



Olivier Bonneau



Mélissa Rivière



Nicolas Jarroux

BULLETIN – DROIT PUBLIC IMMOBILIER

Les conséquences de la loi ELAN sur les règles de la commande publique

La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant *évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, dite « **ELAN** », emporte de très nombreuses modifications pour les acteurs publics et privés de l'immobilier. Si le droit de la commande publique n'est certainement pas la matière ayant subi le plus de changements, la loi « **ELAN** » y apporte cependant certaines nouveautés d'ampleur, s'agissant notamment des règles propres à la **maîtrise d'ouvrage publique**. D'autres novations relatives à la procédure même de **passation des marchés publics**, bien que moins structurelles, s'imposent désormais aux acheteurs publics et opérateurs économiques.

I. RESTRICTION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI MOP

Net recul de la maîtrise d'ouvrage publique

Se prévalant de l'objectif, devenu un poncif, de maîtrise des coûts que ne permettrait pas la loi « **MOP** » du 12 juillet 1985, des modifications notables ont été apportées à celle-ci.

En premier lieu, la réalisation des ouvrages d'infrastructures situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national (OIN) ou d'une grande opération d'urbanisme (GOU) au sens de l'article L. 312-2 du code de l'urbanisme, ne sera plus soumise obligatoirement à la maîtrise d'ouvrage publique de ces travaux.

En second lieu, si les OPHLM demeurent soumis au titre premier* de la loi de 1985 précisant les obligations du maître d'ouvrage public, ils se voient désormais dispensés du respect du titre deuxième* concernant la **mission de maîtrise d'œuvre** confiée à une personne privée.

L'extension du marché de conception-réalisation

Si les organismes d'HLM, ainsi que les SEM en produisant, pouvaient déjà recourir aux **marchés de conception-réalisation** sans avoir à le justifier par des motifs d'ordre technique ou tenant à l'amélioration de l'efficacité énergétique, cette exception ne devait être que temporaire. Il est désormais prévu que cette exception perdurera après le 31 décembre 2021. En revanche, les CROUS pourront, quant à eux, y recourir seulement jusqu'à cette date butoir.

Surtout, l'article 69 de la loi « **ELAN** » crée une nouvelle possibilité d'avoir recours à ces marchés, et ce, quelle que soit la qualité du pouvoir adjudicateur, pour assurer la construction d'un bâtiment neuf plus vertueux que la réglementation thermique en vigueur. En cette hypothèse, des motifs d'ordre technique ou tenant à l'amélioration de l'efficacité énergétique devront cependant être démontrés.

À noter

L'article 69 de la loi « **ELAN** » crée également une nouvelle hypothèse de recours au marché de conception-réalisation, uniquement jusqu'au 31 décembre 2022, en vue de l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques, et ce, sans devoir justifier des motifs classiquement exigés.

* Pour rappel, le titre I de la loi « **MOP** » pose les missions de la maîtrise d'ouvrage publique que les OPHLM devront toujours respecter, à savoir, s'assurer notamment de la faisabilité de l'opération, déterminer la localisation ou encore d'en assurer le financement. Quant au titre II auquel ils ne seront plus soumis, celui-ci impose de recourir à une équipe pluridisciplinaire unique, une mission de base à confier au maître d'œuvre (de la conception à l'extinction de la garantie de parfait achèvement), ou encore au principe de la rémunération forfaitaire.

II. MODIFICATIONS DES RÈGLES PROCÉDURALES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

L'abandon de l'obligation de recourir à la procédure de concours

L'article 88 supprime l'obligation de recourir à la procédure de concours pour la passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre des organismes d'habitations à loyer modéré, des SEM de construction et gestion de logements sociaux agréés, ainsi que des CROUS.

Toutefois, la publication de l'ordonnance n° 2018-1074 portant partie législative du code de la commande publique (CCP) semble déjà remettre en cause cette évolution. En effet, le futur article L. 2172-1 de ce code généralise l'obligation de concours, sans qu'aucune exception ne soit prévue au profit des organismes publics et privés d'habitation à loyer modéré (Cf. art. L. 2411-1, CCP).

Les semaines à venir nous diront s'il s'agit d'une erreur de codification, ou si le gouvernement n'entend en réalité faire profiter les organismes d'HLM de cette exception que jusqu'au 1er avril 2019 (date d'entrée en vigueur du CPP).

Clarification des règles applicables aux commissions d'appel d'offres

Le CGCT se voit modifié pour poser le principe selon lequel seuls les marchés publics passés selon une procédure formalisée et dont la valeur est supérieure aux seuils imposant le recours à cette procédure doivent être attribués après la réunion d'une **commission d'appel d'offre** (art. L. 1414-2 CGCT). Cela met fin à l'incertitude sur le point de savoir si la seule valeur du marché suffit, ou non, pour imposer l'intervention de ces commissions d'appel d'offres.

Dans le même temps, le législateur **unifie le régime** des commissions d'appel d'offres des organismes publics et privés d'habitations à loyer modéré, en soumettant les premiers aux dispositions du CCH (Cf. article R. 433-6).

Ces nouvelles dispositions sont applicables à l'ensemble des marchés dont la procédure a été lancée postérieurement au 24 novembre 2018.

Département droit public immobilier & énergie

Olivier Bonneau, associé, docteur en droit public, spécialiste en droit public et de l'urbanisme

Jean Gourdou, avocat, professeur agrégé de droit public

Fabien Tesson, maître de conférence en droit public

Fanny Clerc, avocat

Mélissa Rivière, avocat

Laura Descubes, avocat

Nathalène Laquieze, avocat

Alice Darson, avocat, docteur en droit public

Simon Guirriec, juriste

Emilie Fabre, juriste

Nicolas Jarroux, juriste