La nouvelle commande publique: Le *Sourcing* et les marchés publics globaux de performance

Formation du 20 mars 2019

Me Sylvain SALLES
Avocat Associé
- Spécialiste Droit Public, Droit de la commande publique
- Enseignant à l'Université Lyon III

axone AVOCATS DROIT PUBLIC

Cabinet AXONE DROIT PUBLIC
64, avenue Jean Jaurès
69007 LYON
Tél : 04 78 02 89 43
Fax : 04 82 53 15 39
Mobile : 06 68 80 11 95

Le sourcing

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

Sommaire

I. Présentation du *sourcing*

A. Définition
B. Les deux formes de *sourcing*
C. Intérêts du recours au *sourcing*

II. Liberté quant aux modalités de mise en œuvre du sourcing

A. L'absence de formalisme dans les textes
B. Les possibilités ouvertes en conséquence

III. Le *sourcing*, un outil à utiliser avec précaution

A. L'obligation de prendre ses distances avec les résultats du *sourcing*
B. L'obligation de rétablir/maintenir l'égalité entre les candidats

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

I. Présentation du *sourcing*

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

A. Définition

Le *sourcing* a été **consacré par le droit de l'Union européenne** aux articles 40 et 41 de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

L'articles 4 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, transposant cette directive, autorise désormais expressément le recours au « *sourcing* », ou « sourcage », en indiquant que :

« 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 acheteurs peuvent donc mettre en œuvre 4 actions :**
  - consulter les opérateurs économiques, notamment pour vérifier la capacité de ces derniers à répondre à leurs besoins ;
  - réaliser des études de marché ;
  - solliciter les opérateurs économiques pour obtenir leur avis sur leurs projets et leurs exigences;
  - informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

A. Définition

Cette faculté renvoie directement à l'obligation première en matière de commande publique, qui est **la définition préalable et précise des besoins** de l'acheteur, conformément à l'article 30 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui dispose :

« 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 ».

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les deux formes du *sourcing*

A la lecture de l'article 4 précité, l'on peut identifier deux types de *sourcing* :

1. Le *sourcing* ouvert

Le *sourcing* ouvert, consiste à informer l'ensemble des opérateurs économiques sur un projet de marché. Il prendra la forme de sollicitations d'avis, d'appels à idées ou à projets, ou encore de participation à des forums ou des salons professionnels.

- L'objectif de ce *sourcing* ouvert est de confronter le besoin à la réalité et de mobiliser la concurrence afin de réduire le risque d'infructuosité.

2. Le *sourcing* restreint

***Le sourcing* restreint**, implique au préalable une démarche de prospection de la part de l'acheteur. Il prendra la forme d'échanges bilatéraux entre l'acheteur et les entreprises ayant été détectées lors du *sourcing* ouvert ou ayant répondu à des marchés précédents.

- La définition du besoin est déjà avancée, l'objectif ici est donc de la perfectionner et d'actualiser le cahier des charges.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

C. Intérêts du recours au *sourcing*

Permettre aux acheteurs de **disposer d'une vision complète et à jour des solutions disponibles et innovantes.**

- L'objet du *sourcing* est en effet de rendre plus efficiente la commande publique.

Permettre une **meilleure connaissance des solutions techniques** en amont du lancement de la procédure.

- Cela permet aux acheteurs d'**éviter le risque** :
  - De devoir constater **l'infructuosité de la procédure**, lorsqu'aucune solution proposée par les entreprises n'était susceptible de satisfaire leur besoin ;
  - De réaliser, à l'ouverture des offres, que **les prix du marché dépassent de façon significative l'estimation initiale**.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

C. Intérêts du recours au *sourcing*

Favoriser la **détermination des délais d'exécution** d'une prestation.

En dialoguant avec les fournisseurs, **l'acheteur peut s'apercevoir que certaines des clauses** insérées dans le règlement de consultation ou dans le cahier des charges **empêchent certaines entreprises de soumissionner, ou renchérissent inutilement le coût du futur marché**.

- L'acheteur pourra alors s'interroger sur:
  - L'opportunité de la procédure choisie ;
  - La pertinence de son allotissement ;
  - L'éventualité d'une variante ;
  - Le bien-fondé de ses critères de sélection ou la pertinence de ses spécifications techniques.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

C. Intérêts du recours au *sourcing*

Contribuer à **motiver certains opérateurs économiques à répondre**.

- Une présentation de leurs produits et une écoute attentive des opérateurs par l'acheteur peut les encourager à candidater à la future consultation.

- En communiquant avec l'acheteur, qui explique ses attentes et les contraintes juridiques et financières qui pèsent sur lui, certains opérateurs inconnus de l'acheteur peuvent se faire connaître.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

II. Liberté quant aux modalités de mise en œuvre du *sourcing*

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

A. L'absence de formalisme des textes

L'article 4 du décret n°2016-30 précité énonce simplement que :

« *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* ».

Il s'ensuit que **la consécration textuelle du *sourcing* ne s'est pas accompagnée d'un véritable encadrement réglementaire**. Les acheteurs bénéficient d'une **grande liberté dans la mise en œuvre** pratique de cette démarche, leur permettant ainsi de **l'adapter à leurs besoins** et au marché concerné.

Dès lors, les modalités de consultation des opérateurs peuvent prendre de nombreuses formes. La **souplesse laissée par les textes** doit permettre aux acheteurs de **trouver satisfaction** en fonction, notamment, des calendriers de procédure souvent contraints.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

- La demande d'information
- L'échange informel
- La rencontre formelle
- La visite de locaux ou l'aide à la rédaction du cahier des charges

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

1. La demande d'information ou *request for information*

Cette technique consiste pour l'acheteur à **diffuser dans une revue, sur un site spécialisé ou directement sur son site internet une demande d'information concernant un produit ou un service, sur leur existence ou leur développement**.

