

LE NOUVEAU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE

Nouveau Code de la Commande Publique

Marchés de Défense ou de Sécurité

Table des matières

INTRODUCTION	3
I. Présentation Générale du CCP	4
1. A une trentaine de textes épars se substitue un texte unique de 1747 articles	4
2. Le CCP se compose d'un titre préliminaire et de trois parties	5
3. Arborescence « Parties Réglementaire et Législative »	7
II. Champ d'application du CCP	8
III. Points importants du CCP	8
1. La procédure avec négociation	8
2. L'Accord-cadre n'est plus un type de marché mais une technique d'achat (art. L2325-1 du CCP)	8
3. La Consécration de certains principes jurisprudentiels	8
4. La codification de la définition jurisprudentielle de l'offre anormalement basse	9
5. Les nouveautés relatives au contrôle des coûts	9
6. La Sous-traitance et le paiement direct, et les conditions d'agrément	10
7. L'Intégration de dispositions sur le règlement alternatif des différends	11
8. Les modifications en cours d'exécution ne nécessitant pas de nouvelle procédure de mise en concurrence du marché (art. L2194-1 du CCP)	11
9. Les marchés innovants	12
10. Les mesures en faveur des PME	12
11. La fin des Ordre de service à 0 euros (art 195 Loi PACTE)	13

Nouveau Code de la Commande Publique

Marchés de Défense ou de Sécurité

INTRODUCTION

Le nouveau Code de la Commande Publique (CCP), comprenant les parties législative et réglementaire, est paru au Journal Officiel de la République Française le 5 décembre 2018.

Le CCP s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2019.

Il ne s'applique donc pas :

- aux modifications des marchés de Défense ou de Sécurité,
- aux marchés subséquents fondés sur un accord-cadre,
- Lorsque la procédure en vue de la passation de ces marchés ou accords-cadres, a été engagée avant le 1^{er} avril 2019.

L'ensemble des textes et règles applicables aux contrats de la commande publique (concessions et marchés publics) est désormais rassemblé au sein d'un seul code.

Le CCP intègre notamment, en plus de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relatif aux marchés publics (ci-après « Ordonnance 2015 ») et ses décrets d'applications les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (Loi MOP et ses décrets d'application), à la sous-traitance (Loi du 31 décembre 1975), aux délais de paiement, à la facturation électronique, etc.

Il intègre également un certain nombre de règles issues de jurisprudences anciennes et constantes.

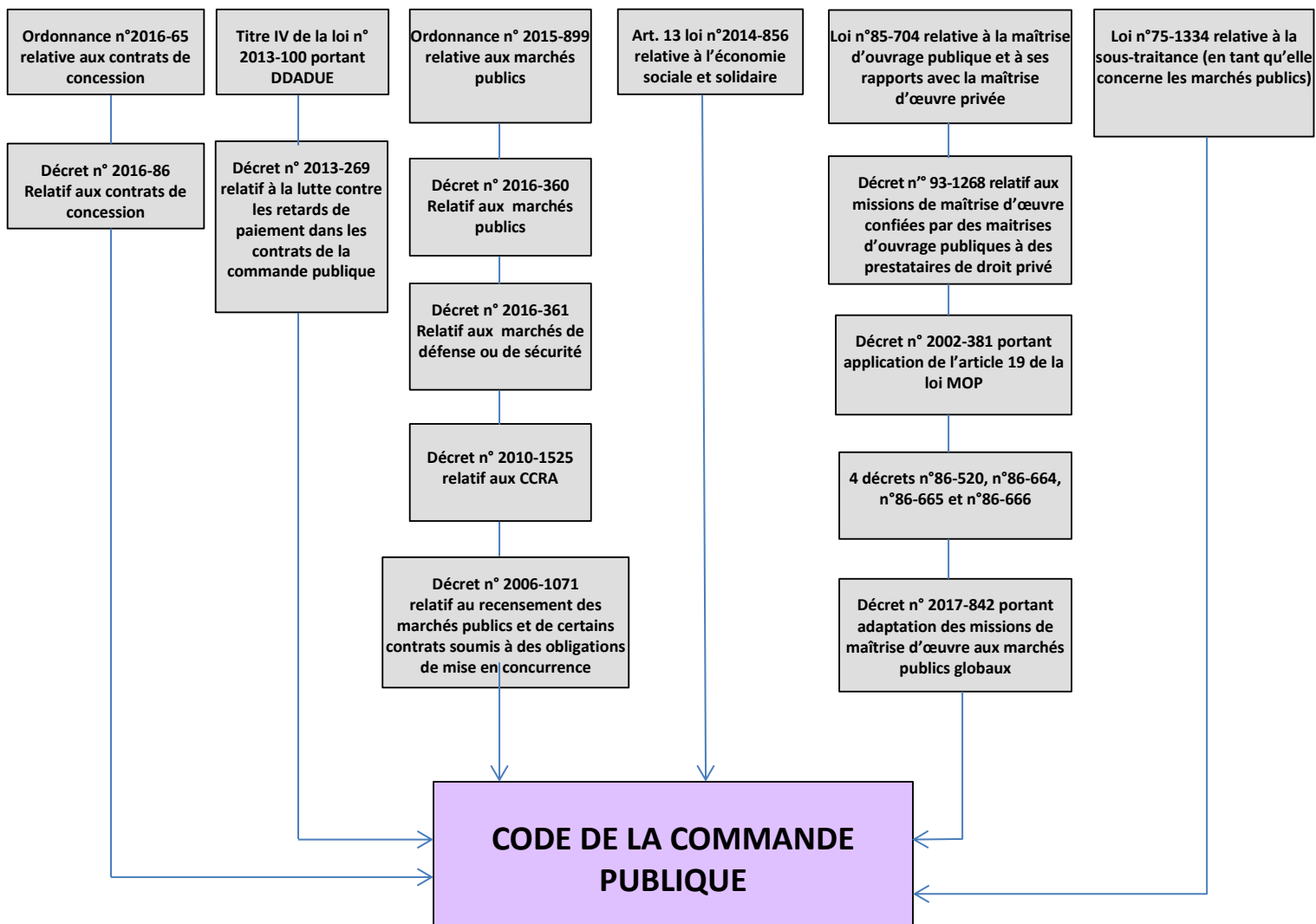
A noter que le CCP est une codification à droit constant (compilation de textes préexistants sans innovation juridique majeure).

