|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Logo : Sénat français  **commission des lois** | **Projet de loi**  **Ratification ordonnance marchés publics**  (1ère lecture)  (n° 105 ) | **N° COM-33**  14 mars 2016 |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **AMENDEMENT**  *présenté par* |  | |  | | --- | | Adopté | |
| M. BONNECARRÈRE  **ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS ARTICLE UNIQUE** | | | |

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Après l'article 100 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, il est inséré un article additionnel ainsi rédigé :

À l’article 432-14 du code pénal :

après le mot :

« susmentionnées »

rédiger ainsi la fin de cet article :

« , d'avoir en connaissance de cause et en vue de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié, octroyé cet avantage injustifié, par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les contrats de concession. »

**Objet**

Le présent amendement vise à réformer le délit de favoritisme conformément à la proposition 18 du rapport adopté à l’unanimité par la mission commune d’information sur la commande publique en octobre 2015, en en précisant la rédaction et en élargissant son champ d’application.

Lors de ses travaux, la mission commune a constaté que les acheteurs publics perçoivent avec une crainte disproportionnée ce délit dans la mesure où la Cour de cassation l’a interprété de manière très extensive. Ainsi, la moindre méconnaissance des règles applicables aux marchés publics peut être poursuivie sur ce motif sans qu’il soit nécessaire de démontrer que l’acheteur a délibérément souhaité favoriser une entreprise au détriment d’une autre.

Il en résulte un climat de défiance qui nuit à la qualité de l’achat public.

Ce climat de défiance a des conséquences économiques défavorables puisque les acheteurs publics n’utilisent pas complètement les ressources du droit de la commande publique au service de l’intérêt général et du bon fonctionnement de l’économie. Cette situation est d’autant plus regrettable que le nombre de condamnations pénales reste heureusement très limité et stable.

Les auteurs de l’amendement rappellent, en outre, que les erreurs matérielles dans l’application des règles de la commande publique relèvent déjà du juge administratif qui peut notamment ordonner l’annulation du contrat.

Il convient à cet égard de rappeler que si la compétence du juge administratif était historiquement très limitée dans le droit des marchés publics (le contentieux était limité au recours pour excès de pouvoir à l’encontre des décisions des collectivités publiques), cette compétence est aujourd’hui une compétence de droit commun.

Reprenant une préconisation du président de la HATVP dans son rapport « Renouer avec la confiance publique », cet amendement vise donc à recentrer le délit de favoritisme sur son objectif initial : punir une volonté manifeste de favoriser une entreprise.

Loin de supprimer le délit de favoritisme, il étendrait d’ailleurs son périmètre en y insérant l’ensemble des contrats de la commande publique, y compris les concessions de travaux, les concessions de services « non publics » et les marchés de partenariat.

La préconisation du président de la HATVP est d’autant plus justifiée que les trois directives européennes de février 2014, actuellement en cours de transcription par voie d’ordonnances, demandent aux acheteurs publics, pour une meilleure qualité de la commande publique, de s’informer en amont sur l’état du marché, les types de produits ou de technologies disponibles, les entreprises susceptibles de répondre. Cette pratique nouvelle, dite du « sourçage », justifie a fortiori la nouvelle rédaction proposée.

\*

|  |  |
| --- | --- |
| **Projet de loi**  **Ratification ordonnance marchés publics**  (1ère lecture)  (n° 105 ) | **N° COM-18**  10 mars 2016 |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **AMENDEMENT**  *présenté par* |  | |  | | --- | | Adopté | |
| M. MARIE  **ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS ARTICLE UNIQUE** | | | |

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Au cinquième alinéa du 3° du II de l’article 101 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, après les mots : « *à l'exception des marchés publics passés par* », sont insérés les mots : « *les offices publics de l’habitat pour lesquels la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la commission d’appel d’offres sont fixés par décret en Conseil d'État, et* ».

**Objet**

Imposer aux offices publics de l’habitat les mêmes modalités de gouvernance que leurs collectivités de rattachement, notamment en matière de passation des marchés et particulièrement de composition de la commission d’appel d’offres, alors que leurs règles de fonctionnement doivent être adaptées à leur activité d’opérateur économique, constitue un frein pour ces organismes à l’accomplissement de leurs missions et donc à la satisfaction des objectifs de production de logements sociaux fixés par les pouvoirs publics.

A titre d’exemple, la participation du comptable de la collectivité à la commission d’appel d’offres d’un OPH à comptabilité de commerce par l’application de la disposition non amendée n’est pas légitime, n’a aucun sens, et constitue une contrainte supplémentaire pour l’OPH.

D’une manière plus générale, le fait de renvoyer la composition de la commission d’appel d’offres aux dispositions de l’article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, n’est pas sans poser des difficultés d’application aux OPH dans la mesure où cet article concerne les délégations de service public.

Il est enfin à noter que les sociétés anonymes d’HLM (ESH), les sociétés anonymes coopératives d’HLM, les fondations d’HLM et les SEM exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux déterminent la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la commission d’appel d’offres en vertu des dispositions de l’article R. 433-6 du code de la construction et de l’habitation.

Dans ce contexte, l’objet de cet amendement est de renvoyer à un décret la fixation de la composition, des modalités de fonctionnement et des pouvoirs de la commission d’appel d’offres des OPH.

|  |  |
| --- | --- |
| **Projet de loi**  **Ratification ordonnance marchés publics**  (1ère lecture)  (n° 105 ) | **N° COM-19**  10 mars 2016 |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **AMENDEMENT**  *présenté par* |  | |  | | --- | | Adopté | |
| M. MARIE  **ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS ARTICLE UNIQUE** | | | |

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le 3° du II de l’article 101 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est ainsi modifié :

I. Au septième alinéa, après les mots : « autres qu'un établissement public social ou médico-social », sont insérés les mots : « ou qu’un office public de l’habitat » ;

II. Après le quatorzième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsqu'un groupement de commandes est composé en majorité d’offices publics de l’habitat, il est institué une commission d'appel d'offres selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État ».

**Objet**

Imposer aux groupements de commandes composés en majorité d’offices publics de l’habitat les mêmes modalités quant à la composition de leur commission d’appel d’offres que celles imposées aux groupements composés en majorité de collectivités territoriales, alors que leurs règles de fonctionnement doivent être adaptées à l’activité d’opérateurs économiques des OPH, constitue un frein à l’accomplissement des missions de ces derniers et donc à la satisfaction des objectifs de production de logements sociaux fixés par les pouvoirs publics.

Il est d’ailleurs à noter que lorsqu'un groupement de commandes est composé en majorité de sociétés anonymes d’HLM (ESH), de sociétés anonymes coopératives d’HLM, de fondations d’HLM et/ou de SEM exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux, la commission d'appel d'offres du groupement est instituée selon des modalités que les membres déterminent librement.

Dans ce contexte, l’objet de cet amendement est de renvoyer à un décret la fixation des modalités selon lesquelles est instituée la commission d'appel d'offres d’un groupement de commandes composé en majorité d’offices publics de l’habitat.