Cette démarche est celle qui semble la plus à même de remplir les objectifs du *sourcing*, tout en faisant peser le moins de risques sur l'acheteur, sous réserve, toutefois, d'une **large diffusion de l'information et d'un accès aisé à celle-ci.**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

1. La demande d'information ou *request for information*

Les conditions de mise en œuvre de ce type de *sourcing* ne sont pas uniformisées.

En pratique, le niveau d'information attendu de la part des opérateurs économiques varie d'une demande d'information à l'autre. Parfois, l'acheteur transmet une grille de réponses et des questions détaillées. D'autres fois, il laisse une plus grande liberté aux opérateurs pour répondre sur le besoin exprimé.

Ex : les *request for information* publiées sur le site de la Banque de France en vue d'obtenir des éléments de réponse sur des problématiques liées à la faisabilité technique d'un projet, voire au lancement d'un appel à idées.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

1. La demande d'information ou *request for information*

En outre, il incombe à l'acheteur d'**adapter cette démarche à son besoin et au marché concerné**, ce qui suppose, notamment :

- De choisir un **support de diffusion adéquat**, pour assurer une publicité suffisante ;
- De laisser aux opérateurs un **délai convenable pour répondre** ;
- De prêter une attention particulière à la **nature des informations demandées**, aux **questions posées** (cf la problématique du respect du secret des affaires).

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

2. L' échange informel

Le *sourcing* peut également consister en un échange informel à l'occasion, par exemple, de **la rencontre d'un opérateur économique dans un salon spécialisé.**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

3. La rencontre formelle

A l'inverse, il peut aussi prendre la forme d'une rencontre formelle, sous forme de **réunion d'information**. Elle consiste en une **invitation de l'acheteur adressée à plusieurs fournisseurs, en raison de leur connaissance du secteur, pour échanger sur un sujet donné**.

La rencontre des différents opérateurs au cours d'une même réunion permet à l'acheteur d'avoir un discours identique à l'égard de tous. Il est conseillé aux acheteurs de solliciter le plus d'entreprises possible et de leur accorder un temps de parole identique.

La difficulté sera de ne pas dévoiler d'informations privilégiées sur le lancement du futur marché.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

4. La visite de locaux ou l'aide à la rédaction du cahier des charges

Le *sourcing* peut être **encore plus poussé**.

Il pourrait aller jusqu'à envisager une **visite des locaux** de certains opérateurs économiques ou demander une **aide à la rédaction du cahier des charges**.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. Les possibilités ouvertes en conséquence

Contrairement à la demande d'information, ces dernières techniques de *sourcing* entraînent cependant **d'importants risques juridiques**, notamment quant à une **rupture d'égalité de traitement entre les candidats**.

Cette liberté quant aux modalités de mise en œuvre du *sourcing* n'est donc pas totale.

L'acheteur doit déterminer l'étendue de la publicité, les procédés et le délai de remise des informations, tout en veillant au respect des grands principes de la commande publique. Il doit également garantir un traitement confidentiel des données recueillies et les utiliser avec précaution lors du lancement ultérieur de la procédure de passation du marché.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

III. Le *sourcing*, un outil à utiliser avec précaution

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

Le *sourcing* apparait aujourd'hui comme un instrument nécessaire à une commande publique efficiente, mais il demeure une **source potentielle de rupture de l'égalité de traitement des candidats.**

C'est pour cela qu'il est encadré par plusieurs conditions.

Reprenant la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (transposée par les décrets du 25 mars 2016) et, en partie, le sens de la décision du Conseil d'État SMEAG (*CE, 14 novembre 2014, Syndicat mixte d'étude, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Neuville c/ Sté Aventure Land, req. n° 373156*), le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics contient deux obligations auxquelles doivent se conformer les acheteurs publics lorsqu'ils pratiquent le *sourcing* :

- **L'obligation de prendre ses distances avec les résultats du *sourcing***
- **L'obligations de rétablir / maintenir l'égalité entre les candidats**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

III. Le *sourcing*, un outil à utiliser avec précaution

A. L'obligation de prendre ses distances avec les résultats du *sourcing*

L'alinéa 2 de l'article 4 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, dispose que :

> « *Les résultats* [du *sourcing*] *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*. »

Prendre ses distances avec les résultats du *sourcing* permettra à l'acheteur de **ne pas avantager excessivement un opérateur économique sourcé**. Il devra donc veiller, lors de la rédaction des documents de la consultation, à **ne pas trop s'inspirer des solutions obtenues à l'occasion du *sourcing***.

Le *sourcing* doit, en effet, être vu comme une **simple source d'inspiration**. Il ne doit en aucun cas conduire à présélectionner un opérateur. L'acheteur doit donc parvenir à un **équilibre entre, d'une part, l'utilisation des résultats du *sourcing* et, d'autre part, le respect du principe d'égalité de traitement des candidats**, principe fondamental de la commande publique.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

A. L'obligation de prendre ses distances avec les résultats du *sourcing*

A titre d'illustration, seront par exemple sanctionnées :

- les prescriptions d'un CCTP qui ne peuvent, *in fine*, être satisfaites que par un seul opérateur économique, sauf si elles sont justifiées par l'objet du marché (*CE, 10 février 2016, Société SMC2, req. n°382148*).