L'objet du présent mémo est de signaler les points importants de ce nouveau code pour la profession, concernant les seuls Marchés de Défense ou de Sécurité (MDS) passés par des pouvoirs adjudicateurs, assortis, le cas échéant, d'alertes ou de recommandations.

I. Présentation Générale du CCP

Le code se veut un outil facile à utiliser au quotidien par les acteurs de la commande publique.

1. A une trentaine de textes épars se substitue un texte unique de 1747 articles



2. Le CCP se compose d'un titre préliminaire et de trois parties

Le titre préliminaire, composé des articles L.1 à L.6, comporte les grands principes communs à tous les contrats de la commande publique, constitutifs en quelque sorte de son identité.

Le code comprend ensuite trois parties :

- la partie 1 précise le **champ d'application** du code. Il en exclut les contrats relatifs aux transferts de compétences ou de responsabilités entre autorités contractantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles, les subventions et les occupations domaniales. Elle fixe un certain nombre de **définitions** (marchés, concessions, pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice, opérateur de réseaux, etc.) ;
- la partie 2 est consacrée aux **marchés publics** et est divisée en cinq livres : le premier comprenant les dispositions générales, les autres étant consacrés, dans l'ordre, aux dispositions spécifiques des marchés de partenariat, des marchés de défense ou de sécurité, des marchés liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée et enfin des « autres marchés publics » (cf. *infra*) ;
- la partie 3 est consacrée aux **concessions**.

(voir tableau ci-après)



CIDEF

TITRE PRELIMINAIRE 6 ARTICLES	1 ^{ère} PARTIE : DEFINITION ET CHAMP D'APPLICATION	2 ^{ème} PARTIE : MARCHES PUBLICS	3 ^{ème} PARTIE : CONTRATS DE CONCESSION
<p>Affirmation de l'unité du droit de la commande publique :</p> <ul style="list-style-type: none">• Libre choix du mode de gestion• Principes fondamentaux et leurs corollaires• Règles générales applicables aux contrats administratifs	<ul style="list-style-type: none">• LIVRE I : Contrats de la commande publique• LIVRE II : Acteurs de la commande publique• LIVRE III : Contrats mixtes• LIVRE IV : Dispositions relatives à l'outre-mer	<p>LIVRE PRÉLIMINAIRE : Marchés publics mixtes</p> <ul style="list-style-type: none">• LIVRE I : Dispositions générales• LIVRE II : Dispositions propres aux marchés de partenariat• LIVRE III : Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité¹• LIVRE IV : Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée• LIVRE V : Autres marchés publics• LIVRE VI : Dispositions relatives à l'outre-mer	<p>LIVRE PRÉLIMINAIRE: Contrats de concession mixtes</p> <ul style="list-style-type: none">• LIVRE I : Dispositions générales• LIVRE II : Autres contrats de concession• LIVRE III : Dispositions relatives à l'outre-mer

¹ Les dispositions du LIVRE III relatif aux MDS ne sont pas toutes autoportées et font par conséquent souvent l'objet d'un renvoi aux dispositions du LIVRE I relatif aux « Dispositions générales ». Aussi dans la suite du document il peut être fait référence à certains articles du LIVRE I, qui s'appliquent également aux MDS.

