**SOMMAIRE**

Pages

# Les conclusions de la commission

Réunie le mercredi 16 mars 2016 sous la présidence de M. Philippe Bas, la commission a examiné le rapport de M. André Reichardt et établi son texte sur le projet de loi ratifiant l’ordonnance n° 2015‑899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

La commission a souhaité que cette ordonnance soit ratifiée sous réserve qu’un meilleur équilibre soit trouvé entre :

 les marchés allotis, qui doivent rester le principe car ils constituent des contrats auxquels toutes les entreprises peuvent accéder, y compris les PME ;

 les marchés globaux et les marchés de partenariat, qui présentent de nombreux avantages calendaires et financiers pour les acheteurs publics.

Le texte de la commission supprime ainsi le dispositif des « offres variables » qui aurait permis à de grands groupes de proposer des « prix de gros » et d’obtenir un avantage concurrentiel disproportionné.

La commission des lois a également veillé à encadrer les marchés globaux et les marchés de partenariat de manière raisonnée. Il s’agit d’instruments indispensables pour concrétiser certains projets d’investissements publics.

Ainsi, les amendements adoptés par la commission donnent davantage de garanties aux entreprises sous-traitantes des marchés de partenariat. Ils retirent également les opérations de revitalisation artisanale et commerciale de la liste des marchés globaux sectoriels afin de mieux circonscrire ces derniers.

À l’initiative de M. Philippe Bonnecarrère (UDI-UC – Tarn), président de la mission commune d’information sur la commande publique, la commission a également souhaité réformer le délit de favoritisme afin de le recentrer sur son véritable objectif : punir les acheteurs favorisant délibérément une entreprise et non ceux commettant une erreur matérielle dans l’application du droit de la commande publique.

Au regard des enjeux de cette ordonnance qui entrera en vigueur en avril prochain, la commission des lois a regretté que le Gouvernement n’ait pas encore souhaité inscrire son projet de loi de ratification à l’ordre du jour de la séance publique. Elle étudie par conséquent la possibilité d’introduire ses propositions dans un texte de loi connexe.

# Exposé général

Mesdames, Messieurs,

Chaque année, les **marchés publics** représentent plus de **200 milliards d’euros**, ce qui équivaut à **10 points de PIB**. Ce chiffre illustre l’importance que revêt la ratification de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics que le présent rapport se propose d’examiner.

Le Gouvernement a été habilité à prendre cette **ordonnance** par l’article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014[[1]](#footnote-1) afin de poursuivre un **double objectif** : **transposer** deux directives communautaires, d’une part, et **rationaliser** le droit de la commande publique, d’autre part.

La préparation de cette ordonnance et de son décret d’application a fait l’objet d’une **large information du Parlement**. **Le Sénat a**, de son côté et dans le prolongement de l’habilitation, **poursuivi sa réflexion**. Votre rapporteur a ainsi présenté une communication devant votre commission le 11 février 2015[[2]](#footnote-2) et une mission commune d’information a spécifiquement porté sur la commande publique[[3]](#footnote-3).

**Au demeurant, l’ordonnance du Gouvernement a repris certaines recommandations de ces travaux ainsi que des préconisations** de nos collègues Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur sur les partenariats public-privé[[4]](#footnote-4).

L’ordonnance n° 2015-899 entrera **en vigueur en avril prochain**. Au regard de ses enjeux, votre commission regrette que le Gouvernement n’ait pas encore inscrit son projet de loi de ratification à l’ordre du jour de la séance publique.

Votre commission a toutefois souhaité procéder à un examen approfondi de cette ordonnanceafin d’être en mesure, le moment venu, de la ratifier de la manière la plus éclairée possible. Cet examen l’a conduit à **adopter le présent projet de loi de ratification** **tout en** **recherchant à améliorer l’équilibre entre les marchés allotis, les marchés globaux et les marchés de partenariat**.

## LES DEUX OBJECTIFS DE L’ORDONNANCE : TRANSPOSER ET SIMPLIFIER

L’ordonnance n° 2015-899 vise à transposer les directives *« marchés publics »* 2014/24/UE et *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE du 26 février 2014 mais également à simplifier le droit de la commande publique.

Son périmètre comprend :

- les **marchés publics au sens strict** qui correspondent à des contrats à titre onéreux conclus par des personnes publiques (État, collectivités territoriales, *etc*.) ou certaines entités privées accomplissant des missions d’intérêt général (La Poste, SNCF, *etc*.) pour répondre à leurs besoins. Ces marchés sont en principe **allotis**, c’est-à-dire divisés en lots (lots *« gros-œuvre »*, *« électricité »*, *etc.*) attribués à plusieurs entreprises ;

- **les marchés globaux** et les **contrats de partenariat public-privé (PPP)**, dans lesquels un prestataire unique assume une mission globale pouvant comporter la conception, la construction, voire l’exploitation et la maintenance d’un ouvrage[[5]](#footnote-5).

Le choix entre ces différents types de contrats conditionne le déroulement de l’opération (*Cf.* le schéma ci-après).

**Le déroulement d’une opération de travaux : exemple des deux cas de figure possibles**



*Source : commission des lois du Sénat*

### LA transposition DES DIRECTIVES : de nouveaux outils pour les acheteurs publics

L’ordonnance n° 2015-899 transpose les deux directives précitées en reprenant leur objectif : **fournir de nouveaux outils aux** **acheteurs publics pour leur permettre de mener une politique d’achats plus cohérente**.

Serait ainsi créée la ***« procédure concurrentielle avec négociation »*** (art. 42 de l’ordonnance). Elle permettrait à l’acheteur public de négocier avec les candidats - ces derniers pouvant ainsi améliorer leurs offres - même pour les appels d’offres[[6]](#footnote-6). Il s’agirait d’une évolution importante par rapport au droit en vigueur, les règles actuellement applicables aux appels d’offres empêchant tout dialogue avec les candidats au cours de la procédure.

La présente ordonnance vise également à sécuriser les prestations qu’un acheteur public confie à une autre personne publique (**coopération public-public**, art. 18) ou à une entreprise qu’il contrôle[[7]](#footnote-7) (**prestations *« in house »*,** art. 19). Dans les deux cas, et conformément à la jurisprudence communautaire[[8]](#footnote-8), les contrats pourraient être conclus de gré à gré sans mise en concurrence préalable.

L’acheteur public disposerait, en outre, de nouveaux outils pour :

- **rejeter la candidature d’entreprises répondant à certains motifs d’exclusion**, comme par exemple les sociétés sanctionnées pour un *« manquement grave ou persistant »* à leurs obligations contractuelles lors d’un précédent marché (art. 45 et 46 de l’ordonnance) ;

- **refuser l’intervention d’un sous-traitant pratiquant des prix *« anormalement bas »*** risquant de perturber l’exécution du marché (art. 62).

L’article 32 de l’ordonnance reprend enfin le **principe de l’allotissement**[[9]](#footnote-9) qui permet un accès plus facile de l’ensemble des entreprises, y compris des PME, à la commande publique alors, qu’à l’inverse, les marchés globaux sont le plus souvent l’apanage de grands groupes industriels. L’allotissement serait même **étendu** à des **entités privées accomplissant des missions d’intérêt général** comme La Poste ou la SCNF. D’après le Gouvernement, cette extension de l’allotissement permettrait aux PME de se voir attribuer 1,25 milliard d’euros de marchés supplémentaires[[10]](#footnote-10).

### un cadre juridique rationalisé

#### Une unification des règles applicables pour plus de lisibilité

L’ordonnance n° 2015-899 vise à unifier au sein d’un même texte de rang législatif les principales règles applicables aux marchés publics, aux marchés globaux et aux contrats de partenariat public-privé, ces derniers étant désormais désignés comme des *« marchés de partenariat »*.

Elle **remplacerait dix-sept textes en vigueur**[[11]](#footnote-11) et serait simplement complétée par un décret d’application, qui n’a pas encore été publié à ce stade mais dont une première version a fait l’objet d’une consultation publique le 5 novembre dernier.

À moyen terme, cette ordonnance servirait de base à la rédaction d’un code de la commande publique qui réunirait, à droit constant, les règles applicables aux marchés publics, aux marchés globaux et aux marchés de partenariat (périmètre de la présente ordonnance) mais également aux concessions (périmètre de l’ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016)[[12]](#footnote-12).

L’ordonnance relative aux marchés permettrait, enfin, de **fixer au niveau législatif les principales règles applicables aux marchés publics**. Pour mémoire, la plupart de ces dispositions relève, en l’état du droit, du domaine règlementaire, ce que votre commission avait jugé discutable dans la mesure où elles affectent la libre administration des collectivités territoriales[[13]](#footnote-13).

#### Une nouvelle architecture des marchés pour une plus grande sécurité juridique

Une nouvelle architecture des contrats de la commande publique est proposée par la présente ordonnance afin de **rationaliser le droit applicable**.