Dans le même sens, porte atteinte à l'égalité de traitement des candidats :

- un acheteur qui se réfère aux spécifications techniques d'un bien identifiable ou d'une marque (*CE, 11 septembre 2006, Commune de Saran, req. n°257545*).

En réalité, il s'agit plutôt de garantir le respect du **principe de liberté d'accès à la commande publique.**

Ainsi, **les spécifications techniques du marché doivent nécessairement être formulées en des termes objectifs**, pour ne pas créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

A. L'obligation de prendre ses distances avec les résultats du *sourcing*

Cinq précautions permettront aux acheteurs de se prémunir au maximum du risque de fausser la concurrence :

- ✓ Le *sourcing* constituant une sorte de « mini-consultation », il est tout d'abord conseillé de **fixer les règles du jeu dans un règlement de *sourcing*** ;
- ✓ Ensuite, la **tenue d'une traçabilité** est vivement recommandée. Celle-ci permettra à l'acheteur, lors de la rédaction des documents de la consultation, de prendre ses distances avec les résultats du *sourcing* plus facilement ;
- ✓ Il convient de privilégier des **échanges relativement courts** lors du *sourcing* ;
- ✓ Afin de s'écarter des résultats du *sourcing* et de lever tout soupçon de favoritisme, il est recommandé de prévoir un **délai raisonnable entre la clôture du *sourcing* et le lancement de la consultation** ;
- ✓ De la même manière, pour permettre aux entreprises n'ayant pas participé au *sourcing* de répondre dans les meilleures conditions, **le délai de réponse à l'appel d'offres devra être suffisamment long**.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. L'obligation de rétablir / maintenir l'égalité entre les candidats

Reprenant la jurisprudence administrative et européenne relative aux études préalables, l'article 5 du décret n°016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit que :

« 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 susvisée ».

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. L'obligation de rétablir / maintenir l'égalité entre les candidats

Il s'ensuit qu'il est en principe **interdit d'exclure un candidat au motif de sa participation à la préparation du marché**.

Lorsque celui-ci a eu accès à des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats, l'acheteur doit veiller scrupuleusement à ce que **l'ensemble des informations soumises aux opérateurs sourcés soient communiquées à l'ensemble des candidats**, dans le respect du secret industriel et commercial.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. L'obligation de rétablir / maintenir l'égalité entre les candidats

A ce titre, l'article 105 du décret du 25 mars 2016, qui impose, pour les marchés publics supérieurs aux seuils européens, la rédaction d'un **rapport de présentation de la procédure de passation par le pouvoir adjudicateur**, prévoit qu'il peut, le cas échéant, comporter :

> *« 5° **La description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée** par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public en application des articles 4 et 5 ».*

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

B. L'obligation de rétablir / maintenir l'égalité entre les candidats

Ce n'est qu'en cas de réelle impossibilité de remédier aux asymétries d'informations que le candidat sourcé peut être exclu de la procédure par l'acheteur.

L'article 5 du décret n°2016-360 renvoie en effet aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, sur les **interdictions de soumissionner facultatives**, qui dispose que :

> *« I. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :*
>
> *3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ».*

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

La nouvelle commande publique: Le *Sourcing* et les marchés publics globaux de performance

Formation du 20 mars 2019

axone AVOCATS DROIT PUBLIC

Cabinet AXONE DROIT PUBLIC
64, avenue Jean Jaurès
69007 LYON
Tél : 04 78 02 89 43
Fax : 04 82 53 15 39
Mobile : 06 68 80 11 95

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

Me Sylvain SALLES
Avocat Associé
- Spécialiste Droit Public, Droit de la commande publique
- Enseignant à l'Université Lyon III

Les marchés publics globaux de performance

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

a. Les montages contractuels complexes existants avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015

- *Le contrat de partenariat*

- *Le marché de conception réalisation (CR)*

- *Le marché de réalisation et exploitation/maintenance (REM)* et le *marché de conception, réalisation, exploitation/maintenance (CREM)*

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

La réforme de la commande publique sous l'influence du droit de l'Union Européenne

Réforme par l'adoption de trois nouvelles directives:

Directive 2014/23/CE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession;

Directive 2014/24/CE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2014/18/CE;

Directive 2014/25/CE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés publics par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE;

- **Volonté de simplification des règles relatives à la commande publique**
- **Distinction contrats de concession / marchés publics**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Directives transposées en droit interne (Entrée en vigueur des nouveaux textes au 1er avril 2016):

- **Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics**
  - Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
  - Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

- **Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession**
  - Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession
  - Désormais ratifiées par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 « SAPIN II »
    - Décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique
    - Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

L'ordonnance n° 2015-899 met en œuvre :

- **Des modifications terminologiques :**
  - Ces textes s'appliquent aux contrats conclus par les « acheteurs publics ou privés », nouveau terme regroupant tant les pouvoirs adjudicateurs que les entités adjudicatrices ;
  - Conséquence**:** disparition de la dualité des règlementations entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ;

- **Des modifications techniques**

- **Des modifications structurelles**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

➢ **<u>Poursuite du travail de réforme :</u>**

- Modifications apportées par 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

- Nouvelles dispositions par le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique

- Adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux par le décret n° 2017-842 du 5 mai 2017

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » :

TITRE III : DE LA MODERNISATION DES RÈGLES DE LA DOMANIALITÉ ET DE LA COMMANDE PUBLIQUES

- **Article 34 –** habilite le gouvernement à réformer le droit domanial par ordonnance;
- **Article 38** – Autorise le gouvernement à adopter par ordonnance, sous 24 mois, le Code de la commande publique : regroupement et organisation des règles relatives aux marchés publics et aux contrats de concession.
- **Article 39 – Ratifie, modifie et confère valeur législative à l'ordonnance n°2015-899 relative aux marchés publics**
- **Article 40 - Ratifie et confère valeur législative à l'ordonnance n°2016-65 relative aux contrats de concession**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » : Aménagements de l'ordonnance n°2015-899 : Conditions assouplies pour les acheteurs