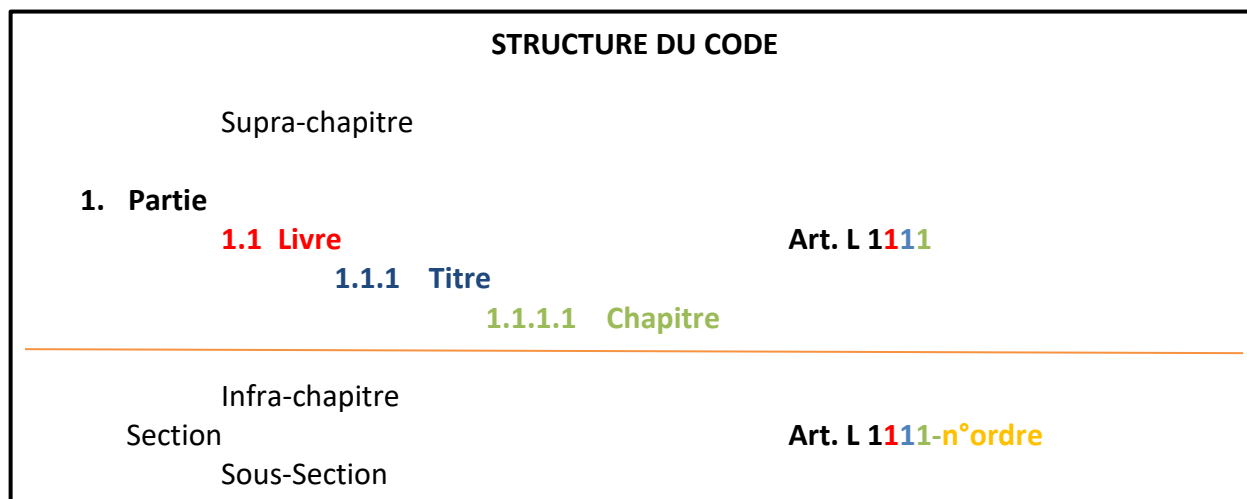
3. Arborescence « Parties Réglementaire et Législative »

Le CCP est organisé en : **parties**, **livres**, **titres**, **chapitres**, sections, sous-sections, éventuellement paragraphes.

Le plan de chacune des parties suit la chronologie de la vie des contrats : préparation choix de la procédure, engagement de la procédure, examen des candidatures puis des offres, attribution, exécution.

La numérotation des articles établit une correspondance avec le découpage et entre articles L et R.

- Exemple : art. **L2196-4** : Contrôle des coûts de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics : **L** (législatif) **2** (2ème partie) **1** (Livre I) **9** (titre IX) **6** (chapitre 6) – 4 (4ème article).
- Exemple : art. **L2396-3** : Contrôle des coûts de revient des marchés de défense ou de sécurité de l'Etat et de ses établissements publics : **L** (législatif) **2** (2ème partie) **3** (Livre III) **9** (titre IX) **6** (chapitre 6) – 3 (3ème article).
- Exemple : art. **R2196-8** : Contrôle des coûts de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics : **R** (réglementaire) **2** (2ème partie) **1** (I) **9** (titre IX) **6** (chapitre 6) – 8 (8ème article).



II. **Champ d'application du CCP**

Le CCP s'applique aux contrats de la commande publique à savoir :

- les marchés publics,
- les concessions.

Au titre de l'article L1110-1 du CCP les marchés publics sont : « *Les marchés, marchés de partenariat et marchés de défense ou de sécurité.* »

Le Code s'applique aussi aux marchés exclus (dit « hors Ordonnance ») de l'Ordonnance 2015 dorénavant appelés « *Autres Marché Publics* » et pour lesquels des règles spécifiques sont définies au Titre II du Livre V :

- Délais de paiement,
- I et III de la Loi n°75-1334 relative à la sous-traitance,
- Résiliation unilatérale,
- Règlement amiable des différends à l'exception du Comité Consultatif National de Règlement Amiable (CCNRA).

III. **Points importants du CCP**

1. **La procédure avec négociation**

La procédure négociée avec publicité préalable s'appelle désormais procédure avec négociation, sans changement sur ses modalités de mise en œuvre (art. L2324-3 du CCP).

