



Liberté • Égalité • Fraternité  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFET DE L'ARDÈCHE

Privas, le

19 JUL, 2016

Préfecture  
Direction des libertés publiques,  
la légalité et des collectivités locales  
Bureau des collectivités locales  
Dossier suivi par Mme Chabalière  
Tél. : 04.75.66.51.61  
pref-collectivites-locales@ardeche.gouv.fr

Le Préfet de l'Ardèche

à

Monsieur le Président du conseil départemental de  
l'Ardèche  
Mesdames et messieurs les Maires du département  
Mesdames et messieurs les Présidents des établissements  
publics de coopération intercommunale et des syndicats  
mixtes  
Madame la Présidente du service départemental  
d'incendie et de secours de l'Ardèche  
Monsieur le Président de l'office public d'habitat  
« Ardèche Habitat »

En communication à :  
Monsieur le Sous-Préfet de Tournon-sur-Rhône,  
Madame la Sous-Préfète de Largentière.

**OBJET** : Réforme des marchés publics

**Références**: Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.  
Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

**PJ** : 5 annexes

La réforme des marchés publics amorcée avec la promulgation de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est entrée en application le 1<sup>er</sup> avril 2016 conformément au décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 publié au Journal officiel de la République française le 27 mars 2016.

Ces dispositions ont été mises en œuvre pour permettre la transposition, au plan national, des directives européennes 2014/24/UE (*secteurs classiques*) et 2014/25/UE (*secteurs spéciaux*) du 26 février 2014 relatives aux marchés publics.

Mais, au-delà de la transposition de ces directives, l'ordonnance du 23 juillet 2015 s'inscrit dans un dispositif de simplification et de modernisation du droit de la commande publique de nature à renforcer la sécurité juridique des procédures et accroître l'efficacité de l'achat public.

Pour mémoire

- Une première transposition des directives a été réalisée par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014, portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, qui a instauré des mesures destinées à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et à promouvoir le partenariat d'innovation.
- Le seuil de dispense des procédures a été relevé à 25 000 HT par le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015

\*\*\*\*\*

La présente circulaire a pour objet de vous présenter les principales mesures introduites par le nouveau dispositif ainsi que les principaux aspects de la réforme mais ne présente aucun caractère exhaustif.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 transpose dans le champ législatif les directives européennes, le décret du 25 mars 2016 les transpose dans le champ réglementaire. Ils se divisent en 5 parties :

- la première partie définit les dispositions générales applicables à tous les marchés qui constituent des marchés publics au sens du droit de l'Union Européenne
- la deuxième partie fixe les dispositions spécifiques aux marchés de partenariat
- la troisième partie procède aux adaptations nécessaires à l'outre-mer
- les quatrième et cinquième parties réalisent une mise en cohérence du droit interne et prévoient les modalités d'entrée en vigueur de l'ordonnance

L'ordonnance rappelle en préambule, dans un titre préliminaire, les principes fondamentaux de la commande publique auxquels sont soumis les acheteurs publics : « **liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures** ».

Elle introduit de nouvelles terminologies et apporte des précisions sur le sens à donner certaines expressions usuelles dans le domaine des marchés publics (cf. Annexe 1- définition de quelques expressions ou mots nouveaux).

## I - Champ d'application et date d'entrée en vigueur

L'ordonnance du 23 juillet 2015 réunit, désormais, au sein d'un corpus unique, les règles applicables à tous les contrats qui constituent des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne (marchés et accord-cadres) en tenant compte des spécificités propres à chaque catégorie de contrat et à certains acheteurs.

On peut noter que les « *marchés à bon de commande* » définis à l'article 77 du code des marchés publics sont désormais considérés comme une catégorie d'accord-cadre particulière.

L'ordonnance regroupe aussi, dans un cadre juridique commun, les anciens contrats de partenariat public-privé (PPP) ainsi que d'autres montages contractuels complexes déjà existants dans une nouvelle catégorie de contrats, les « marchés de partenariat ».

Son champ d'application s'élargit à tous les acheteurs, publics ou privés, qui constituent des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices au sens des articles 10 et 11 de l'ordonnance (*article 9 de l'ordonnance*).