**L’architecture des contrats de la commande publique**



*Source : commission des lois du Sénat*

*NB : Les acronymes REM et CREM correspondent, respectivement, aux marchés de réalisation/exploitation ou maintenance (REM) et aux marchés de conception/réalisation/exploitation ou maintenance (CREM).*

L’ordonnance **distingue** donc**trois catégories de contrats** dont les caractéristiques sont précisées ci-après : les marchés publics allotis, les marchés globaux et les marchés de partenariat.

**Les trois catégories de contrats de l’ordonnance n° 2015-899**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **Marchés publics** | **Marchés globaux** | **Marchés de partenariat** |
|  | *Préparation du marché* |
| Critères pour avoir recours à ces contrats | Aucun(forme contractuelle de droit commun) | . Motifs d’ordre technique ou engagement énergétique (art. 33 de l’ordonnance). Ou objectifs chiffrés de performance (art. 34). Ou secteurs particuliers (art. 35)  | Bilan  |
| Seuils minimaux[[14]](#footnote-14)  | Non | Non | Oui |
| Évaluation préalable  | Oui, si supérieur à 100 millions d’euros HT | Oui, si supérieur à 100 millions d’euros HT | Oui, toujours |
| Étude de soutenabilité budgétaire | Non | Non | Oui |
|  | *Clauses du marché* |
| Allotissement | Oui | Non | Non |
| Objectifs chiffrés | Non | Oui, possibles | Oui, possibles |
| Équipe de maîtrise d’œuvre précisément déterminée | Oui | Non | Non |
| Participation de l’entreprise à l’investissement initial | Non | Non | Oui |
|  | *Exécution du marché* |
| Paiements différés | Non | Non | Oui (loyers) |
| Paiement direct des sous-traitants | Oui | Oui | Non |
| Part réservée aux PME | Non | Non | Oui |
| Octroi de droits réels sur l’ouvrage à l’entreprise | Non | Non | Oui |
| Rapport annuel d’exécution du contrat rédigé par l’entreprise | Non | Non | Oui |

*Source : commission des lois du Sénat*

##### Les marchés publics allotis

Les marchés publics **allotis** correspondent à la **forme contractuelle *« de droit commun »* :** contrairement aux marchés globaux et aux marchés de partenariat, l’acheteur peut y recourir sans à avoir à respecter de critères fixés au niveau législatif (article 32 de l’ordonnance).

Leur cadre juridique n’évoluerait qu’à la marge par rapport au droit en vigueur. Il convient toutefois de noter qu’une évaluation préalable deviendrait nécessaire pour les marchés dont le montant dépasse 100 millions d’euros HT (article 40).

Les entreprises pourraient également proposer des ***« offres variables »***. Concrètement, les candidats soumettant des offres à plusieurs lots d’un même marché public pourraient réduire leurs prix dans l’hypothèse où ils se verraient attribuer plusieurs lots. Il s’agirait donc d’un mécanisme de *« prix de gros »* permettant à certains candidats de proposer des rabais aux acheteurs publics.

 Reprenant le droit en vigueur, l’ordonnance prévoit, enfin, des **cas dérogatoires pour lesquels l’allotissement ne serait pas nécessaire**[[15]](#footnote-15). À titre d’exemple, un acheteur pourrait refuser d’allotir un marché si ses services ne sont *« pas en mesure d'assurer par (eux)-même(s) les missions d'organisation, de pilotage et de coordination »* du chantier ou si l’opération concernée est techniquement difficile. L’ordonnance innove toutefois en contraignant l’acheteur à **motiver son choix de ne pas allotir**.

##### Les marchés globaux

Les marchés globaux reprendraient des formes contractuelles existantes. Comme leur nom l’indique, ils ne seraient pas allotis et une même entreprise assumerait les tâches de conception, d’exécution des travaux voire de maintenance de l’ouvrage. Ces contrats **dérogeraient donc à la loi n° 85‑704 du 12 juillet 1985 – dite *« loi MOP »***[[16]](#footnote-16)**–** qui prévoit une stricte séparation entre l’architecte maître d’œuvre qui conçoit l’ouvrage d’un point architectural et les entreprises prestataires qui exécutent le chantier[[17]](#footnote-17).

Le recours aux marchés globaux est donc **dérogatoire** et doit être justifié sur la base de critères précis[[18]](#footnote-18).

La présente ordonnance **modifierait le droit en vigueur sur deux points** :

- les **marchés globaux de performance** succèderaient aux marchés de réalisation/exploitation ou maintenance (REM) et aux marchés de conception/réalisation/exploitation ou maintenance (CREM). Il s’agirait, comme aujourd’hui, de contrats globaux dans lesquels l’entreprise s’engage à remplir des objectifs chiffrés de performance.

**L’ordonnance faciliterait le recours à ces contrats** en étant plus souple que le droit en vigueur : l’acheteur public signant un marché de ce type n’aurait plus à justifier de motifs d’ordre technique (dimensions exceptionnelles de l’ouvrage par exemple) ou à invoquer la réalisation d'engagements portant uniquement sur la performance énergétique*;*

- les **marchés globaux sectoriels** correspondraient aux actuels contrats globaux sectoriels. Aujourd’hui prévus par des dispositions législatives éparses[[19]](#footnote-19), ces derniers concernent des secteurs limitativement énumérés (immeubles affectés à la police, à la gendarmerie, à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris, *etc*.) et permettent aux acheteurs publics de se soustraire à l’obligation d’allotissement afin d’accélérer la préparation et l’exécution des travaux

L’ordonnance vise à réunir l’ensemble de ces dispositifs au sein d’un même article de rang législatif (article 35). Elle ajouterait à la liste sectorielle en vigueur les opérations relatives à la *«****revitalisation artisanale et commerciale****»* et pérenniserait des dispositifs applicables aux collectivités territoriales et qui devaient s’éteindre au 1er janvier 2017[[20]](#footnote-20).

##### Les marchés de partenariat

* ***Une nouvelle catégorie contractuelle***

Les **marchés de partenariat** ne seraient pas allotis eux non plus mais ils impliqueraient, à la différence des marchés globaux, que le **prestataire privé prenne en charge tout ou partie du financement initial** du projet, l’acheteur public lui versant, en contrepartie, un loyer mensuel pendant toute la durée du contrat.

Cette nouvelle catégorie **regrouperait en un même régime**les actuels contrats de partenariat public-privé (**PPP**) examinés par nos collègues Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur dans le rapport précité et les contrats domaniaux ***« aller-retour »*** (baux emphytéotiques administratifs – **BEA**- et autorisations d’occupation temporaires- **AOT**).

Concernant les BEA et AOT *« aller-retour »*, il s’agit de contrats domaniaux de longue durée octroyant à l’entreprise des droits réels sur un ouvrage public comme le droit de l’occuper, de l’utiliser voire de l’hypothéquer. En contrepartie, l’entreprise est chargée de rénover l’ouvrage *(phase aller)*. La personne publique peut ensuite *« racheter »* le contrat avant son terme pour utiliser l’ouvrage ainsi rénové (*phase retour)*.

Les obligations de mise en concurrence applicables à ces contrats sont actuellement considérablement allégées, les BEA et AOT étant d’abord régis par le droit de la propriété des personnes publiques et non par celui de la commande publique.

Cet état du droit pose toutefois des difficultés au regard des textes communautaires : les BEA et AOT *« aller-retour »* permettant de répondre aux besoins d’une personne publique, rien ne justifie l’inapplication des deux directives précitées et donc des règles de la commande publique. La présente ordonnance supprimerait donc ces deux instruments et intègrerait les contrats correspondants au sein des marchés de partenariat.

* ***De strictes conditions de recours***

Conformément à l’habilitation législative, la présente ordonnance vise à **circonscrire l’utilisation des marchés de partenariat** tout en simplifiant le droit applicable.

Elle contraindrait tout d’abord les acheteurs publics à réaliser une **évaluation préalable** du projet – comparable à celle qui existe aujourd’hui - ainsi qu’une **étude de soutenabilité budgétaire** – qui constituerait une obligation nouvelle.Ces documents devraient être transmis pour avis à la mission d’appui aux partenariats public-privé (MAPPP) pour le premier et à la direction générale des finances publiques (DGFiP) pour le second (article 74 et 76 de l’ordonnance).

En outre, le recours aux marchés de partenariat nécessiterait de remplir un **critère unique : celui du bilan**, qui revient à démontrer les avantages comparatifs de ces marchés complexes par rapport aux autres contrats de la commande publique (article 75).

Pour mémoire, trois critères alternatifs permettent aujourd’hui de conclure un contrat de partenariat public-privé (PPP) : l’urgence, la complexité et le bilan. L’ordonnance propose de ne retenir que ce dernier, les deux premiers – l’urgence et la complexité – étant source d’insécurité juridique[[21]](#footnote-21).

Enfin, l’ordonnance créerait des **seuils minimaux** déterminés au niveau règlementaire et en dessous desquels il ne serait pas possible de conclure un marché de partenariat (article 75 précité de l’ordonnance).