2. **L'Accord-cadre n'est plus un type de marché mais une technique d'achat (art. L2325-1 du CCP)**

3. **La Consécration de certains principes jurisprudentiels**

Plusieurs grands principes jurisprudentiels applicables aux contrats administratifs sont désormais inscrits dans le texte du CCP, comme par exemple le pouvoir de contrôle de la personne publique sur l'exécution du contrat, ou l'obligation pour les contrats portant sur un service public de respecter le principe de continuité du service public (L 6 du CCP).

Surtout, le code encadre désormais textuellement 4 thèmes traditionnellement jurisprudentiels :

- Le droit à indemnisation du titulaire en cas d'événement extérieur, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat (imprévision codifiée au 3° du L 6 du CCP). Il s'agit a priori d'une force majeure d'une intensité moindre que celle

permettant d'obtenir la résiliation avec indemnité du contrat, laquelle doit en principe bouleverser définitivement l'équilibre dudit contrat (CE 14 juin 2000 commune de Staffelfelden, req. n° 184722 : publié au Rec. CE) ;

- Le droit du titulaire au maintien de l'équilibre financier du contrat ;
- Le pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs ;
- Les conditions de résiliation unilatérale des contrats de la commande publique.

Dans les deux derniers cas, le droit à indemnisation est conditionné à des modalités qui doivent impérativement figurer au marché.

4. La codification de la définition jurisprudentielle de l'offre anormalement basse

L'article L 2152-5 du CCP définit l'offre anormalement basse : c'est l'offre dont le prix est manifestement sous-évalué, et ce indépendamment de l'écart de prix avec les offres concurrentes, et de nature à compromettre la bonne exécution du marché public (codification de la Jurisprudence).

Une offre anormalement basse doit être obligatoirement rejetée.

5. Les nouveautés relatives au contrôle des coûts

La Loi de Programmation Militaire (LPM) du 13 juillet 2018 a modifié les dispositions relatives au contrôle des coûts de revient avec un triple objectif :

- permettre à l'acheteur d'étendre les obligations issues du contrôle des coûts à l'ensemble des entreprises contribuant significativement aux dépenses d'exécution du marché public, et non au seul titulaire,
- étendre le champ d'application du contrôle des coûts aux marchés qui, bien que conclus après mise en concurrence, ont pour objet des prestations complexes et dont la durée d'exécution est supérieure à 5 ans,
- autoriser les acheteurs à réaliser une enquête de coût préalable à la notification d'un marché conclu sans mise en concurrence (contrôle *a priori*).
-

Les **entreprises contribuant significativement aux dépenses d'exécution du marché** sont :

- Les entreprises liées²
- Les sous-traitants
- Les fournisseurs

² Sont des entreprises liées au titulaire :

1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux du titulaire ;

2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante du titulaire au sens du deuxième alinéa de l'article [L. 1212-2](#) du CCP;

3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur le Titulaire au même sens ;

4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur le Titulaire au même sens

- (i) Le CCP (articles L 2396-3 et 4 et R2396-5) précise que sont soumis aux obligations d'enquêtes les entreprises liées au titulaire, les sous-traitants et fournisseurs lorsqu'ils réalisent, une part supérieure à 10% du montant du marché et d'un montant supérieur à 10 millions d'euros HT, sauf stipulation contraire du marché.

Point d'attention : Etre très vigilant dans la négociation de la clause d'obligation comptable des marchés afin de se prémunir d'éventuelles difficultés auprès de certains fournisseurs, par exemple dégagement de responsabilité en cas de fourniture de renseignements erronés, ou possibilité d'informer le pouvoir adjudicateur en cas de refus d'un fournisseur d'accepter la clause.

- (ii) le client public peut, pour autant qu'il prévoit dans les documents de consultation l'obligation d'enquête et les sanctions en cas de manquement à cette obligation, exiger une Enquête de Coût *A Priori* (EAP) avant la notification d'un marché conclu sans mise en concurrence. Cette enquête lui permet de demander toute information qu'il jugera nécessaire à sa bonne analyse de la proposition commerciale (Articles L 2396-3 et 4).

Des discussions en cours entre le CIDEF et le BEDC devraient préciser la méthodologie à suivre lors de ces enquêtes.

En ce qui concerne les autres marchés publics, cette possibilité d'EAP n'est pas prévue par le CCP, mais la DGA, comme elle faisait déjà avant la LPM, l'exige néanmoins sur ce type de marchés.

