

CONCERTATION PUBLIQUE

Observations sur le projet de décret relatif aux marchés publics

**Auteur : Dominique Fausser**, consultant juridique, ancien directeur territorial et également adjoint au maire d'une commune rurale

Extrait du projet de décret	Observations	Proposition de modification (en rouge)
<p>CHAPITRE II - ALLOTISSEMENT  <b>Article 11</b>                      ...                      II.- L'acheteur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en oeuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.</p>	<p>Se limiter à sélectionner uniquement sur un critère nombre de lot est absurde si les lots sont d'importance inégale.                      Exemple pour 5 lots en valeur                      Lot 1 : 1.000                      Lot 2 : 1.000                      Lot 3 : 1.000                      Lot 4 :10. 000                      Avec l'hypothèse d'une clause de nombre limité de 2 lots, pourquoi d'attribuer à une entreprise les trois premiers lots (3.000 € cumulés) et permettre à une autre d'attribuer les lots 3 et 4 (11.000 €). C'est une inégalité de traitement.                      Pouvoir définir une limite par montant cumulé de lots est en outre en cohérence avec l'article 44-III (chiffre d'affaires minimal calibré par cumul de montant de lots)</p>	<p>CHAPITRE II - ALLOTISSEMENT  <b>Article 11</b>                      ...                      II.- L'acheteur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots ou le montant maximal d'attribution de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire . Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en oeuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre ou un montant de lots supérieur au nombre ou montant maximal.</p>
<p><b>Section 1 - Clauses obligatoires dans les marchés publics écrits</b>  <b>Article 14</b>                      I.- Les marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à 25 000 Euros HT sont conclus par écrit et contiennent des clauses qui précisent :</p>	<p>Certaines textes imposent un contrat écrit quel que soit le montant du marché (maîtrise d'œuvre privé en loi « MOP », contrats de voyages, etc.)</p>	<p>I.- Les marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à 25 000 Euros HT, ou une si disposition légale ou réglementaire l'exige, sont conclus par écrit et contiennent des clauses qui précisent</p>
<p><b>Section 2 - Durée</b>  <b>Article 15</b>                      ...</p>	<p>Le Conseil d'Etat avait estimé que la reconduction ne faisait pas naître un nouveau marché, mais quelle constituait une décision de poursuivre, la non-reconduction étant alors l'exercice de prérogative de</p>	<p>Section 2 - Durée                      Article 15                      ...</p>

<p>II.- Un marché public peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché public.</p> <p>Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché public est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.</p>	<p>puissance publique de mettre un terme à la poursuite de l'exécution du marché (CE, 23 février 2005, N° 264712, 265248, 265281, 265343, ATMMMP et autres).</p> <p>Or, ce décret s'adresse désormais à des personnes de droit public, mais aussi à des personnes de droit privé régies par le Code civil et le Code de commerce (telles que des sociétés d'économie mixte)</p> <p>Pour ces personnes de droit privé, la résiliation unilatérale est considérée comme une condition potestative illégale, car violant les articles 1170 et 1174 du Code civil (Cour de cassation, civile, Ch. com., 20 septembre 2011, n°10-30.567, Sté ESSO)</p>	<p>II.- Un marché public peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché public.</p> <p>Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans un marché public administratif est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.</p>
<p><b>Article 16</b></p> <p>...</p> <p>Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés publics aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production.</p>	<p>Le terme « prestations » est trop restrictif : une fourniture n'est pas une prestation</p>	<p><b>Article 16</b></p> <p>...</p> <p>Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés publics aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité et de réduire les coûts de production.</p>
<p><b>Article 16</b></p> <p>...</p> <p>III.- Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Toutefois, il est actualisable dans les conditions définies ci-dessous.</p> <p>Un marché public est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.</p> <p>Lorsqu'un marché public est conclu à prix ferme pour</p>	<p>idem</p>	<p><b>Article 16</b></p> <p>...</p> <p>III.- Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Toutefois, il est actualisable dans les conditions définies ci-dessous.</p> <p>Un marché public est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution du marché.</p> <p>Lorsqu'un marché public est conclu a prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour</p>

<p>des <a href="#">fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux</a>, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment :</p> <p>1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution <a href="#">des prestations</a> ;</p> <p>2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution <a href="#">des prestations</a>.</p> <p>Lorsqu'un marché public est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, il peut prévoir que son prix pourra être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus.</p> <p>Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.</p> <p>Dans les marchés publics à tranches, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées par les troisième à sixième alinéas du présent III. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution <a href="#">des prestations</a> de la tranche.</p> <p>Pour l'application de ces dispositions, sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché public.</p>		<p>des travaux, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment :</p> <p>1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution <a href="#">du marché</a> ;</p> <p>2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution <a href="#">du marché</a>.</p> <p>Lorsqu'un marché public est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, il peut prévoir que son prix pourra être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus.</p> <p>Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.</p> <p>Dans les marchés publics à tranches, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées par les troisième à sixième alinéas du présent III. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution <a href="#">de la tranche</a>.</p> <p>Pour l'application de ces dispositions, sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché public.</p>
<p><b>Article 19</b></p> <p>La valeur estimée du besoin est calculée sur la base du montant total <a href="#">hors taxe</a> du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les reconductions.</p>	<p>Le droit européen de la commande publique a toujours été invariable, les seuils s'apprécient <a href="#">hors TVA et non hors taxes</a></p>	<p><b>Article 19</b></p> <p>La valeur estimée du besoin est calculée sur la base du montant total hors <a href="#">taxe sur la valeur ajoutée</a> du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les</p>