Les seuils annoncés par le Gouvernement en fin d’année 2015 ont été jugés trop élevés par de nombreuses parties prenantes qui ont craint que cela réduise les possibilités de recours à ce type de contrats[[22]](#footnote-22).

L’exécutif envisage revoir sa proposition et de réduire ces seuils minimaux, dont le montant définitif ne sera fixé qu’à la publication du décret d’application de l’ordonnance[[23]](#footnote-23).

**Seuils minimaux de recours aux marchés de partenariat (en millions € HT)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Marchés de partenariat** | **Seuils minimaux annoncés fin 2015** | **Seuils minimaux envisagés par le Gouvernement[[24]](#footnote-24)** |
| Marchés de biens immatériels, de systèmes d’information ou d’équipements autres que des ouvrages | 5  | 2 |
| Marchés d’infrastructures de réseau et d’ouvrages de bâtiment (hors prestations d’aménagement et de gestion d’un service public) | 10  | 5 |
| Tous les autres marchés de partenariat | 20  | 10 |

*Source : commission des lois du Sénat*

## La position de votre commission : ratifier l’ordonnance tout en assurant un meilleur équilibre entre les différents types de marchés

### Une habilitation respectée par le gouvernement mais des risques de lacunes au niveau règlementaire

#### Le respect du champ et des délais de l’habilitation

Après analyse du contenu de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, votre rapporteur considère que le Gouvernement a **respecté le champ de l’habilitation** en s’attachant à transposer les deux directives précitées et à rationaliser le droit de la commande publique.

Le **délai de l’habilitation**[[25]](#footnote-25) ainsi que le **délai pour déposer le projet de loi portant ratification** de l’ordonnance[[26]](#footnote-26) ont également été respectés.

Votre rapporteur n’a **pas** constaté **de surtransposition manifeste**, **à l’exception d’une nouvelle obligation d’évaluation préalable** que le Gouvernement souhaitait imposer pour les marchés publics globaux et allotis dont le montant dépasse 100 millions d’euros.

Votre commission a souhaité **supprimer cette évaluation préalable** **(nouvel article 6)** car elle a constaté l’existence d’autres dispositifs d’évaluation pour ces projets d’envergure[[27]](#footnote-27) et n’a pas souhaité alourdir la charge des acheteurs publics[[28]](#footnote-28).

#### La reprise de propositions parlementaires

Votre rapporteur constate, en outre, que **l’exécutif s’est largement appuyé sur les travaux du Sénat** pour rédiger la présente ordonnance.

De nombreuses recommandations de nos collègues Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur sur les marchés de partenariat ont été suivies, l’ordonnance prévoyant notamment la fixation de seuils minimaux pour la passation de ce type de marchés.

De même, le Gouvernement a repris des propositions de la mission d’information sénatoriale sur la commande publique en consacrant par exemple la procédure concurrentielle avec négociation au niveau de l’ordonnance[[29]](#footnote-29).

Parallèlement, votre commission a intégré une proposition formulée par son rapporteur lors de sa communication du 11 février 2015 mais qui n’avait pas été reprise par le Gouvernement. Cette proposition concerne les modalités de **prévention des conflits d’intérêts** dans la passation et l’exécution des marchés publics (**nouvel article 7**).

Alors que le Gouvernement souhaitait créer une **définition des conflits d’intérêts** spécifique aux marchés publics, votre commission a repris celle établie dans la **loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013**[[30]](#footnote-30). Dans un souci de cohérence, il s’agit d’éviter qu’une même notion soit définie de deux manières différentes en droit interne.

La procédure applicable en cas de conflit d’intérêts a également été précisée à l’initiative de votre rapporteur. Reprenant la logique de la loi n° 2013-907 précitée, le nouvel article 7 **privilégie le déport de l’agent public** concerné par un conflit d’intérêts à la possibilité pour l’acheteur d’exclure un candidat d’un marché public. Une simple réorganisation administrative éviterait ainsi d’exclure d’un marché - et donc de pénaliser - une entreprise.

#### La répartition entre le domaine législatif et le domaine règlementaire

L’ordonnance n° 2015-89923 présente l’avantage de **déterminer au niveau législatif les principales règles applicables aux marchés publics**, ces règles étant **complétées par un décret d’application** en cours de préparation.

Votre rapporteur a ainsi été en mesure de **vérifier la manière dont ces dispositions ont été réparties** entre le domaine **législatif** (ordonnance), d’une part, et le domaine **règlementaire** (projet de décret), d’autre part.

Une incohérence a ainsi été constatéeconcernant une disposition dont l’objectif est d’**encadrer plus strictement le recours à un critère *« prix »* unique** lors de l’attribution d’un marché public **(nouvel article 8).**

Alors, qu’en l’état du droit, l’acheteur peut aisément fixer un critère d’attribution unique – l’offre dont le montant est le moins élevé -, le recours à tel un critère serait limité à l’achat de services ou de fournitures standards dont la qualité est insusceptible de variation d’un candidat à l’autre (fourniture d’un stylo basique, d’une paire de ciseaux, *etc*.)[[31]](#footnote-31).

Cette disposition semble opportune car elle renforcerait l’exigence de qualité dans la commande publique. Si le Gouvernement prévoyait de l’inclure dans le décret d’application de l’ordonnance, **elle devrait cependant** **relever** **du niveau** **législatif** dans la mesure où il s’agit d’un principe fondamental régissant l’attribution de l’ensemble des marchés publics et contraignant les collectivités territoriales dans le choix de leurs critères d’attribution[[32]](#footnote-32).

#### Des risques de lacunes au niveau règlementaire

S’agissant des dispositions d’ordre règlementaire, votre rapporteur regrette certaines lacunes du projet de décret d’application de la présente ordonnance.

Il constate notamment que **les obligations de publicité relatives aux marchés** **publics n’ont pas été réellement simplifiées**, leurs modalités restant très différentes d’un marché à l’autre.

**Modalités de publicité des marchés d’après le projet de décret d’application de l’ordonnance**



*Source : commission des lois du Sénat*

*BOAMP : Bulletin officiel d'annonces des marchés publics / JOUE : Journal officiel de l'Union européenne / JAL : journaux habilités à recevoir des annonces légales*

*Pour mémoire, il existe trois seuils de procédure formalisée qui diffèrent selon la nature du marché et de l’acheteur (*Cf. *l’annexe 2 au présent rapport).*

Il est également **regrettable que le Gouvernement n’ait pas repris les propositions** du rapport de la mission d’information sénatoriale sur la commande publique **visant à améliorer la trésorerie des entreprises, et notamment des PME.**

**Améliorer la trésorerie des entreprises exécutant un marché public**

Le rapport de M. Martial Bourquin fait au nom de la mission commune d’information sur la commande publique proposait **deux mesures d’ordre règlementaire** pour améliorer la trésorerie des entreprises exécutant des marchés publics. Le Gouvernement ne les a pas suivies à ce stade.

***- Conforter l’avance obligatoire***

Le droit de la commande publique permet à l’acheteur de verser une **avance financière à l’entreprise attributaire avant le début du chantier** afin qu’elle puisse acheter les fournitures nécessaires sans remettre en cause l’équilibre de sa trésorerie.

L’actuel code des marchés publics oblige à verser une avance équivalent à 5 % du montant total des prestations pour les marchés dont le montant initial est supérieur à 50 000 euros HT et dont le délai d’exécution dépasse deux mois.

Le rapport précité proposait de conforter cette avance en assouplissant ses conditions d’attribution[[33]](#footnote-33) et en **fixant son montant à 10 % du total du marché**. Cette dernière mesure reviendrait à **améliorer la trésorerie de l’ensemble des entreprises de 10 milliards** **d’euros**, dont environ 2,5 milliards pour les PME.

***- Réduire le montant de la retenue de garantie***

Le code des marchés publics prévoit une retenue de garantie : l’acheteur public peut prélever jusqu’à 5 % des sommes dues à l’entreprises attributaire, sommes qu’il consigne pendant un an à l’issue de la réception des travaux. Cette retenue constitue une **garantie de bonne exécution** pour l’acheteur : elle lui permet de faire face à d’éventuelles malfaçons constatées sur l’ouvrage.

Sans remettre en cause l’existence de ce dispositif, le rapport sénatorial précité proposait de **réduire son montant à 3 % du marché pour conforter la trésorerie des entreprises**.

### La recherche d’un meilleur equilibre entre les marchés allotis, les marchés globaux et les marches de partenariat

Par la présente ordonnance, le Gouvernement a recherché un **équilibre difficile à atteindre entre** :

- les **marchés publics allotis**, qui doivent rester le principe car ils constituent les contrats auxquels toutes les entreprises peuvent accéder, y compris les PME ;

- les **marchés globaux et les marchés de partenariat**, qui présentent certains avantages pour l’acheteur[[34]](#footnote-34) mais qui ont vocation à demeurer une exception au regard de leurs effets d’éviction sur les PME et les entreprises spécialisées dans un seul corps d’état.