☞ Ainsi, il est mis fin à la distinction entre les acheteurs soumis au code des marchés publics et ceux soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (*Office public de l'habitat*).

L'ordonnance qualifie de « *contrats administratifs* » les marchés publics qui relèvent de son champ d'application et sont passés par des personnes morales de droit public (*article 3 de l'ordonnance*).

Elle transpose par ailleurs de nombreuses exclusions prévues par les directives européennes dont les marchés passés au sein de la sphère publique (*Chap.II-section 4 de l'ordonnance*).

Ainsi, ne sont pas soumis à l'ordonnance : les contrats de quasi-régie (prestations intégrées « *in house* ») attribués à des organismes dépendants des pouvoirs adjudicateurs, les contrats de coopération entre pouvoirs adjudicateurs destinés à garantir le fonctionnement des services publics et les contrats attribués par des entités adjudicatrices à une entreprise liée ou une coentreprise.

☞ Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est transmis à la publication **à compter du 1<sup>er</sup> avril 2016**.

## II – La préparation des marchés

### 1) Définition des besoins

L'article 30 de l'ordonnance réaffirme la nécessité de prendre en compte des objectifs de développement durable lors de la définition préalable des besoins, notamment, dans leurs dimensions « *économique, sociale ou environnementale* ».

Les spécifications techniques ou les conditions d'exécution du marché peuvent également comporter des aspects environnementaux ou sociaux à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché (*article 38 de l'ordonnance - article 6 du décret*).

En application de l'article 4 du décret, la définition des besoins peut s'accompagner, désormais, d'études de marché ou de consultations préalables avec les opérateurs économiques.

☞ L'utilisation de cette faculté ne doit pas avoir pour effet de fausser la concurrence ou d'entraîner une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

### 2) Allotissement

L'ordonnance confirme le principe de l'allotissement **obligatoire** et l'élargit à tous les acheteurs soumis à ses dispositions afin de susciter une plus large concurrence et d'ouvrir davantage les marchés publics aux petites et moyennes entreprises (PME).

Conformément à l'article 32-I de l'ordonnance, sous réserve des marchés publics globaux prévus à la section 4, « **tous les marchés sont passés en lots séparés sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes** ».

Les dérogations au principe de l'allotissement sont strictement encadrées par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 32-I :

- lorsque l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination
- si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence, ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

☞ L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché doit pouvoir justifier que ces conditions sont remplies.

En outre, en application de l'article 12 du décret, **l'acheteur doit motiver son choix** :

- Si le marché est passé en procédure formalisée : dans le dossier de consultation ou le rapport de présentation, *s'il agit en tant que pouvoir adjudicateur*, ou dans les informations qu'il conserve en application de l'article 106 du décret *s'il agit en tant qu'entité adjudicatrice*
- Si le marché est passé en procédure adaptée : dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application de l'article 108 du décret

### 3) Marchés réservés

L'ordonnance étend le dispositif qui permet la réservation de marchés publics à des entreprises adaptées. Désormais, des marchés publics ou des lots d'un marché, peuvent être réservés *aux entreprises qui emploient au moins 50 % de travailleurs handicapés ou défavorisés* ainsi qu'aux *entreprises de l'économie sociale et solidaire* pour les marchés de services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française (*articles 36 et 37 de l'ordonnance*). Cette liste a été publiée par Avis du 27 mars 2016.

L'acheteur doit, dans ce cas, l'indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans le dossier de consultation (*articles 13 et 14 du décret*).

## III – La passation des marchés publics

### 1) Evaluation préalable du mode de réalisation du projet

L'article 40 de l'ordonnance introduit un seuil au-delà duquel un marché doit faire l'objet d'une évaluation préalable du mode de réalisation du projet d'investissement. Ce montant a été fixé par l'article 24 du décret à 100 millions d'euros.