- **Introduction d'une base légale à l'attribution d'un marché sur la base d'un critère unique (article 52) :**
  - La notion d'offre économiquement la plus avantageuse reste la condition d'attribution
  - L'utilisation du critère unique est encadrée (article 62 II 1° du décret n°2016-360):
    - soit 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* » ;
    - soit le coût « *déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie* ».
- **Suppression de l'obligation d'évaluation préalable du mode de réalisation du projet pour les marchés publics d'un montant excédant 100 millions d'euros HT:**
  - Outil préparatoire qui n'empêchait pas systématiquement les hausses de prix entre le moment de l'évaluation préalable et la signature du contrat;
  - L'obligation d'évaluation préalable du mode de réalisation du projet est tout de même conservée.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » : <u>Aménagements de l'ordonnance n°2015-899 : Précisions de certaines obligations de l'acheteur</u>

- **<u>Obligations renforcées pour les marchés de partenariat:</u>**
  - **Maintien de l'obligation de recourir à une évaluation préalable** pour les marchés de partenariat: « *Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer le choix du mode de réalisation* » (**article 74**)
  - Introduction de l'**obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée** de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation (**article 69**) pour le titulaire lorsqu'il n'est chargé que d'une seule partie de la conception → c'est une dérogation à l'article 7 4° loi MOP.

La loi Sapin II s'inspire ainsi de la loi CAP qui avait déjà instauré cette obligation pour les marchés publics globaux.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » : <u>Aménagements de l'ordonnance n°2015-899 : Précisions de certaines obligations de l'acheteur</u>

- **<u>Lutte contre les offres anormalement basses:</u>**
  - L'acheteur doit « *mettre en œuvre* ***tous moyens*** *pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter* » (**article 53**).

- **<u>Encadrement du non recours à l'allotissement:</u>**
  - Les acheteurs ont l'obligation de justifier une exonération de l'obligation d'allotissement en énonçant « *les considérations* ***de droit et de fait*** *qui constituent le fondement de leurs décisions* » (**article 32**).

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » : Aménagements de l'ordonnance n°2015-899 : Dispositions au profit des opérateurs économiques

- **Légère simplification du dossier de candidature (article 45):**

L'acheteur accepte, comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans certains cas d'interdiction de soumissionner, une déclaration sur l'honneur:

- *S'applique aux condamnations pénales, méconnaissances des règles relatives au travail illégal, sanctions pénales accessoires tenant à l'exclusion des marchés publics*
- *Abandon de l'extrait de casier judiciaire à l'appui des candidatures*

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » : <u>Aménagements de l'ordonnance n°2015-899 : Dispositions au profit des opérateurs économiques</u>

- **<u>Modalités d'indemnisation</u> des dépenses engagées par le titulaire d'un marché de partenariat en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge suite au recours d'un tiers (article 89) :**
  - Utilité des dépenses engagées pour l'acheteur;
  - Peuvent figurer les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat;
  - Divisibilité des clauses prévoyant les conditions d'indemnisation du titulaire

  Les annexes du marché de partenariat ne doivent plus indiquer les clauses liant le titulaire aux établissements bancaires, mais seulement les principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché.

- **Suppression de la possibilité de présenter des <u>offres variables</u> selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus (modification article 32 al. 4):**
  - Mesure considérée contraire à l'intérêt des PME et complexe en termes de mise en œuvre procédurale

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » : Aménagements de l'ordonnance n°2015-899 : Dispositions au profit des opérateurs économiques

- **Adapte la rédaction des articles du décret n°2016-360 aux dispositions de la loi « SAPIN II »**

- **Introduit certaines innovations:**

  - Précisions concernant l'interdiction de soumissionner:

→ Ajout d'un cas d'élimination des candidats : production de faux documents et renseignements (55 IV décret – il n'est pas fait mention de la nécessité d'un élément intentionnel)

→ Possibilité d'exiger la traduction en français de documents fournis dans une autre langue par les candidats (*dans le cadre de la vérification de l'absence d'interdiction de soumissionner, de leur aptitude à exercer l'activité professionnelle et de leurs capacités*) (article 48)

  - Allégement de l'obligation des collectivités en termes d'ouverture des données :

    L'accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés publics est supprimé pour les marchés dont le montant est inférieur à 25 000 euros HT.

    - En application de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine

    L'obligation de recourir au concours d'architecture pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment est étendue à l'ensemble des acheteurs soumis à la loi MOP (article 90). *A titre d'exemple, les OPH et EHPAD sont soumis à l'obligation d'organiser un concours pour la réalisation d'ouvrages.*

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***Présentation des différents textes de la réforme :***

Loi dite « Sapin II » : Aménagements de l'ordonnance n°2015-899 : Dispositions au profit des opérateurs économiques

- **Adapte la rédaction des articles du décret n°2016-360 aux dispositions de la loi « SAPIN II »**
- **Introduit certaines innovations:**
  - Allégement de l'obligation des collectivités en termes d'ouverture des données :

    L'accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés publics est supprimé pour les marchés dont le montant est inférieur à 25 000 euros HT.