 **Votre commission a souhaité parfaire cet équilibre** en renforçant le principe de l’allotissement tout en précisant le régime des marchés globaux et des marchés de partenariat.

#### Le renforcement de l’obligation d’allotissement des marchés publics

Votre rapporteur rappelle que l’ordonnance n° 2015-899 publiée le 23 juillet dernier permettrait à l’acheteur de **déroger au principe de l’allotissement sous réserve que ce choix soit motivé.**

Cette obligation de motivation semblait toutefois peu exigeante en l’état et **votre commission a souhaité la renforcer en s’inspirant du régime de motivation des décisions administratives individuelles défavorables**[[35]](#footnote-35).

L’acheteur devrait ainsi motiver refus de diviser le marché en lots en explicitant des *« considérations de droit »* correspondant aux motifs juridiques invoqués[[36]](#footnote-36) et des *« considérations de fait »* renvoyant à des éléments concrets démontrant son impossibilité d’allotir[[37]](#footnote-37) (**nouvel article 2**).

Votre commission a également **supprimé le nouveau dispositif des *« offres variables »*** qui aurait permis aux entreprises candidates à plusieurs lots de proposer des *« prix de gros »* (**nouvel article 3**). Elle a en effet constaté que ce mécanisme, non prévu par les directives à transposer, risquerait de donner un avantage aux grands groupes maîtrisant plusieurs corps d’état au détriment des entreprises spécialisées et des PME.

#### Un encadrement raisonné des marchés globaux et des marchés de partenariat

##### Ne pas supprimer le recours à ces marchés…

Il convient d’**encadrer** – et **non** **de supprimer** - **les possibilités de recours aux marchés globaux ou aux marchés de partenariat**, ceux-ci constituant des instruments permettant aux acheteurs publics de concrétiser leurs projets d’investissement.

À titre personnel, votre rapporteur plaide d’ailleurs pour que les seuils minimaux de recours aux marchés de partenariat déterminés au niveau règlementaire soient fixés à un niveau relativement bas.

Bien que le montant moyen des actuels contrats de partenariat public-privé atteigne 75 millions d’euros, 60 % présentent un montant inférieur à 30 millions d’euros et, dans le cas particulier de l’éclairage public, 60 % sont inférieurs à 3 millions. **Fixer un seuil trop élevé pourrait restreindre de manière excessive la palette des instruments à la disposition des acheteurs publics**.

##### … mais l’encadrer

Votre commission a adopté trois amendements visant à mieux encadrer le recours aux marchés globaux et aux marchés de partenariat.

Elle a tout d’abord **circonscrit le périmètre des marchés globaux sectoriels** en supprimant la possibilité prévue par le Gouvernement d’utiliser ces contrats pour les opérations de *« revitalisation artisanale et commerciale »* (**nouvel article** **5**).

Quant aux **marchés globaux de performance**, votre commission n’a pas remis en cause l’assouplissement des critères permettant leur usage dans la mesure où elle souhaite encourager la logique de performance au dans la commande publique.

Toutefois, pour éviter que ces marchés soient dévoyés de leur logique de performance, il a semblé opportun de rappeler au niveau législatif que la **rémunération du prestataire** les exécutant est **nécessairement liée à la réalisation d’engagements de performance** (**nouvel article 4**).

Enfin, les **garanties de paiement des sous-traitants** intervenant dans le cadre d’un **marché de partenariat** ont été renforcées (**nouvel article 9**).

Reprenant le droit en vigueur, l’ordonnance permettait à ces sous-traitants de demander au titulaire de constituer un cautionnement bancaire afin de garantir le paiement des sommes qui leur sont dues.

Après avoir rappelé que *« les relations contractuelles particulièrement déséquilibrées en défaveur du sous-traitant peuvent le conduire à renoncer, plus ou moins volontairement, à ce droit »[[38]](#footnote-38)*, votre commission a rendu la constitution de ce cautionnement obligatoire.

\* \*

\*

**Votre commission a adopté le projet de loi ratifiant l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ainsi modifié.**

# Examen des articles

Article 1er
Ratification de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015

Le présent article vise à **ratifier l’ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics** prise sur le fondement de l’article 42 de la loi n° 2014‑1545 du 20 décembre 2014[[39]](#footnote-39).

Publiée le 23 juillet 2015, cette ordonnance entrera en vigueur en avril 2016 et s’appliquera aux marchés dont l'appel public à la concurrence a été envoyé après le 31 décembre 2015[[40]](#footnote-40).

Comme précisé dans l’exposé général, cette ratification apparaît justifiée dans la mesure où :

a) le **Gouvernement a respecté le champ de l’habilitation**, l’ordonnance transposant les directives *« marchés publics »* 2014/24/UE et *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE du 26 février 2014 et rationalisant le droit de la commande publique ;

b) les **délais de l’habilitation**[[41]](#footnote-41) et **de dépôt du projet de ratification**[[42]](#footnote-42) ont **également** été **respectés** ;

c) la ratification de l’ordonnance permettrait de **consacrer sa valeur législative**, les ordonnances non ratifiées restant *« des actes de forme règlementaire »* d’après l'expression du Conseil constitutionnel[[43]](#footnote-43).

Cette ratification permettrait également **d’intégrer les modifications** **au texte de l’ordonnance proposées par le Sénat** *(Cf. les articles additionnels 2 à 10)*.

Votre commission a adopté l’article 1er **sans modification**.

Article 2 *(nouveau)*
(art. 32 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Renforcement des obligations de motivation pour les acheteurs décidant de ne pas allotir un marché public

Issu de l’**amendement COM-XX** de votre rapporteur, cet article additionnel tend à **renforcer les obligations de motivation applicables aux acheteurs qui décident de ne pas allotir un marché public**.

1. **En l’état du droit, rien ne contraint un acheteur public à justifier sa décision**

L’allotissement constitue un principe fondamental de la commande publique depuis 2006[[44]](#footnote-44). L’actuel article 10 du code des marchés publics prévoit ainsi que l’acheteur ***« passe le marché en lots séparés »***, sous réserve de **deux exceptions** :

a) les conditions sont réunies pour avoir recours à un **marché global** ou à un **contrat de partenariat public-privé**, conditions qui sont largement revues par la présente ordonnance[[45]](#footnote-45) ;

b) **si la division en lots** **soulève l’une des trois difficultés suivantes** :

1. risque de rendre l’opération techniquement difficile ou financièrement coûteuse ;
2. impossibilité pour l’acheteur public d’organiser, de piloter et de coordonner un chantier faisant intervenir plusieurs entreprises ;
3. risque de restriction de la concurrence. Ce troisième type de difficultés est toutefois très difficile à démontrer dans la mesure où l’allotissement vise, au contraire, à permettre à toutes les sociétés, et notamment aux petites et moyennes entreprises (PME), d’accéder à la commande publique.

Actuellement, un acheteur invoquant l’une de ces trois difficultés pour refuser d’allotir un marché public n’a pas à motiver son choix.

1. **Les directives imposent une nouvelle obligation de motivation**

Les directives *« marchés publics »* 2014/24/UE et *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE du 26 février 2014 prévoient que *« les pouvoirs adjudicateurs indiquent les principaux motifs justifiant la décision qu’ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots ; lesquels motifs figurent dans les documents de marché ou le rapport (d’attribution) »*.

Le Gouvernement propose de transposer ces dispositions à l’article 32 de la présente ordonnance en précisant que, *« lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir un marché public, il motive son choix selon des modalités fixées par voie réglementaire »*.

L’article 11 du projet de décret soumis à consultation par le Gouvernement[[46]](#footnote-46) se borne toutefois à prévoir que l’acheteur public *« mentionne les raisons de son choix dans les documents de la consultation ou le rapport (d’attribution) »*.

1. **Votre commission a renforcé les modalités de cette motivation**

En l’état, **ces obligations de motivation semblent peu exigeantes** pour l’acheteur public : il lui serait simplement demandé de *« mentionner »* les raisons l’ayant conduit à refuser d’allotir un marché.

Votre commission a souhaité que **l’ordonnance n° 2015-899 gagne en précision sur ce point**. Elle s’est ainsi **inspirée du régime de motivation des décisions administratives individuelles défavorables**[[47]](#footnote-47) pour disposer que l’acheteur public motive son choix de ne pas allotir *« en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision »*.

Les «***considérations de droit****»* correspondraient aux dispositions du présent article 32 de l’ordonnance n° 2015-899. Ainsi, l’acheteur public devrait explicitement se référer à l’une des trois difficultés mentionnées au point 1 du présent commentaire[[48]](#footnote-48).

Les *«****considérations de fait****»* renverraient aux éléments concrets qui ont conduit l’acheteur public à ne pas allotir son marché (ressources humaines insuffisantes dans le service *« architecture – travaux »*, difficultés pour coordonner plusieurs entreprises intervenant concomitamment, *etc.*).

Votre commission a adopté l’article 2 **ainsi rédigé**.