### 2) Procédures de passation

Les procédures de passation listées à l'article 42 de l'ordonnance et aux articles 25 à 27 du décret sont les suivantes :

| Procédures   | Pouvoirs adjudicateurs      | Entités adjudicatrices      |
|--|-----------------------------|-----------------------------|
| <b>Procédures formalisées</b>  | <b>article 25 du décret</b> | <b>article 26 du décret</b> |
| La procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint                     | article 25 1°               | article 26 1°               |
| La procédure concurrentielle avec négociation                          | article 25 2°               |                             |
| La procédure négociée avec mise en concurrence préalable               |                             | article 26 2°               |
| La procédure de dialogue compétitif                                    | article 25 3°               | article 26 3°               |
| <b>Autres procédures</b>   |                             |                             |
| La procédure adaptée   | article 27 du décret        |                             |
| La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables | Article 30 du décret        |                             |

En application de l'article 42 1° de l'ordonnance, dès lors que la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, les marchés publics sont passés selon l'une des procédures formalisées mentionnées ci-dessus.

Il est important de souligner que la procédure d'appel d'offres demeure la « *procédure de droit commun* ».

La procédure concurrentielle avec négociation est une procédure nouvelle issue des directives européennes. Cette procédure, qui se substitue à l'ancienne procédure négociée, offre aux pouvoirs adjudicateurs de nouvelles possibilités de recours aux marchés négociés à l'issue d'une mise en concurrence, notamment pour les travaux, les services ou les fournitures qui ne sont pas « sur étagère », c'est à dire qui ne sont pas standardisés.

Cette procédure ne peut, néanmoins, être mise en oeuvre que **dans les hypothèses limitativement énumérées à l'article 25-II du décret du 26 mars 2016.**

Si les conditions prévues à l'article 25-II sont remplies, le pouvoir adjudicateur peut choisir d'utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou celle du dialogue compétitif selon la nature du besoin.

La procédure adaptée peut être mise en oeuvre lorsque la *valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée* ou, quel que soit leur montant, pour les *marchés de services sociaux et autres services spécifiques* mentionnés à l'article 28 du décret dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française. Cette liste a été publiée par Avis du 27 mars 2016.

La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable ne relève plus des procédures formalisées. La mise en oeuvre de cette procédure doit, néanmoins, comme pour les procédures adaptées, respecter les grands principes de la commande publique prévus à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance ainsi que les règles qui leur sont propres.

Les hypothèses de recours aux marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence sont **strictement encadrées par l'article 30 du décret** qui énumère de manière limitative les conditions dans lesquelles l'acheteur peut mettre en oeuvre ce type de procédure.

☞ L'acheteur doit pouvoir justifier que les conditions de recours aux procédures négociées sont remplies sauf à entacher le contrat de nullité.

A noter que le « concours » et le « système d'acquisition dynamique » ne sont plus considérés comme des procédures à part entière mais se définissent comme des techniques particulières d'achat au même titre que les marchés à tranches ou les accords-cadres.

### 3) Modalités de publicité

Les principales évolutions portent sur les points suivants :

- la possibilité pour l'acheteur public d'utiliser un avis de pré-information pour lancer l'appel à la concurrence dans une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure concurrentielle avec négociation (*article 31-II*)

si l'avis remplit les conditions suivantes :

- il fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché ;
- il mentionne que ce marché sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure concurrentielle avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et invite les opérateurs économiques à manifester leur intérêt.
- il a été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt, à **confirmer leur intérêt** sur la base des informations détaillées relatives au marché concerné conformément aux dispositions de l'article 37 du décret.

- la dispense de publicité et de mise en concurrence des marchés de fourniture de livres non scolaires dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 HT (*article 30-9° du décret*).
- la publication au Journal officiel de l'Union européenne des marchés de services sociaux et autres services spécifiques, mentionnés à l'article 28 du décret, dont la valeur estimée est supérieure à 750 000 HT pour les pouvoirs adjudicateurs et 1 000 000 HT pour les entités adjudicatrices (*article 35 du décret*).
- la réduction des délais minimaux de publicité. A titre d'exemple, le délai minimal de réception des candidatures et des offres est réduit de 52 jours à 35 jours dans les procédures d'appel d'offres ouvert. (*article 67 du décret*)

❖ Sont annexés à la présente circulaire deux tableaux récapitulatifs des niveaux de publicité et de procédure (Annexe 2) et des délais minimaux de publicité (Annexe 3)

#### 4) Règles générales de passation des marchés

##### 4-1) Dématérialisation des procédures

A compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018, l'intégralité des procédures devra être dématérialisée sauf dérogations mentionnées à l'article 41-II du décret. (*article 41 du décret*).