    - En application de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine

    L'obligation de recourir au concours d'architecture pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment est étendue à l'ensemble des acheteurs soumis à la loi MOP (article 90). *A titre d'exemple, les OPH et EHPAD sont soumis à l'obligation d'organiser un concours pour la réalisation d'ouvrages.*

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***La notion de MPGP***

Le marché public global de performance est une des trois catégories distinctes de marchés publics globaux:

- Les marchés publics de conception-réalisation : article 33 ordonnance MP;
- Les marchés publics globaux de performance: article 34 ordonnance MP;
- Les marchés publics globaux sectoriels: article 35 ordonnance MP.

➢ **Ils dérogent tous les trois à la règle de l'allotissement posée à l'article 32 de l'ordonnance ainsi qu'à la règle de non-cumul des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur.**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***La notion de MPGP***

➢ **Définition du marché public global de performance:**

- **Article 34 de l'ordonnance n°2015-899:**

« Nonobstant les dispositions de l'article 33 [concernant les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation], *les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance 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. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables. »*

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

1. Le MGPG: un cadre juridique rénové

b. Le MPGP : un nouveau contrat s'inscrivant dans une réforme législative et règlementaire d'ampleur

- ***La notion de MPGP***

<u>La raison d'être des MPGP:</u>

- **<u>Harmoniser les différentes dispositions existantes en matière de marchés publics globaux :</u>** Les MPGP regroupent désormais les REM et les CREM à l'article 34 de l'ordonnance
- **<u>Constituer une alternative au marché de partenariat :</u>**
  - Lorsque les conditions de recours ne sont pas réunies;
  - Ou lorsque l'acheteur ne souhaite pas transférer la maîtrise d'ouvrage au titulaire;
  - Eviter la lourdeur de la procédure d'un marché de partenariat (évaluation préalable du mode de réalisation du projet, étude de soutenabilité budgétaire, bilan favorable etc.). Cependant, <u>ils n'ont pas l'avantage du paiement différé.</u>
- **<u>Permettre de « corriger » les insuffisances du Maître d'ouvrage</u>**
- **<u>Conserver un lien entre globalité et performance:</u>** « *Ces marchés publics comportent des engagements de* ***performance mesurable***. »

Traduction concrète de l'évolution des relations entre acheteur public et prestataire : <u>la personne publique n'est plus considérée comme la seule capable de définir les spécifications du contrat</u>

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

a. Présentation des caractéristiques générales du MPGP

- ***Dérogation à l'article 7 de la loi MOP :***

➢ **Les marchés publics globaux de performance présentent une différence importante par rapport aux CREM:**

- Ils permettent de déroger à la loi sur la loi MOP, impliquant la séparation de principe des fonctions de maître d'oeuvre et d'entrepreneur;

- **Cela, même en l'absence des motifs techniques ou d'amélioration de la performance énergétique**. En effet, l'exploitation ou la maintenance peuvent être associées à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations «*nonobstant les dispositions de l'article 33*» de l'ordonnance relatives aux marchés de conception-réalisation, qui renvoient à la loi MOP.

❖ Dérogation d'autant plus surprenante que l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 rappelle la nécessité de justifier d'un tel motif pour recourir à un contrat de conception-réalisation.

Le recours au marché public global de performance parait donc désormais très largement facilité.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

a. Présentation des caractéristiques générales du MPGP

- ***Dérogation à l'allotissement***

➢ **<u>L'allotissement, grand principe du droit de la commande publique</u>**

- L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application réaffirment et étendent le principe de l'allotissement à l'ensemble des acheteurs:

  - **Article 32 ordonnance 23 juillet 2015 :**

    « ***<u>Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4</u>***, *les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots* ».

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

a. Présentation des caractéristiques générales du MPGP

- ***Dérogation à l'allotissement***

  - L'article exonère expressément les marchés publics globaux, dont les MPGP, de cette obligation d'allotissement.

  - **La possibilité de recourir à ces contrats globaux n'est donc pas limitée à la seule performance énergétique** et n'impose pas de démontrer que la dévolution en lots séparés serait de nature à restreindre la concurrence, qu'elle risquerait de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore que le pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'ordonnancement, pilotage et de coordination.

➢ Cette exonération **facilite le recours aux contrats globaux**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

a. Présentation des caractéristiques générales du MPGP

- ***Interdiction de paiement différé***

➢ **Article 60 de l'ordonnance n°2015-899:**

- *« I. - L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite dans les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.*
- ***En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage**, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction. »*
- *Le présent I n'est pas applicable à la Caisse des dépôts et consignations. »*

➢ Les marchés publics globaux de performance ne prévoient pas le préfinancement des investissements par le cocontractant privé, ni leur remboursement étalé sur la durée du contrat.

➢ L'interdiction de paiement différé subsiste donc pour les marchés publics globaux de performance (contrairement au marché de partenariat)

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

a. Présentation des caractéristiques générales du MPGP

- ***Interdiction de paiement différé***

<u>Interdiction relative car:</u>

- L'interdiction du paiement différé ne concerne que certaines personnes publiques :
  - l'Etat et ses établissements publics;
  - les collectivités territoriales et leurs établissements publics

- Les autres personnes publiques (groupements d'intérêt public…) et la Caisse des dépôts et consignations ne sont pas concernées par cette interdiction;

- Les acheteurs soumis à ordonnance qui sont des personnes morales de droit privé (sociétés d'économie mixte, sociétés publiques locales, SA, HLM) …

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

A. Le marché public global de performance (MPGP)

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

b. Assouplissement des conditions de recours

Absence de renvoi aux conditions propres à la conception-réalisation

Tableau comparatif des conditions de recours selon le marché public global:

Conception-réalisation:	MPGP:
• Motif d'ordre technique • Ou engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique	• Pas de condition de recours spécifique • Seulement des engagements de performance mesurables • Remplir des objectifs de performance notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

b. Assouplissement des conditions de recours

Absence de renvoi aux conditions propres à la conception-réalisation

- Le recours aux marchés publics globaux de performance n'est pas soumis à un critère spécifique; *Avant l'ordonnance, lorsqu'un acheteur public souhaitait conclure un marché de CREM, portant notamment sur la réalisation de travaux soumis à la loi MOP, il devait justifier des motifs d'ordre technique ou d'engagements contractuel sur un niveau d'amélioration de la performance énergétique. Cf. article 18 loi MOP.*

- Il est simplement demandé que ces marchés comportent des engagements de performance mesurables, pouvant **notamment** porter sur le niveau d'activité, la qualité du service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique.