Article 3 *(nouveau)*
(art. 32 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Suppression des *« offres variables »*

Le présent article – issu de **l’amendement COM-XX** de votre rapporteur – vise à **supprimer le dispositif des *« offres variables*** » prévu à l’article 32 de l’ordonnance n° 2015-899.

**En l’état du droit, les offres transmises par les entreprises dans le cadre de marchés publics allotis sont appréciées lot par lot**[[49]](#footnote-49) : l’acheteur attribue le lot *« gros-œuvre »*, puis le lot *« plomberie »*, *etc*., en appréciant la qualité des offres qu’il a reçues à chacun de ces lots[[50]](#footnote-50).

Si une même entreprise peut déposer des offres à plusieurs lots, l’actuel article 10 du code des marchés publics précise que *« les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d’être obtenus »*.

L’**article 32 de la présente ordonnance** revient sur cette interdiction en disposant que *« les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus »*.

**Les offres variables, exemple d’application**

Prenons l’exemple d’une collectivité territoriale lançant un marché public de **cinq lots** : gros-œuvre, électricité, plomberie, chauffage et menuiserie.

Les offres des entreprises sont appréciées lot par lot mais, parmi les candidats, **la société A propose des offres pour trois lots** : électricité, plomberie, chauffage. Elle transmet des *« offres variables »*: si plusieurs lots lui sont attribués, elle consentira à des rabais qui peuvent ainsi être assimilés à des ***« prix de gros »***.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Nombre de lots attribués à la société A | Prix proposé au lot *« électricité »* | Prix proposé au lot *« plomberie »* | Prix proposé au lot *« chauffage »* |
| 1 | 100 | 80 | 50 |
| 2*(rabais de 10 % sur chaque lot)* | 90 | 72 | 45 |
| 3*(rabais de 20 % sur chaque lot)* | 80 | 64 | 40 |

Dans cet exemple, la société A propose ainsi un rabais de 10 % si deux lots lui sont attribués et de 30 % si trois lots lui sont confiés. Cela pourrait lui conférer un avantage comparatif par rapport aux entreprises dont l’offre porte sur un seul lot.

Le dispositif des offres variables pourrait donc permettre aux acheteurs publics de **bénéficier de rabais** consentis par les entreprises candidates à plusieurs lots.

Votre commission a toutefois souhaité sa **suppression** pour trois motifs.

En premier lieu, les *« offres variables »* pourraient avoir des **conséquences négatives sur les petites et moyennes entreprises (PME)** comme l’ont souligné plusieurs personnes lors des auditions de votre rapporteur.

Déposer des *« offres variables »* nécessite, en effet, de maîtriser plusieurs corps d’état – l’électricité, la plomberie et le chauffage dans l’exemple précédent –, ce que la plupart des PME ne sont pas en mesure de faire. Le dispositif des *« offres variables »* pourrait ainsi entrer en contradiction avec l’allotissement, principe conçu pour faciliter l’accès des PME à la commande publique.

En second lieu, votre rapporteur s’interroge sur la **complexité de cette procédure**. Pour chaque lot, l’acheteur de l’exemple précédent devrait en effet attribuer trois notes différentes à l’entreprise A[[51]](#footnote-51) puis les comparer avec celles des autres candidats.

Enfin, cette procédure des *« offres variables »* n’est **pas prévue dans les directives** *« marchés publics »* 2014/24/UE et *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE du 26 février 2014 qu’il s’agit de transposer.

Votre commission a adopté l’article 3 **ainsi rédigé**.

Article 4 *(nouveau)*
(art. 34 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Rémunération du prestataire dans les marchés globaux de performance

Sur proposition de son rapporteur, votre commission a adopté l’**amendement COM-XX** insérant un article additionnel relatif à la **rémunération du prestataire dans les marchés globaux de performance**.

Créés par l’article 34 de l’ordonnance n° 2015-899, ces derniers **remplaceraient** les actuels marchés de réalisation/exploitation ou maintenance (**REM**) et marchés de conception/réalisation/exploitation ou maintenance (**CREM**)[[52]](#footnote-52). Pour mémoire, les REM et les CREM ont notamment permis l’émergence des contrats de performance énergétique (CPE).

**Les contrats de performance énergétique (CPE)**

Ces contrats non allotis ont été mis en place à la suite du **Grenelle de l’environnement** de 2009 dont l’objectif était de diviser par quatre les émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050.

Dans ce type de contrats, le prestataire est chargé d’une mission globale pouvant comprendre la conception, la réalisation et l’entretien de l’ouvrage. Il **s’engage sur des indicateurs** **chiffrés** comme, par exemple, la baisse des consommations énergétiques. Il assume dès lors la ***« garantie de performance énergétique »*** : il paie une indemnité financière à l’acheteur public si les objectifs énergétiques définis par le contrat ne sont pas atteints.

Juridiquement, les CPE peuvent être :

- des contrats de partenariat (ou, à la suite de la présente réforme, des marchés de partenariat), qui ne sont pas concernés par le présent article additionnel ;

- des CREM ou des REM (ou, à la suite de la présente réforme, des marchés globaux de performance). Moins complexes que les contrats de partenariat, ils n’impliquent ni paiement différé ni octroi aux prestataires de droits réels sur l’ouvrage.

Les marchés de performance seraient, comme les actuels REM et CREM, des **contrats globaux** dans lesquels une entreprise exécuterait l’ensemble du projet (conception de l’ouvrage, exécution du chantier et maintenance le cas échéant) et s’engagerait à remplir des objectifs chiffrés de performance.

Ces contrats dérogeraient donc à 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, dite *« loi MOP »*.

**La loi MOP**

La **loi n° 85-704 du 12 juillet 1985** fixe le cadre juridique applicable à la construction d’ouvrages publics. Elle prévoit l’intervention de **trois acteurs** **distincts** :

a) l’acheteur public qui est alors qualifié de *«****maître de l’ouvrage »***. Responsable principal du projet, il définit ses besoins, établit un programme de travaux, fixe et finance l’enveloppe financière de l’opération ;

b) l’architecte qui remplit la fonction de **maître d’œuvre**. Il est chargé d’apporter une *« réponse architecturale, technique et économique »* au programme du maître de l’ouvrage. Pour ce faire, le maître d’œuvre conduit les études préparatoires aux travaux puis supervise le chantier. Il est rémunéré par l’acheteur public en fonction d’un forfait fixé contractuellement et tenant compte de *« l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux »* ;

c) les **entreprises prestataires** qui exécutent les travaux sous la surveillance du maître de l’ouvrage et du maître d’œuvre. Elles sont payées à partir d’un prix fixé par marché public.

**Les contrats globaux et les marchés de partenariat dérogent à la loi MOP** dans la mesure où les missions de maîtrise d’œuvre (b) et d’exécution des travaux (c) sont assurées par une même entreprise.

Dans le cas spécifique des marchés de partenariat, la distinction entre maître de l’ouvrage (a) et maître d’œuvre (b) est également atténuée, l’attributaire finançant tout ou partie de l’investissement initial[[53]](#footnote-53).

Par rapport au droit en vigueur, **l’ordonnance faciliterait le recours aux contrats globaux de performance** car l’acheteur public n’aurait plus à justifier de motifs d’ordre technique (dimensions exceptionnelles de l’ouvrage, difficultés techniques particulières, *etc.*) ou à invoquer la réalisation d'engagements portant uniquement sur la performance énergétique des bâtiments. Désormais, le contrat pourrait plus aisément porter sur des objectifs plus variés et, *« notamment, (sur le) niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique »*.

Votre rapporteur approuve cette logique dans la mesure où **la recherche de performance dans la commande publique doit être encouragée**. Il rappelle également que les marchés globaux de performance peuvent constituer une alternative par rapport aux marchés de partenariat qui s’avèrent plus complexes[[54]](#footnote-54).

Il a toutefois paru opportun de **préciser le régime juridique** des contrats globaux de performance au sein de la présente ordonnance.

 En adoptant l’**amendement COM-XX** de son rapporteur, votre commission a en effet précisé que **la rémunération du prestataire est nécessairement liée à la réalisation de ses engagements contractuels de performance**.

Il s’agit donc de rappeler au niveau législatif une règle essentielle de ce type de marchés organisé à partir d’une logique de résultats et non de moyens.

Votre commission a adopté l’article 4 **ainsi rédigé**.

Article 5 *(nouveau)*
(art. 35 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Encadrement plus strict des marchés globaux sectoriels

Le présent article est issu de **l’amendement COM-XX** de votre rapporteur et vise à mieux encadrer le recours aux marchés globaux sectoriels.

1. **La multiplication de ces dispositifs dérogatoires depuis une vingtaine d’années**

Les marchés globaux sectoriels permettent à l’acheteur public de confier une **mission globale[[55]](#footnote-55)** à un prestataire privé dans des **secteurs aujourd’hui mentionnés par des dispositions législatives éparses**.