##### 4-2) Sélection des candidatures

- Capacité financière des candidats

L'exigence de l'acheteur public concernant le chiffre d'affaires du candidat ne peut plus dépasser deux fois la valeur estimée du marché (*article 44 du décret*).

- Utilisation du DUME

Un candidat à un marché public peut, désormais, présenter sa candidature à l'aide du document unique de marché européen (DUME) établi conformément au modèle type fixé par le règlement d'exécution de la Commission européenne (*article 49 du décret*). Le DUME électronique deviendra obligatoire à compter du 1<sup>er</sup> avril 2018.

Un opérateur économique peut réutiliser un DUME qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure à condition de confirmer que les informations y figurant sont toujours valables (*article 49-II du décret*).

- Documents justificatifs fournis à l'acheteur

En vertu du principe du « *dites-le nous une fois* » posé par le décret du 26 septembre 2014, l'acheteur public peut prévoir dans les documents de la consultation que les candidats ne sont pas tenus de fournir les justificatifs et moyens de preuve qu'ils ont déjà transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables.

A compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018, les candidats ne seront plus obligés de fournir les documents et renseignements déjà fournis à l'acheteur même si celui-ci ne l'a pas expressément prévu (*article 53-II*).

#### 4-3) Choix de l'offre

- Variantes

Les dispositions de l'article 58-II du décret permettent désormais à l'acheteur public d'exiger la présentation de variantes. Il doit, dans ce cas, l'indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt, ou dans les documents de la consultation.

L'acheteur doit, en outre, mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation (*article 58-III*).

- Examen des offres

En application de l'article 68 du décret, l'acheteur public peut décider d'examiner les offres avant les candidatures dans les procédures d'appel d'offres ouvert.

☞ Celui-ci doit, cependant, s'assurer de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection.

- Offres irrégulières

L'article 59-II du décret introduit la possibilité de faire régulariser les offres irrégulières, y compris dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, à condition que celles-ci ne soient pas anormalement basses et que la régularisation n'ait pas pour effet de modifier les caractéristiques substantielles de ces offres.

☞ L'acheteur doit, dans ce cas, autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres dans un délai raisonnable.

- Offres anormalement basses

La procédure qui permet à l'acheteur de rejeter une offre anormalement basse après avoir exigé du soumissionnaire les justifications nécessaires sur le montant de l'offre proposée est étendue à la sous-traitance (*article 134-I-e du décret*).

Les dispositions de l'article 60-II introduisent une nouvelle justification au rejet d'une offre anormalement basse : L'acheteur peut rejeter une offre « *lorsque celle-ci contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit environnemental, social et du travail établies par le droit Français, le droit de l'Union Européenne, les conventions collectives ou par des dispositions internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail figurant sur une liste publiée par avis au Journal officiel de la République française* ».

- Critères d'attribution

L'article 62-II du décret précise les conditions dans lesquelles un marché peut être attribué sur la base d'un seul critère qui peut être, soit le prix (*fournitures et services standardisés*), soit le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le « *coût du cycle de vie* » au sens de l'article 63.

Le coût du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage, recouvre l'ensemble des coûts supportés par l'acheteur tels que les coûts liés à l'acquisition, l'utilisation, la maintenance, la fin de vie du produit (comme les coûts de collecte et de recyclage) ainsi que les coûts imputés aux externalités environnementales à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée.

☞ Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données (*art. 63 -II du décret*).

L'article 62-II continue de permettre l'attribution d'un marché public sur la base d'une pluralité de critères « *non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution* ». Parmi ces critères peuvent figurer le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux tels que listés à l'article 62-II 2°.

