22 jours si procédure fermée
- *Directives Marchés et Concessions* : possibilité que l'offre économiquement la + avantageuse soit évaluée sur la base de critères comprenant des aspects environnementaux et sociaux
 - Prise en compte du développement durable lors de la sélection des candidats et lors du choix des offres - limite : objet du marché et besoin de précisions permettant de vérifier concrètement les infos fournies par les candidats – nouveauté : le cycle de vie
- Renforcement *général* de l'allotissement (mais droit français est déjà plus contraignant), et du dispositif de détection des offres anormalement basses



Les points substantiels d'évolution des Directives Marchés (2)

- *Directives Marchés et Concessions* : renforcement de la portée des motifs obligatoires d'exclusion et l'élargissement des motifs facultatifs d'exclusion (notion de faute professionnelle grave) – contrepartie : droit à l'oubli
- *Directives Marchés et Concessions* : simplification de la présentation des candidatures (procédure ouverte) :
 - Le Document Unique de Marché Européen = déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accès à la commande publique et qu'il répond aux critères de sélection des candidatures => Concrètement, le candidat devra fournir un DUME qui attestera que l'entreprise ne fait l'objet d'aucune interdiction de soumissionner, que les informations relatives à ses capacités sont exactes, et qu'il disposera des capacités d'autres opérateurs économiques pour l'exécution du marché s'il l'envisage. Le DUME est un document uniquement électronique, qui peut être réutilisé aussi longtemps que les informations qu'il contient sont exactes.
 - Les PA doivent réutiliser les documents de consultation dont ils disposent déjà, obtenus à l'occasion de précédents marchés
 - Les PA ne pourront plus exiger de documents déjà disponibles sur des bases de données nationales accessibles gratuitement



Les évolutions en matière d'exécution des contrats (*marchés et concessions*)

- Possibilité de modifier un contrat sans nouvelle procédure de passation en cas de :
 - Motivations prévues contractuellement (clauses de réexamen)
 - FTS rendues nécessaires mais changement de contractant impossible ou très inopportun
 - Imprévision (augmentation du prix < 50%)
 - Remplacement du titulaire
 - Modification non substantielle. Pas substantielle si la modification est inférieure à 10% pour les marchés de service et fourniture, de 15% pour les marchés de travaux
- Possibilité de céder le contrat :
 - En application d'une clause de réexamen ou d'une option sans équivoque
 - Consécutivement à une succession universelle ou partielle dans la position du titulaire (sous conditions de capacité...)



L'avenir

- Transposition des directives avant le 18 avril 2016, septembre 2016 pour les règles de soumission par voie électronique. Projet de loi sur les concessions début 2015
- En France, préparation d'un nouveau Code de la commande publique, qui remplacerait le Code des Marchés Publics et certaines dispositions du Code Général des Collectivités Territoriales
- Première illustration avec le Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 (entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2014) portant mesures de simplification applicables aux marchés publics : instaure le partenariat Innovation, traite du CA des candidats, prévoit un allègement des pièces des candidatures si disponibles via un système électronique de MAD d'informations...
 - S'applique aux marchés et accords-cadres en vue desquels une procédure de passation est engagée à compter de sa date d'entrée en vigueur.



ADAMAS

Avocats associés

www.adamas-lawfirm.com

LYON

55 bld des Brotteaux 69455 LYON Cedex 06

Email : lyon@adamas-lawfirm.com

Tél. 00 33 04 72 41 15 75 – Fax 00 33 04 72 41 15 74

PARIS

5 rue de Castiglione 75001 PARIS

Email : paris@adamas-lawfirm.com

Tél. 00 33 01 53 45 92 22 – Fax 00 33 01 53 45 92 20

Bureaux à BEIJING - SHANGHAI - STUTTGART

Bureaux partenaires à BRUXELLES - ISTANBUL - HONG-KONG - CASABLANCA - TUNIS