<p>Lorsque l'acheteur prévoit des primes au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour ce calcul.</p>		<p>reconductions. Lorsque l'acheteur prévoit des primes au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour ce calcul.</p>
<p>1° En ce qui concerne les marchés publics de travaux, sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une <b>opération</b> ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.</p>	<p>La terme exacte est « <b>ouvrage</b> » au sens des directives européenne, terme d'ailleurs utilisé à l'article 5 de l'ord. n°0169 du 24 juillet 2015  « 2° <i>Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un <b>ouvrage</b> répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.</i>  <i>Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »</i></p>	<p>1° En ce qui concerne les marchés publics de travaux, sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à un même <b>ouvrage</b> ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.</p>
<p>2° En ce qui concerne les marchés publics de fournitures ou de services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des produits ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes <b>soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.</b></p>	<p>J'ai toujours critiqué dans les anciens code des marchés publics la découpe par notion d'unité fonctionnelle au sein d'une même entité commanditaire et d'autant plus que, désormais, les considérants 19 et 20 de la directive 2014/24 situent un tel découpage uniquement lorsque l'entité est autonome par le biais de l'unité opérationnelle (et le cas est déjà réglé à l'article 16 du projet de décret.)</p> <p><i>« (19) Il convient de préciser que, aux fins de l'estimation de la valeur d'un marché, toutes les recettes doivent être prises en compte, qu'elles proviennent du pouvoir adjudicateur ou de tiers. Il convient également de préciser que, aux fins de l'estimation des seuils, on devrait entendre par «fournitures homogènes», des produits destinés à des usages identiques ou similaires tels que la fourniture d'une gamme de denrées alimentaires ou de différents articles de mobilier de bureau. En règle générale, un opérateur économique exerçant des activités dans le domaine concerné devrait vraisemblablement disposer de ces fournitures dans sa <b>gamme normale</b> de produits.</i></p>	<p>2° En ce qui concerne les marchés publics de fournitures ou de services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des produits ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes <b>en rasons de leurs usages identiques ou similaires.</b></p>

	<p><i>(20) Aux fins de l'estimation de la valeur d'un marché donné, il convient de préciser qu'il devrait être permis de baser l'estimation de la valeur sur une subdivision du marché uniquement lorsque cela est justifié par des motifs objectifs. Par exemple, il pourrait être justifié d'estimer la valeur d'un marché au niveau d'une unité opérationnelle distincte du pouvoir adjudicateur, comme une école ou un jardin d'enfants, à condition que l'unité en question soit responsable de manière autonome de ses marchés. On peut considérer que tel est le cas lorsque l'unité opérationnelle distincte mène de manière autonome les procédures de passation de marché et prend les décisions d'achat, dispose d'une ligne budgétaire séparée pour les marchés concernés, conclut le marché de manière autonome et assure son financement à partir d'un budget dont elle dispose. Une subdivision ne se justifie pas lorsque le pouvoir adjudicateur organise simplement la passation d'un marché de manière décentralisée. »</i></p>	
<p><b>Section 3 - La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables</b></p> <p><b>Article 30</b></p> <p>...</p> <p>3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, pour l'une des raisons suivantes :</p> <p>a) L'objet du marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une oeuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;</p> <p>b) Pour des raisons tenant à l'absence de concurrence pour des raisons techniques ;</p> <p>c) Pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle ;</p>	<p>Manque la précision de l'article 32 de la directive 2014/24 et 50 de la directive 2014/25 (reproduit en rouge dans ma proposition)</p>	<p><b>Section 3 - La procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables</b></p> <p><b>Article 30</b></p> <p>...</p> <p>3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, pour l'une des raisons suivantes :</p> <p>a) L'objet du marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une oeuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;</p> <p>b) Pour des raisons tenant à l'absence de concurrence pour des raisons techniques ;</p> <p>c) Pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle ;</p> <p>Les exceptions indiquées aux points b) et c) ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que</p>