- Négociations

En application des articles 73-I et 74 du décret, l'acheteur public peut, dans les procédures négociées, attribuer le marché sur la base des « offres initiales », sans négociation, à condition d'avoir indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'il se réserve la possibilité de le faire.

Lorsque l'acheteur a prévu de négocier dans une procédure adaptée, il doit avoir indiqué cette possibilité dans les documents de la consultation (*article 27 du décret*).

### 5) Achèvement des procédures et traçabilité

- L'acheteur public a désormais l'obligation d'informer les candidats et les soumissionnaires du rejet de leur candidature ou de leur offre y compris en procédure adaptée, soit dès 25 000 € HT (*article 99 du décret*).
- Les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils européens doivent faire d'un avis d'attribution dans les 30 jours à compter de la signature du marché (*article 104 du décret*). Sont dispensés de cette obligation, les marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre.
- Le rapport de présentation établi lors de la mise en œuvre des procédures formalisées n'est plus exigé que pour les pouvoirs adjudicateurs (*article 105 du décret*). Les entités adjudicatrices doivent néanmoins conserver les justificatifs des décisions d'attribution de ces marchés (*article 106 du décret*).

☞ Le rapport de présentation ou les informations conservées par les entités adjudicatrices sont transmis au contrôle de légalité avec les pièces du dossier de marché (cf. Annexe 5).

- Au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 2018, l'acheteur public offre, sur son profil acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés (*open data*), à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public (*article 107 du décret*).
- L'article 108 du décret précise les conditions dans lesquelles l'acheteur conserve les dossiers de marchés :

« *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* ».

### III- Le rôle de la commission d'appel d'offres

Le rôle de la commission d'appel d'offres (CAO) est désormais défini à l'article L.1414-2 du code général des collectivités territoriales (*article 101-II 3° de l'ordonnance*).

Cet article précise que « *pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance susmentionnée, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L.1411-5* »



Cela signifie que la commission d'appel d'offres n'intervient que dans le cadre de la passation des marchés publics dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée.

Le rôle de la commission se limite au choix du titulaire du marché, c'est-à-dire l'entreprise dont l'offre est économiquement la plus avantageuse.

Dans ce sens, désormais ce n'est plus la commission d'appel d'offres mais l'exécutif de la collectivité territoriale qui prononce l'élimination des candidatures qui ne sont pas recevables ou l'élimination des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Par ailleurs, il est important de souligner que les dispositions de l'article L.1414-4 du code général des collectivités territoriales ont maintenu l'obligation de consulter la CAO pour la passation des avenants induisant une hausse de plus de 5 % du marché initial dès lors que le marché lui-même a été soumis à l'avis de la CAO.

#### **IV- La modification des marchés**

En préambule, il convient de souligner que les nouvelles dispositions ne font plus référence aux notions « *d'avenant* » ou de « *décision de poursuivre* ». Cette évolution qui résulte de la transposition des directives européennes, ne fait toutefois pas obstacle à la passation d'avenants pour matérialiser les modifications d'un marché.

Les conditions de mise en œuvre des modifications qui peuvent être apportées aux marchés publics au cours de leur exécution, sans une nouvelle mise en concurrence, **sont strictement encadrées par l'article 139 du décret du 26 mars 2016.** (cf. Annexe 4)

Ces dispositions, qui s'inspirent de la jurisprudence européenne interdisent, notamment, la passation de tout avenant induisant une modification substantielle (article 139-5° du décret).

➤ Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue
- Elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial
- Elle modifie considérablement l'objet du marché public
- Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4° de l'article 139

Les modifications envisagées **ne doivent pas, dans tous les cas, changer la nature globale du contrat** (article 65 de l'ordonnance)

Il est important de souligner les changements induits par les 2°, 3° et 6° de l'article 139 du décret.

Lorsque la modification du marché intervient au titre du 2° « *prestations supplémentaires* » ou du 3° « *circonstances imprévues* », le montant de la modification **ne doit pas excéder 50 %** du montant du marché initial.