Ces marchés, qui dérogent à la loi *« MOP »*[[56]](#footnote-56)n° 85-704 du 12 juillet 1985, se sont multipliés depuis une vingtaine d’années et concernent actuellement sept secteurs.

**Liste des marchés globaux sectoriels**

| **Secteurs** | **Bases juridiques en vigueur** |
| --- | --- |
| Police nationale, gendarmerie nationale, armées, services du ministère de la défense | Art. L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques (AOT *« aller-retour »*) -Art. L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales (BEA *« aller-retour »*, jusqu'au 31 décembre 2017) –Art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (marché global) |
| Systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur | Art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (marché global) |
| Brigade des sapeurs-pompiers de Paris | Art. L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales (BEA *« aller-retour »*, jusqu'au 31 décembre 2017) |
| Formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles | Art. L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques (AOT *« aller-retour »*) –Art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (marché global) |
| Établissements pénitentiaires | Art. 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire (marché global) |
| Centres de rétention ou zones d'attente | Art. 35 *septies* de l’ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France (marché global) |
| Établissements publics de santé | Art. L. 6148-2 du code de la santé publique (BEA *« aller-retour »*) |

*Source : commission des lois du Sénat*

Le premier dispositif sectoriel de ce type a été créé par la **loi n°87‑432 du 22 juin 1987** **relative au service public pénitentiaire**. Il s’agissait de mettre en œuvre le **programme « 13 000 (places) »** qui a permis de construire vingt-et-un établissements pénitentiaires entre 1990 et 1992.

Pour justifier cette dérogation à la loi *« MOP »*, le Garde des Sceaux, M. Albin Chalandon, déclarait que *« permettre de faire appel à un groupe qui à la fois conçoit et construit, va se traduire par des économies considérables par l'effet d'échelle (…) Il faut déroger aux procédures actuelles qui exigeraient, pour la réalisation d'un tel programme, au moins six ou sept ans, et qui nous imposeraient des coûts très supérieurs »[[57]](#footnote-57)*.

Ces mêmes **arguments calendaires et financiers** ont été utilisés pour justifier les dispositions relatives à chacun de ces marchés globaux sectoriels[[58]](#footnote-58).

Ces derniers prennent des **formes contractuelles** diverses en étant :

- soit des **autorisations d’occupation temporaire (AOT)** ou des **baux emphytéotiques administratifs (BEA) *« aller-retour ».*** Il s’agit de contrats domaniaux de longue durée octroyant des droits réels à l’entreprise comme le droit d’occuper, d’utiliser voire d’hypothéquer l’ouvrage public concerné[[59]](#footnote-59). En contrepartie, l’entreprise est chargée de rénover cet ouvrage *(phase aller)*. La personne publique peut ensuite *« racheter »* le contrat avant son terme pour utiliser l’ouvrage ainsi rénové (*phase retour)*.

- soit des **marchés confiant une mission globale** au prestataire pour une durée prédéfinie au niveau contractuel mais sans octroi de droits réels.

Enfin, en l’état du droit, **deux dispositifs sectoriels ne sont pas pérennes**, leur extinction étant fixée au 1er décembre 2017. Ils concernent la conclusion par les **collectivités territoriales** de BEA pour répondre aux besoins de la **justice**, de la brigade des sapeurs-pompiers de Paris et de la **police** ou de la **gendarmerie nationales** (article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales). Ces dispositifs ont été créés en 2002[[60]](#footnote-60) et prolongés à cinq reprises depuis[[61]](#footnote-61).

1. **L’article 35 de l’ordonnance : rationaliser mais également étendre la liste des secteurs concernés**
2. *Une rationalisation des dispositifs*

L’ordonnance vise tout d’abord à rationaliser ces dispositifs sectoriels en les regroupant au sein d’un même article de niveau législatif.

Un **régime unique** s’appliquerait également : celui des **marchés globaux**. Les BEA et AOT *« aller-retour »* seraient supprimés au regard des difficultés qu’ils soulèvent par rapport au droit communautaire[[62]](#footnote-62).

Concrètement, pour les secteurs énumérés par l’ordonnance, les acheteurs pourraient toujours confier une mission globale à leurs prestataires mais l’octroi de droits réels (occupation de l’édifice, hypothèque, *etc.*) serait exclu.

L’ordonnance précise toutefois que ce régime unique s’applique ***« sans préjudice des dispositions législatives spéciales »***, ce qui peut sembler **contradictoire avec la volonté de rationalisation** affichée par le Gouvernement.

En effet, s’il est opportun de réunir les dispositions relatives aux marchés globaux sectoriels au sein d’un même article de l’ordonnance, il peut paraître contreproductif de prévoir des exceptions à cet effort de rationalisation. **Votre commission a par conséquent souhaité supprimer cette précision.**

1. *Une extension des dispositifs*

Parallèlement, l’article 35 de l’ordonnance comporte **deux dispositions qui** **étendraient les marchés globaux sectoriels**.

* ***La pérennisation de dispositifs transitoires***

L’ordonnance tend tout d’abord à **pérenniser les dispositifs qui devaient s’éteindre au 1er janvier 2017** et qui permettent aux collectivités territoriales de recourir à des marchés globaux pour répondre aux besoins de la justice, de la brigade des sapeurs-pompiers de Paris et de la police ou de la gendarmerie nationales.

En attente de la réponse des associations d’élus et de la position du rapporteur pour savoir si cette disposition est à maintenir ou non

* ***L’ajout d’un nouveau secteur dans le périmètre des marchés globaux***

L’ordonnance vise, ensuite, à **ajouter à la liste** des marchés globaux sectoriels les opérations relatives à *« la* ***revitalisation artisanale et commerciale*** *au sens de l'article 19 de la* ***loi du 18 juin 2014****»*.

Cet article de la loi n° 2014-626 de 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises permet à l’État, aux collectivités territoriales et aux établissements publics de conclure un **contrat de revitalisation commerciale.** Il s’inscrit dans le cadre d’une **expérimentation** dont la durée a été fixée à **cinq ans**[[63]](#footnote-63).

Ce contrat a pour objectif de diversifier et de développer l’activité de zones caractérisées *« soit par une disparition progressive des activités commerciales, soit par un développement de la mono-activité au détriment des commerces et des services de proximité, soit par une dégradation de l'offre commerciale »*.

En l’état du droit, le contrat de revitalisation commerciale permet déjà aux personnes publiques de déroger à loi *« MOP »* durant la période d’expérimentation en confiant à un opérateur *« la maîtrise d'ouvrage des travaux nécessaires à l'exécution du contrat ainsi que les études et les missions concourant à son exécution »*.

L’article 35 de la présente ordonnance compléterait ce dispositif en autorisant de manière pérenne les personnes publiques à conclure un marché global pour développer l’activité de ces zones.

Si l’objectif de cette disposition est tout à fait louable, cette disposition soulève **plusieurs difficultés** dans la mesure où :

- elle **complèterait de manière pérenne un dispositif expérimental qui n’a fait l’objet d’aucun bilan à ce stade**[[64]](#footnote-64) ;

- son **articulation avec l'article 19 de la loi du 18 juin 2014** n’est pas précisée. Concrètement, remplir un même objectif – la construction de bâtiments pour revitaliser les zones commerciales et artisanales – pourrait faire l’objet de deux procédures distinctes sans que la loi ne précise laquelle doit être privilégiée : la procédure de l’article 19 de la loi du 18 juin 2014 et les marchés globaux sectoriels de la présente ordonnance ;

- elle reviendrait à pérenniser le recours à des marchés globaux pour développer les zones commerciales et artisanales alors même que ces contrats sont, par nature, **difficilement accessibles aux** **PME** et aux artisans.

En adoptant l’**amendement COM-XX** de son rapporteur, votre commission a donc souhaité **supprimer la revitalisation artisanale et commerciale de la liste des secteurs pouvant faire l’objet d’un marché global**.

Votre commission a adopté l’article 5 **ainsi rédigé**.

Article 6 *(nouveau)*
(art. 40 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Suppression de l’évaluation préalable pour les marchés publics

Issu de l’adoption de l’**amendement COM-XX** de votre rapporteur, cet article vise à **supprimer l’évaluation préalable** prévue par la présente ordonnance **pour les marchés publics dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire**.

Il s’inscrit dans la logique d’une proposition faite par votre rapporteur lors de sa communication du 11 février 2015[[65]](#footnote-65).

1. **Les évaluations préalables dans l’ordonnance n° 2015-899**

La présente ordonnance prévoit des **évaluations préalables** dont le but est de démontrer que la forme contractuelle choisie par l’acheteur public pour répondre à un de ses besoins est la plus opportune lorsqu’on la compare aux autres contrats de la commande publique.

Ces évaluations devraient comporter *« une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet »*.