- Le contrat peut prévoir un mécanisme de pénalisation si les objectifs définis ne sont pas atteints, sauf cause exonératoire.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

➢ Article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015:

- Le marché public peut être passé selon :

→ Une procédure formalisée: article 25 décret MP (PA) et article 26 décret MP (EA)

→ Une procédure adaptée: article 27 décret MP

- MAPA: marché à procédure adaptée

→ Ou peut être négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable : article 30 décret MP (cas limités)

La détermination de la procédure applicable dépend du montant et de la nature du marché en question.

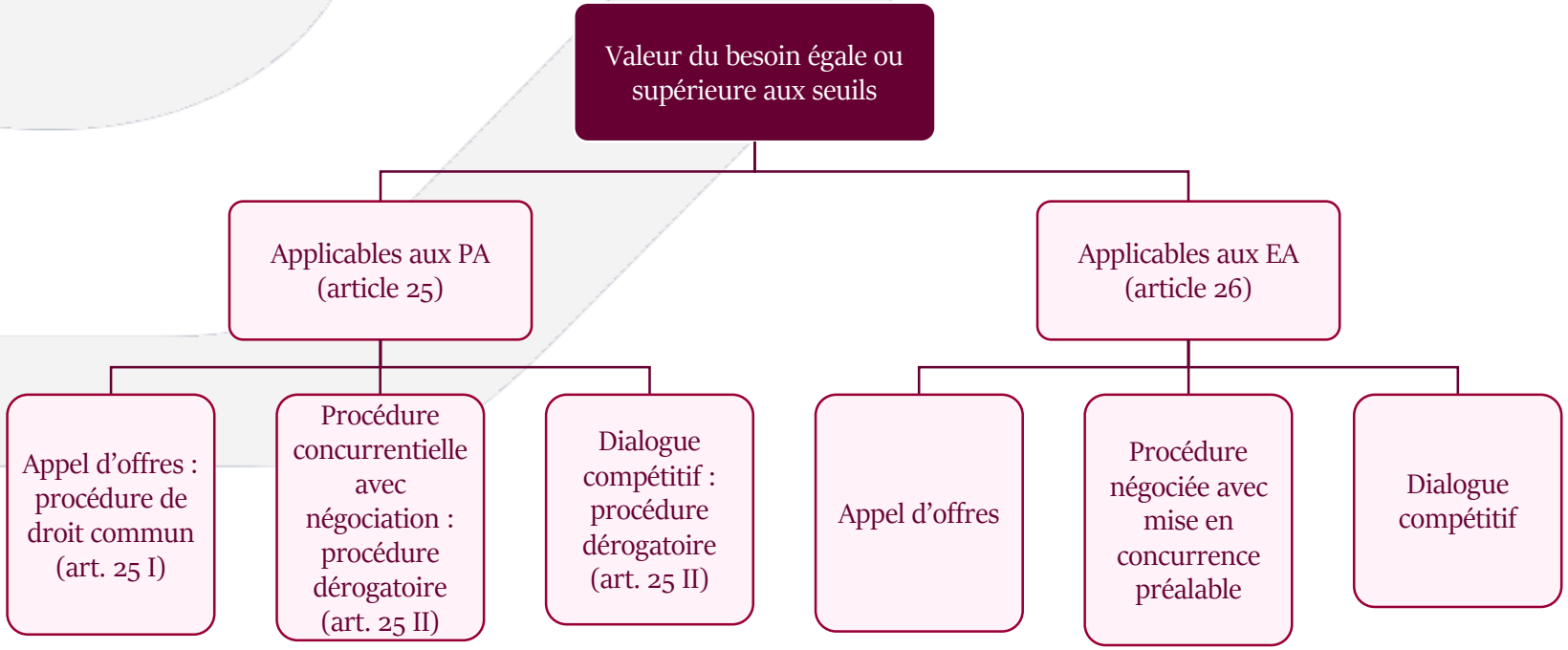
Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

❖ ***Procédure formalisée:***



Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

- **Appel d'offre:**

Article 66 du décret MP : il peut être:

- Ouvert: tout opérateur économique intéressé peut soumissionner
- Restreint: seuls les opérateurs économiques sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner.

→ Le choix entre les deux est libre.

→ C'est la procédure de droit commun.

→ L'acheteur doit choisir l'offre économiquement la plus avantageuse sur des critères objectifs dont les candidats ont connaissance au préalable.

→ Négociation interdite.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

- **Procédure concurrentielle avec négociation :** Applicable uniquement aux pouvoirs adjudicateurs.

Article 71 à 73 du décret MP:

→ Permettent à l'acheteur de **négocier** les conditions du marché avec le(s) opérateur(s) économique(s) autorisés à participer aux négociations.

→ Les documents de consultation doivent fixer les exigences minimales que doivent respecter les offres.