		l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres du marché ;
<p><b>Article 41</b></p> <p>I. - À compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1er octobre 2018 pour tous les autres acheteurs, toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par voie électronique.</p>	<p>Il existe beaucoup de communes rurales qui ont une structure organisationnelle totalement inadaptée aux exigences protocolaires de la dématérialisation.</p> <p>En outre, les marchés inférieurs à 25.000 € HT sont dispensés d'écrit (art.14) de publicité et de mise en concurrence (art. 27 au III 3°), il est donc illogique de les soumettre à des protocoles de dématérialisation de leurs échanges.</p>	<p><b>Article 41</b></p> <p>I. - À compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1er octobre 2018 pour tous les autres acheteurs, toutes les communications et tous les échanges d'informations <b>des marchés supérieurs au seuil de 3° du II de l'article de l'article 27</b> sont effectués par voie électronique.</p>
<p><b>Sous-section 4 - Offres anormalement basses</b></p> <p><b>Article 57</b></p> <p><b>I. - ...</b></p> <p>Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :</p> <p>...</p> <p>4° <b>La réglementation</b> applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations</p> <p>5° L'obtention éventuelle d'une <b>aide d'État</b> par le soumissionnaire.</p> <p>...</p> <p><b>III.-</b> L'acheteur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention <b>d'une aide d'État</b> par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.</p>	<p>Le terme « <b>réglementation</b> » est trop restrictif et en l'espèce dans la structure même du texte du décret le rend incohérent.</p> <p>Selon le lexique des termes juridique, le vocable « législation » qui comprend à son acceptation large l'ensemble des sources de droit est plus approprié. <b>C'est d'ailleurs ce terme de « législation » qui a été utilisé l'article 56</b></p> <p><i>« Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. »</i></p> <p>Utiliser deux termes différents pour le même type de matière juridique visé (social et environnemental) pourrait alors signifier qu'il faudrait les prendre chacun à leur sens strict (norme législative ou norme réglementaire), ce qui est incohérent.</p> <p>En outre, « <b>aide d'Etat</b> » au sens du droit européen, signifie « aide publique » au sens du droit national, le droit européen englobant dans la notion d'Etat tous ses démembrements (y compris les collectivités locales)</p>	<p><b>Sous-section 4 - Offres anormalement basses</b></p> <p><b>Article 57</b></p> <p><b>I. - ...</b></p> <p>Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :</p> <p>...</p> <p>4° <b>La législation</b> applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations</p> <p>5° L'obtention éventuelle d'une <b>aide publique</b> par le soumissionnaire.</p> <p><b>III.-</b> L'acheteur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention <b>d'une aide publique</b> par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.</p>
<p><b>Article 130</b></p> <p>...</p> <p>Lorsque le montant de la sous-traitance apparaît</p>	<p><b>Disposition ambiguë</b> dans ses effets et il est nécessaire d'éclaircir le lien entre refus du sous-traitant et effets sur la candidature ou soumission, lien désormais plus</p>	<p>...</p> <p>Lorsque le montant de la sous-traitance apparaît anormalement bas, l'acheteur met en oeuvre les</p>

<p>anormalement bas, l'acheteur met en oeuvre les dispositions de l'article 57. La notification du marché public emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ;</p>	<p>aisé à mettre en œuvre dans ce projet de décret (on dispose désormais d'une vision globale de l'admissibilité d'un sous-traitant puisque les offres peuvent être examinées avant ou simultanément aux candidatures).</p>	<p>dispositions de l'article 57. <b>Lorsqu'un candidat présente à son offre un sous-traitant qui ne répond pas aux conditions de participation définies à l'article 52 ou lorsqu'un soumissionnaire présente un sous-traitant dont le contrat ne peut être acceptée en raison de son montant anormalement, l'acheteur rejette la candidature du candidat ou l'offre ou soumissionnaire</b></p> <p>La notification du marché public emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement</p>
<p><b>Article 144</b> ... II.- Afin d'atteindre les objectifs fixés a l'article L. 100-4 du code de l'énergie et a l'article L. 111-10 du code de la construction et de l'habitation, il peut être recouru à un marché de partenariat quel que soit son montant lorsque le contrat <b>comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique</b> et prévoit que la rémunération du titulaire est déterminée en fonction de l'atteinte de ces objectifs.</p>	<p><b>Définition beaucoup trop large</b>, sinon tous les acheteurs pourraient faire en sorte que n'importe quelle construction neuve de bâtiment répond à ces conditions, <b>ce qui n'est pas l'esprit du droit européen</b>. A réserver par exemple pour des opérations de réhabilitation énergétiques, ou concernant de la construction neuve, sur un lot de maîtrise d'œuvre dédiée spécifiquement à la performance énergétique et certains lots techniques de travaux tels que isolation / chauffage,</p>	<p><b>Article 144</b> ... II.- Afin d'atteindre les objectifs fixés a l'article L. 100-4 du code de l'énergie et a l'article L. 111-10 du code de la construction et de l'habitation, il peut être recouru à un marché de partenariat quel que soit son montant lorsque <b>le marché ou le lot répond à un besoin principalement énergétique, comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique</b> et prévoit que la rémunération du titulaire est déterminée en fonction de l'atteinte de ces objectifs.</p>