Elles seraient **nécessaires dans deux hypothèses** :

**a) pour l’ensemble des marchés de partenariat**, disposition qui reprend le droit actuellement applicable aux contrats de partenariat public-privé (PPP) ;

**b) pour les marchés publics allotis ou globaux dont le montant est égal ou supérieur à un seuil déterminé par voie règlementaire**. Le projet de décret d’application de la présente ordonnance propose de fixer ce seuil à **100 millions d’euros HT**. Il s’agirait d’une **nouvelle obligation** pour les acheteurs qui concernerait, d’après le Gouvernement, une **centaine de marchés chaque année**.

**2. La suppression de l’évaluation préalable pour les marchés publics**

Votre commission a considéré **nécessaire** la réalisation de ce type d’évaluation **pour les marchés de partenariat *(a)*** au regard de leurs spécificités (paiements différés, octroi de droits domaniaux*, etc.*)[[66]](#footnote-66).

À l’inverse, elle a souhaité **supprimer la nouvelle évaluation prévue** **pour les marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à un seuil règlementaire *(b)***, cette disposition soulevant de nombreuses difficultés.

Elle **alourdirait**, tout d’abord, **le travail des acheteurs publics.** Il s’agirait d’ailleurs d’une **surtransposition du droit communautaire**, les directives *« marchés publics »* 2014/24/UE et *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE du 26 février 2014 ne prévoyant pas ce type d’évaluations.

Ce dispositif **s’ajouterait également à d’autres évaluations** prévues par la loi et permettant déjà de contrôler les investissements faisant l’objet de marchés publics.

 À titre d’exemple, les projets d’investissements civils de l’État de plus 20 millions d’euros HT sont soumis à une évaluation socio-économique voire, s’ils dépassent 100 millions d’euros HT, à une contre-expertise du commissaire général à l'investissement[[67]](#footnote-67). Ces mêmes projets peuvent également faire l’objet d’une étude d’impact et d’une enquête publique s’ils ont des incidences notables sur l'environnement[[68]](#footnote-68).

En outre, contrairement aux marchés de partenariat, cette évaluation ne semble **pas justifiée par les caractéristiques particulières des marchés publics allotis ou globaux**, ces derniers ne faisant par exemple pas l’objet depaiements différés.

L’évaluation des marchés publics ne serait, enfin, **soumise à aucun organisme expert**[[69]](#footnote-69). Dans ces conditions, elle risque de devenir *« une simple formalité et non une étape essentielle de la réflexion de la personne publique pour choisir la formule juridique la plus adaptée pour la réalisation d’un projet »[[70]](#footnote-70)*.

Votre commission a adopté l’article 6 **ainsi rédigé**.

Article 7 *(nouveau)*
(art. 48 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Procédure de prévention des conflits d’intérêts

Issu de l’adoption de l’**amendement COM-XX** de votre rapporteur, le présent article vise à **préciser la procédure à mettre en œuvre pour prévenir les conflits d’intérêts** lors de la passation et de l’exécution d’un marché public.

Il reprend la proposition 18b du rapport de la mission d’information sénatoriale sur la commande publique[[71]](#footnote-71) ainsi qu’une préconisation émise par votre rapporteur lors de sa communication du 11 février 2015[[72]](#footnote-72).

L’article 48 de l’ordonnance n° 2015-899 transpose l’article 24 de la directive *« marchés publics »* 2014/24/UE et 42 de la directive *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE. Il dispose que les acheteurs publics *« peuvent exclure »* d’un marché les *« personnes qui (…) créent une situation de conflits d’intérêts, lorsqu’il ne peut y être remédié par d’autres moyens »*.

Le présent article additionnel vise à **répondre à deux difficultés** soulevées par l’ordonnance.

1. **Uniformiser les définitions du conflit d’intérêts**

L’article 48 de l’ordonnance reprend les termes des directives européennes pour définir la notion de conflits d’intérêts.

Or, cette définition est différente de celle établie en droit français par la **loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique**.

**La définition des conflits d’intérêts**

|  |  |
| --- | --- |
| **Ordonnance n° 2015-899 (art. 48)** | **Loi n° 2013-907 (art. 2)[[73]](#footnote-73)** |
| Toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d’en influencer l’issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public | Toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. |

*Source : commission des lois du Sénat*

**L’existence de deux définitions distinctes des conflits d’intérêts nuirait à la cohérence et la lisibilité du droit interne.**

En outre, comme M. Jean-Louis Nadal, président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), l’a souligné auprès de la mission d’information précitée, il est juridiquement possible de reprendre la définition de la loi n° 2013-907 au sein de l’ordonnance car cette dernière est plus large que la définition retenue par les directives. La France respecterait ainsi ses obligations en matière de transposition.

 La loi n° 2013-907 vise, à titre d’exemple, à prévenir une interférence entre deux intérêts *« publics »*, ce que l’actuel article 48 de l’ordonnance ne prévoit pas.

Dans ce contexte, votre commission a **appliqué la définition de la loi n° 2013-907 aux conflits d’intérêts visés par la présente ordonnance**.

1. **Privilégier le déport de l’agent public**

En l’état, l’article 48 de l’ordonnance permettrait à l’acheteur public d’exclure une entreprise d’un marché en cas de conflits d’intérêts, *« lorsqu’il ne peut y être remédié par d’autres moyens »*.

Or, la loi n° 2013-907 précitée est plus précise sur ce point : elle **privilégie le déport de l’agent public concerné par un conflit d’intérêts.** Concrètement, un fonctionnaire appartenant au service *« achats »* d’une collectivité territoriale et ayant un lien avec une entreprise candidate serait conduit à en informer son supérieur et le dossier serait confié à un de ses collègues. D’un point de vue économique, cette solution apparaît préférable dans la mesure où une réorganisation administrative éviterait d’exclure d’un marché – et donc de pénaliser – une entreprise.

Le présent article additionnel vise donc à rappeler que **l’exclusion d’une entreprise concernée par un conflit d’intérêts n’est envisageable qu’à titre subsidiaire, c’est-à-dire si la procédure de déport de la loi n° 2013-907 n’est pas applicable ou ne s’avère pas suffisante**[[74]](#footnote-74).

Votre commission a adopté l’article 7 **ainsi rédigé**.

Article 8 *(nouveau)*
(art. 52 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Encadrement législatif du recours à un critère d’attribution unique

Issu de l’**amendement COM-XX** de votre rapporteur, le présent article vise à **consacrer au niveau législatif un dispositif visant à limiter le recours à un critère unique pour l’attribution des marchés publics**.

Pour mémoire, tout marché est attribué à une entreprise en fonction de **critères d’attribution** fixés par l’acheteur public lors du lancement de la procédure de mise en concurrence. Ces critères peuvent comprendre le prix proposé par l’entreprise, la valeur technique de son offre (qualité des matériaux, délais de livraison, *etc.*), ses implications environnementales, *etc*.

L’acheteur note alors chaque offre et le **marché** est **attribué à l’entreprise ayant obtenu la meilleure note et donc présenté *« l’offre économiquement la plus avantageuse »***.

**L’attribution : exemple d’un marché du ministère de l’Intérieur[[75]](#footnote-75)**

En novembre 2015, le **ministère de l’Intérieur** a lancé un marché public visant à créer une **entrée dédiée aux personnels dans la Préfecture du Val-de-Marne située à Créteil**.

Ce marché comportait quatre lots : démolition – gros œuvre, menuiserie extérieure, charpente et électricité. Les entreprises ont eu jusqu’au 7 décembre 2015 pour répondre.

Les offres à chacun de ces lots ont été notées en fonction des critères d’attribution suivants :

- **offre financière** (prix) **: 60 %** de la note globale ;

- **moyens techniques : 40 %** de la note globale. Étaient pris en compte : les moyens matériels, les moyens humains, le respect du planning et les références de travaux similaires.

En février 2016, les lots ont été attribués aux entreprises ayant reçu la note globale la plus élevée. Le lot *« démolition – gros œuvre »* a par exemple été confié à l’entreprise Inter-isolation basée à Saint-Maur-des-Fossés pour 93 781, 32 euros TTC.

L’**actuel article 53 du code des marchés publics laisse la faculté aux acheteurs** d’attribuer leurs marchés :

a) soit sur une pluralité de critères, comme dans l’exemple précédent ;

b) soit sur le **seul critère *« prix »***.

L’attribution à partir de ce critère unique n’est possible que *« compte tenu de l'objet du marché »*, notion qui n’est pas explicitement définie et sur laquelle la jurisprudence ne s’appuie que rarement[[76]](#footnote-76). En pratique, les acheteurs publics prévoient fréquemment un critère d’attribution unique sans avoir à justifier ce choix.

Or, **le recours au seul critère *« prix »* conduit à retenir l’entreprise la moins-disante** – c’est-à-dire celle dont le montant de l’offre est le plus bas – mais pas forcément celle présentant l’offre comparative la plus avantageuse. Une autre société peut, en effet, pratiquer des prix plus élevés mais être bien meilleure sur le plan technique et ainsi mieux répondre aux besoins des acheteurs.

Fortes de ce constat, ces **directives** *« marchés publics »* 2014/24/UE et *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE ont souhaité *«****favoriser la passation de marchés publics davantage orientées vers la qualité****»[[77]](#footnote-77)* en encadrant plus strictement le recours au critère *« prix »* unique.