→ Celles-ci tout comme les critères d'attribution ne peuvent être négociés.

- **Procédure concurrentielle avec mise en concurrence préalable :** Applicable uniquement aux entités adjudicatrices.

Article 74 du décret MP:

→ Négocier les conditions du marché avec les opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

- **<u>Dialogue compétitif:</u>**

Articles 75 et 76 du décret MP:

→ Dialogue avec les candidats (et non une négociation) afin de définir ou développer les solutions de nature à répondre au besoin, sur la base desquelles les candidats sont invités à remettre une offre.

→ Cela permet d'identifier les « *moyens propres à satisfaire au mieux les besoins* ».

→ Tous les aspects peuvent être discutés.

→ Possibilité de phases successives afin de réduire le nombre de solutions. Le choix de cette faculté doit être indiqué dans les documents de consultation.

→ Dialogue jusqu'à ce qu'il soit possible d'identifier la solution susceptible de répondre au besoin.

→ A son terme, les participants invités doivent remettre une offre finale sur la base des solutions présentées au dialogue.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

❖ ***Procédure adaptée:***

Article 27 décret: Se caractérise par sa **souplesse** : Liberté de l'acheteur pour déterminer les modalités d'un MAPA en fonction:

- De la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire
- Du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre
- Des circonstances de l'achat

Mais l'acheteur doit respecter les principes de **l'article 1 de l'ordonnance**:

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

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

❖ ***Procédure adaptée:***

→ **Nouvelles précisions sur la négociation** :

- Possibilité de prévoir une négociation (cette faculté doit figurer dans les documents de consultation).
- Cependant, l'acheteur « *peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire* »

Si l'acheteur se réfère expressément à l'une des procédures formalisées: obligation de l'appliquer dans son intégralité.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Présentation générale des procédures de passation***

❖ **MP négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables :**

Article 30 de l'ordonnance MP:

La négociation sans publicité ni mise en concurrence préalables peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées par cet article.

Exemple:

- Urgence impérieuse (article 30 1°)
- Procédure d'appel d'offre (PA) ou procédure formalisée (EA) infructueuse: aucune candidature/offre déposée; que des candidatures irrecevables ou offres inappropriées reçus; (article 30 2°)
- Si le besoin ne peut être fourni que par un opérateur économique déterminé: raisons artistiques; raisons techniques; droits d'exclusivité (article 30 3°)
- Etc.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Spécificité procédurales***

ARTICLE 92 DU DECRET 2016-360 : *« - Le marché public global de performance fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la réalisation et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées par le marché public pour toute sa durée.*
Pour attribuer le marché public global de performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et définis en fonction de l'objet du marché public.

II. - Lorsque le marché public global de performance comporte des prestations de conception et lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, les documents de la consultation indiquent le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des soumissionnaires dont les offres sont irrégulières.

Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

La rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qu'il a reçue.

III. - Les marchés publics globaux de performance qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée et qui comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi du 12 juillet 1985 susvisée sont passés selon les modalités fixées au II de l'article 91. »

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Spécificité procédurales***

Article 92 I:

- Faire apparaître les prix respectifs de la réalisation et de l'exploitation ou de la maintenance;
- Rémunération du titulaire liée à l'atteinte des engagements de performance mesurables pour toute sa durée;
- Attribution en fonction d'une pluralité de critères dont des critères relatifs au coût global, aux objectifs de performance.

Article 92 II :

- **Versement de primes aux soumissionnaires ayant réalisé des études de conception**. Cela ne s'applique que lorsque le marché comporte des prestations de conception et que la remise de ces prestations est prévue.
- Leur montant est fixé aux documents de consultation et est égal au prix estimé des études de conception, affecté d'un abattement au plus égal à 20%.

Mais les soumissionnaires ayant présenté une offre irrégulière voient leur prime réduite ou supprimée en application des modalités fixées aux dits documents.

Parallèle : les marchés de conception-réalisation prévoient également de telles primes.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Spécificité procédurales***

Article 92 III:

Le MPGP sera soumis à la même procédure que celle applicable aux marchés publics de conception-réalisation c'est-à-dire à l'article 91 II si:

→ **Le MPGP répond à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée;**

→ **Le MPGP comprend la réalisation de travaux relevant de la loi MOP.**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Spécificité procédurales***

Article 91 II : Application des procédures et conditions fixées aux articles 25 et 26, sous réserve des dispositions suivantes :

*« 1° **Un jury est désigné par l'acheteur**. Il est composé exclusivement de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.*
Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.
Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.
Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.
L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public.
Le marché public est attribué au vu de l'avis du jury ;

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

2. Le régime juridique « libéralisé » du MPGP

c. Les procédures de passation faisant l'objet de spécificités

- ***Spécificité procédurales***

Article 91 II : Application des procédures et conditions fixées aux articles 25 et 26, sous réserve des dispositions suivantes :

*2° **La désignation d'un jury est facultative dans les cas suivants** :*

a) Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux a à c du 1° du II de l'article 90 ;

- réutilisation ou réhabilitation d'un ouvrage existant,
- ouvrage réalisé à titre de recherche, essai ou expérimentation,
- ouvrage d'infrastructure

b) Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les entités adjudicatrices en dialogue compétitif ou en procédure négociée avec mise en concurrence préalable. »

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

a. L'identification nécessaire de l'équipe de maîtrise d'œuvre

- **LOI n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine**

- L'article 91 de la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine a ajouté un article 35 bis à l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics:

  - Parmi les conditions d'exécution d'un marché public global, figure **l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation;**

  - Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire et comprend, avec adaptations, les éléments de la mission définie à l'article 7 de la loi MOP → décret du 5 mai 2017.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

a. L'identification nécessaire de l'équipe de maîtrise d'œuvre

- **LOI n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine**

Esprit de la loi:

« *conforter, dans les marchés publics globaux qui vont tendre à se généraliser, l'indépendance de la maîtrise d'œuvre, élément de garantie de la qualité technique et architecturale de la conception et de la réalisation d'un projet de construction* ».