Ces modifications doivent, en outre, faire l'objet d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne.

En ce qui concerne les dispositions du 6° « *introduction de seuils* », il est important de préciser que les seuils de **10 % (pour les marchés de services et de fourniture)** et de **15 % (pour les marchés de travaux)** permettant à l'acheteur de modifier un contrat sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la modification doit être considérée comme substantielle, n'ont pas une valeur indicative comme l'avait, auparavant, le seuil de 15 % admis par la jurisprudence pour apprécier le bouleversement de l'économie du marché. **Ces seuils sont limitatifs.**

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans ce cadre, l'acheteur doit prendre en compte le montant cumulé des modifications successives apportées au marché ainsi que, le cas échéant, la mise en œuvre de la clause de révision des prix.

Au delà de ces seuils, l'acheteur devra démontrer que la modification envisagée n'entre pas dans l'une des hypothèses auxquelles la définition de modification substantielle renvoie.

☞ Lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire à ces dispositions, le marché public peut être résilié par l'acheteur (*article 65 de l'ordonnance*).

## V - Les marchés globaux et les marchés de partenariat

Les dispositions de l'ordonnance encadrent les modalités de mise en œuvre des marchés publics globaux qui dérogent, par nature, au principe de l'allotissement.

### Marchés de conception-réalisation

Les marchés de conception-réalisation permettent à l'acheteur de confier à une entreprise ou un groupement d'entreprises une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Le recours à ces marchés est strictement conditionné, pour les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 (loi MOP), à des « *motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique* » rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage (*article 33 de l'ordonnance*).

### Marchés globaux de performance

Les marchés globaux de performance permettent d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou 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. Ces marchés ne sont pas soumis à la loi MOP mais doivent comporter des engagements de performance mesurables (*article 34 de l'ordonnance*).

### Marchés de partenariat

L'ordonnance du 23 juillet 2015 redéfinit le cadre juridique et les conditions de recours aux « marchés de partenariat » qui permettent de confier à une entreprise ou un groupement d'entreprise une mission globale ayant pour objet *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipement ou de biens matériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général*. Ces procédures impliquant une maîtrise d'ouvrage et un financement privé sont désormais strictement encadrées.

La décision du recours au marché de partenariat doit faire l'objet d'une évaluation préalable du mode de réalisation du projet incluant une étude de soutenabilité budgétaire (*article 74 de l'ordonnance*).

Celui-ci est, en outre, soumis à une double condition :

⇒ L'acheteur doit démontrer que le recours à ce contrat présente un bilan plus favorable que les autres modes de réalisation du projet.

⇒ Le montant du marché doit être supérieur à l'un des seuils fixé par l'article 151 du décret du 26 mars 2016 selon la nature et l'objet du contrat.

Les marchés de partenariat doivent confier une part minimale de l'exécution du contrat à des PME ou à des artisans. Cette part minimale a été fixée par le décret du 25 mars 2016 à 10 % du montant prévisionnel du contrat (*article 163 du décret*).

Enfin, il convient de souligner que les nouvelles dispositions ne permettent plus de recourir à des marchés globaux fondés sur un bail emphytéotique administratif (BEA) ou sur une autorisation d'occupation temporaire (AOT) du domaine public constitutive de droits réels qui constituent des outils relevant du droit domanial (*article 1311-2 et 1311-5 du code général des collectivités territoriales*).

Tel sont les éléments qu'il m'a paru opportun de porter à votre connaissance.

\*\*\*\*\*

Les nouveaux textes applicables aux marchés publics sont consultables sur **Légifrance** site internet de la diffusion du droit ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) ainsi que sur le site du ministère de l'économie ([www.economie.gouv.fr/daj/textes-marches-publics](http://www.economie.gouv.fr/daj/textes-marches-publics)).

Mes services ainsi que ceux des sous-préfectures de Tournon sur Rhône et de Largentière demeurent à votre disposition pour répondre aux interrogations que ce courrier susciterait de votre part.

Pour le Préfet,  
Le Secrétaire général



Paul-Marie CLAUDON