6. La Sous-traitance et le paiement direct, et les conditions d'agrément

Pour les « autres marchés publics », le Code n'impose pas l'application du titre II de la loi n° 75-1334 du 31 Décembre 1975 relatif à l'obligation de paiement direct ; il semblerait pour autant que la DGA avec l'accord de l'Agence Comptable des Services Industriels de l'Armement (ACSIA), souhaite continuer à procéder au paiement direct de certains sous-traitants si les circonstances le justifient. Dans ce cas, les règles de paiements directs pour les marchés publics s'appliqueraient. Ceci reste à vérifier au cas par cas.

Vigilance : mettre en place, sous risque de nullité du sous-contrat, la garantie bancaire prévue par la loi de 75 sur la sous-traitance.

Pour les Marchés de Défense ou de Sécurité, de par l'article R 2393-26, l'acceptation des sous-traitants non admis au paiement direct, n'est plus conditionnée à l'agrément par la DGA de leurs conditions de paiement.

Cela laisse donc une certaine latitude dans le niveau de renseignement des DC4.

7. L'Intégration de dispositions sur le règlement alternatif des différends

Désormais, le CCP prévoit les modes de règlement des différends suivants : conciliation, médiation, transaction, arbitrage.

On peut considérer que leur recours est à privilégier pour régler les différends entre acteurs de la commande publique.

En ce qui concerne plus spécifiquement le CCNRA, celui-ci n'est plus reconnu comme instance de règlement amiable pour les « autres marchés publics » L 2521-4 du CCP.

8. Les modifications en cours d'exécution ne nécessitant pas de nouvelle procédure de mise en concurrence du marché (art. L2194-1 du CCP)

Pour clarifier la compréhension, les cas de recours aux modifications ont été réécrits, six cas sont prévus :

- (i) Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux.
- (ii) Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ; L'acheteur peut inclure dans un marché existant des travaux, services ou fournitures supplémentaires qui sont devenues nécessaires :
 - Quel que soit leur montant, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial,
 - Dans la limite de 50 % du montant initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Les modifications ne doivent pas être effectuées dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et mise en concurrence.

- (iii) Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues : L'acheteur peut modifier le marché lorsqu'il est confronté à des circonstances qu'il ne pouvait pas prévoir (ce cas s'apparente à la notion de sujétions techniques imprévues). Les conditions d'applicabilité de ces modifications sont identiques à celles spécifiées au (ii).

- (iv) Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ; La cession d'un marché au profit d'un nouveau titulaire est admise dans les deux cas suivants :

- lorsqu'elle intervient en application d'une clause de réexamen ;
- lorsqu'elle intervient à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial (rachat, fusion, acquisition ou insolvabilité) à la double condition que :
 - La cession du marché n'entraîne pas d'autres modifications substantielles ;
 - La cession du marché ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et mise en concurrence.

Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

(v) Les modifications ne sont pas substantielles :

Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. Une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- Introduction de 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 ;
- Modification de l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- Modification considérable de l'objet du marché ;
- Modification qui a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au cas de substitution.

(vi) Les modifications sont de faible montant : Chaque modification ne doit pas excéder 10% du montant du marché initial s'il s'agit d'un marché de services et de fournitures (15% du montant pour un marché de travaux) et ne doit pas dépasser les seuils européens de passation des procédures formalisées.

9. Les marchés innovants

Création d'une expérimentation de trois ans permettant aux acheteurs de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables pour leurs achats innovants d'un montant inférieur à 100 000€ afin de soutenir l'innovation dans la commande publique.

10. Les mesures en faveur des PME

Dispositions en faveur des petites et moyennes entreprises (ci-après « PME ») pour les marchés passés par l'Etat :

- Taux de l'avance porté à 20 % au lieu de 5% initialement pour les PME titulaires de marchés ou sous-traitants admis au paiement direct (art. R2191-7 du CCP) ;



CIDEF

- Taux de retenue de garantie de 3% maximum pour les PME titulaires (art. R2191-33 du CCP).

Précision sur la révision des prix :

Le CCP (art. R2112-13) instaure l'obligation pour les acheteurs de prévoir une révision des prix dans le cas de marchés où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.

11. La fin des Ordre de service à 0 euros (art 195 Loi PACTE)

La loi relative au plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (dite Loi PACTE) publiée le 23 mai 2019 prévoit l'insertion des dispositions suivantes au CCP en matière d'ordre de service : « *Art. L. 2194-3³.ⁱ – Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat. »*

³ Pour rappel, l'article L 2194-3, qui relève du Livre I du CCP, relatif aux « Dispositions générales », s'applique aussi aux MDS.