(Sénat, débat du projet de loi)

Conséquences:

- L'identification d'une équipe de MOE devient condition d'exécution du marché global ;
- Tentative de conciliation entre les exigences de la « loi MOP » – qui consacre la séparation des missions d'entrepreneur de celles de maîtrise d'œuvre -, et les marchés publics globaux, qui peuvent y déroger;
- Identification dès la phase de candidature: permet d'associer la maîtrise d'œuvre en amont;
- Equipe juridiquement distincte ou non

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

b. L'adaptation des missions du maître d'œuvre aux particularités du MPGP

- **Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux**

Assurer l'équilibre entre le MOA, le MOE et les entreprises

Les dispositions applicables à la maîtrise d'œuvre :

- Originellement fixées par l'article 7 de loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dans le cadre des marchés publics (dite « Loi MOP »);

- Précisées et modernisées par le décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

b. L'adaptation des missions du maître d'œuvre aux particularités du MPGP

- **Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux**

Le socle commun des missions de maîtrise d'œuvre à tous les marchés publics :

L'article 7 de loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée: « La mission de maîtrise d'œuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé doit permettre d'apporter *une réponse architecturale, technique et économique au programme mentionné à l'article 2.* »;

Le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé;

Fixent et définissent les éléments de conception et d'assistance que le maître de l'ouvrage peut confier au maître d'œuvre, en tout ou partie :

Article 7 loi MOP : *« Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur. Le maître de l'ouvrage peut confier au maître d'œuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance suivants :*

1° Les études d'esquisse ;

2° Les études d'avant-projets ;

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

b. L'adaptation des missions du maître d'œuvre aux particularités du MPGP

- **Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux**

L'adaptation du socle commun des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux

- Introduction d'un article 35 bis dans l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 en application de l'article 91 de la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création à l'architecture et au patrimoine (loi CAP) :

Article 35 bis ordonnance n°2015-899 :

« Parmi les conditions d'exécution d'un marché public global figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation.

Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire ; elle comprend les éléments de la mission définie à l'article 7 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'œuvre privée, adaptés à la spécificité des marchés publics globaux ».

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

b. L'adaptation des missions du maître d'œuvre aux particularités du MPGP

- **Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux**

Champ d'application : les marchés publics globaux

- Marché public de conception-réalisation: article 33 ordonnance n°2015-899;
- Marché public global de performance: article 34 ordonnance n°2015-899;
- Marché public global sectoriel: article 35 ordonnance n°2015-899.

Obligation d'identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre:

- Article 1 décret n° 2017-842: Le candidat à un marché public doit identifier, à l'appui de sa candidature, l'équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation.

Conditions d'application du décret n° 2017-842:

- Article 2 décret n°2017-842: les dispositions de ce décret ne sont applicables qu'aux marchés publics globaux qui:
  - Comprennent des missions de conception,
  - Portent sur des ouvrages de bâtiment,
  - Pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1er juillet 2017.

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

b. L'adaptation des missions du maître d'œuvre aux particularités du MPGP

- **Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux**

Etendue et adaptation des missions du MOE fixées à l'article 7 de la loi MOP aux marchés publics globaux

Article 2 décret n° 2017-842:

- **Mission obligatoire** *« quelle que soit la valeur estimé du besoin »*:
  - Les études d'avant-projet définitif : **article 4 II**
  - Les études de projet : **article 5**
  - Les études d'exécution : **article 6** (ou délivrance de visa si non réalisées par MOE)
  - Le suivi de la réalisation des travaux et la direction des travaux: **article 7** → mission OPC
  - Les opérations de réception et mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement (OPR, suivi des réserves et de leur levée, examen des désordres signalés par MOA, constitution d'un dossier des ouvrages exécutés) : **article 8** → mission d'assistance
- **Missions facultatives**:
  - Les études d'esquisse: **article 3**
  - Les études d'avant-projet sommaire (APS): **article 4 II**

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

3. Un nouvel encadrement des conditions d'exécution des MPGP

b. L'adaptation des missions du maître d'œuvre aux particularités du MPGP

- **Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux**

Changements apportés par le décret n° 2017-842

- Le MOA doit obligatoirement confier la mission de base prévue à l'article 2 du décret n° 2017-842 dans le cadre d'un marché public global;

- De nouvelles dispositions par rapport au décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993:
  - **Les études d'APS** peuvent désormais ***« préconiser des études complémentaires des existants notamment dans le cadre des opérations de réutilisation et de réhabilitation »:*** **article 4 II 4°;**
  - **Une prise en compte de l'économie générale du contrat par:**
    - Les études d'avant-projet sommaire
    - Les études d'avant-projet définitif
    - Les études de projet

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019

axone
AVOCATS DROIT PUBLIC

Merci de votre attention !

Cabinet AXONE DROIT PUBLIC
64, avenue Jean Jaurès
69007 LYON
Tél : 04 78 02 89 43
Fax : 04 82 53 15 39
Mobile : 06 68 80 11 95
s.salles@axone-avocats.com

Tous droits réservés - Propriété du cabinet AXONE DROIT PUBLIC- Mars 2019