Plus précisément, les directives disposent que *« les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d’attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés »[[78]](#footnote-78)*.

Dans son **projet de décret** d’application de la présente ordonnance[[79]](#footnote-79), le Gouvernement reprend cette faculté.

L’article 59 de ce projet pose la pluralité des critères d’attribution comme un principe et autorise le recours à un **critère unique dans deux cas limitativement énumérés** :

a) pour **l’achat de services ou de fournitures standardisés** dont la qualité est insusceptible de variation d’un candidat à l’autre à l’image, par exemple, d’un stylo ou d’une paire de ciseaux. Dans ce cas, l’acheteur pourrait décider d’attribuer le marché à partir du seul critère *« prix »*, ce qui apparaît cohérent au regard des caractéristiques standards de ces biens et services ;

b) pour tout marché si le critère unique retenu est celui du **coût**. Différent de la notion de *« prix »*, le coût doit être analysé de manière globale et ne prend pas seulement en compte des aspects financiers. Peut notamment être intégré à la notation le **cycle de vie du produit**, concept qui permet d’évaluer la consommation énergétique de ce produit, ses frais de maintenance, ses conditions de recyclage, *etc*.

Votre commission se félicite de ces dispositions limitant le recours à un critère d’attribution unique car elles renforcent l’approche qualitative de la commande publique. Elle a considéré, en adoptant l’**amendement COM‑XX** de son rapporteur, que ces dispositions devaient être **inscrites dans un texte de** **rang législatif** dans la mesure où :

- elles contraignent les collectivités territoriales dans le choix de leurs critères d’attribution et entrent donc dans le champ de l’article 34 de la Constitution[[80]](#footnote-80) ;

- il s’agit d’un principe fondamental régissant l’attribution de l’ensemble des marchés publics.

Votre commission a adopté l’article 8 **ainsi rédigé**.

Article 9 *(nouveau)*
(art. 87 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Coordination relative à l’évaluation préalable pour les marchés de partenariat

Inséré à l’initiative de votre rapporteur, le présent article procède à une **coordination** relative à l’évaluation préalable prévue pour les marchés de partenariat.

L’article 87 de l’ordonnance n° 2015-899 tend à définir les modalités de mise en œuvre de cette évaluation. Pour ce faire, il se réfère à l’article 40 de cette même ordonnance qui précise notamment que l’évaluation doit comporter *« une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet »*.

**Votre commission ayant souhaité supprimer cet article 40 de l’ordonnance**[[81]](#footnote-81), il a été nécessaire de procéder à une coordination en insérant les modalités de mise en œuvre de l’évaluation des marchés de partenariat au sein du présent article 87.

Votre commission a adopté l’article 9 **ainsi rédigé**.

Article 10 *(nouveau)*
(art. 87 de l’ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)
Obligation de cautionnement pour les marchés de partenariat

Le présent article vise à **imposer au titulaire d’un marché de partenariat la constitution d’un cautionnement** afin de **garantir aux sous-traitants** le **paiement des sommes qui leur sont dues.**

Issu de l’**amendement COM‑XX** de votre rapporteur, cet article s’inscrit dans la logique de la recommandation n° 6 du rapport de nos collègues Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur sur les contrats de partenariat[[82]](#footnote-82). Il reprend également une proposition émise par votre rapporteur lors de sa communication du 11 février 2015[[83]](#footnote-83).

1. **L’exécution des marchés de partenariat, un cadre juridique dérogatoire**

L’intervention de sous-traitants dans le cadre d’un marché public alloti ou global est encadrée par la **loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975**[[84]](#footnote-84). Cette dernière prévoit :

- d’une part, que chaque sous-traitant doit être *« accepté »* par l’acheteur public avant son intervention sur le chantier. L’acheteur peut ainsi vérifier les références du sous-traitant et refuser son intervention s’il ne remplit pas toutes les conditions requises ;

- d’autre part, les sous-traitants dont la prestation dépasse 600 € TTC bénéficient d’un *« paiement direct »* : ils sont rémunérés par l’acheteur public et non par l’entreprise titulaire du marché. Ce système constitue une garantie importante pour les sous-traitants que la personne publique a l’obligation de payer dans les trente jours[[85]](#footnote-85).

Ces dispositions ne sont **pas applicables aux actuels contrats de partenariat public-privé (PPP)**. L’article 11 de l’ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 se borne à permettre au sous-traitant de demander au titulaire la constitution d’un **cautionnement auprès d'un organisme financier** pour garantir le paiement des sommes qui lui sont dues.

Or, comme le soulignait nos collègues **Hugues Portelli** et **Jean-Pierre Sueur** dans le rapport précité, le fait que ce **cautionnement** soit **constitué à la demande du sous-traitant**soulève des **difficultés**.

 En effet, *« les relations contractuelles particulièrement déséquilibrées en défaveur du sous-traitant peuvent le conduire à renoncer, plus ou moins volontairement, à ce droit »[[86]](#footnote-86)*. Concrètement, le sous-traitant s’abstient fréquemment de demander la constitution de ce cautionnement car il craint que cela conduise le titulaire du contrat de partenariat à lui préférer une entreprise ne sollicitant pas cette garantie bancaire.

Nos collègues proposaient ainsi de *« renforcer les garanties de paiement des entreprises auxquelles il est fait appel par le partenaire privé pour l’exécution du contrat de partenariat »*.

1. **La nécessité de prévoir un cadre plus protecteur pour les sous-traitants des marchés de partenariat**
* ***Des améliorations dans l’ordonnance…***

L’article 87 de l’ordonnance n° 2015-899 comprend une avancée concernant l’exécution des marchés de partenariat[[87]](#footnote-87) : il prévoit que le titulaire confie une part minimale des prestations à des PME et à des artisans. Cette *« part minimale »* est fixée à 10 % par l’article 155 du projet de décret d’application de la présente ordonnance[[88]](#footnote-88).

Ce même projet de décret précise, en outre, que le délai de paiement des sous-traitants fixé à trente jours pour les marchés publics (*Cf.* supra) est également applicable aux marchés de partenariat (article 156).

La règle du paiement direct ne serait toutefois pas étendue, lessous-traitantsd’un marché de partenariat étant toujours rémunérés par l’entreprise titulaire de ce dernier et non par l’acheteur.

* ***… qu’il convient de conforter***

Le Gouvernement n’a pas prévu de modifier les modalités du cautionnement bancaire permettant de garantir le paiement des sommes dues aux sous-traitants: il serait toujours constitué à la demande de ces derniers.

**Rappelant les relations déséquilibrées entre l’entreprise titulaire d’un marché de partenariat et sessous-traitants**, votre commission a souhaité rendre ce **cautionnement obligatoire** en s’inspirant des conclusions du rapport précité de nos collègues Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur.

Votre commission a adopté l’article 10 **ainsi rédigé**.

# Examen en commission

----------

(Mercredi 16 mars 2016)

# Liste des personnes entendues et des contributions écrites

# Liste des personnes entendues

*Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ)*

M. Jean Maïa, directeur des affaires juridiques

M. Benoît Dingremont, sous-directeur du droit de la commande publique

*Mouvement des entreprises de France (MEDEF)*

M. Gilles de Bagneux, président du Comité de la commande publique

Mme Kim Si Hassen, juriste, chargée de mission à la Direction des affaires juridiques

M. Jules Guillaud, chargé de mission à la Direction des affaires publiques

*Confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises (CGPME)*

M. Frédéric Grivot, vice-président en charge de l’industrie

Mme Jennifer Bastard, juriste à la Direction des affaires économiques

*Union professionnelle artisanale (UPA)*

M. Pierre Burban, secrétaire général

Mme Caroline Duc, conseillère technique

*CCI Paris-Ile-de-France*

M. Alain Buat, membre élu

Mme Dominique Moreno, sous-directeur

Mme Véronique Etienne‑Martin, directrice de cabinet du président et du directeur général

*Entreprises générales de France ‑ BTP*

M. Max Roche, vice-président, directeur général du groupe Eiffage

M. Xavier Besançon, délégué général

M. Christian Cucchiarini, directeur juridique

*Syndicat national du second œuvre (SNSO)*

M. Renaud Marquié, délégué général

M. Marc Brihaye, chef d’entreprise

M. Dominique Duchamps, chef d’entreprise

*Institut de la gestion déléguée (IGD)*

M. Pierre‑Emeric Chabanne, délégué général

M. François Tenailleau, expert auprès de l’IGD

*Fédération nationale des travaux publics (FNTP)*

M. Julien Guez, directeur général

M. François Tenailleau, expert auprès de l’IGD

*Fédération française du bâtiment (FFB)*

M. Alain Piquet, vice-président

M. Séverin Abbatucci, directeur des affaires juridiques

Mme Patricia Grelier‑Wyckoff, chef du service « marchés »

*Assemblée permanente des chambres de métiers et de l’artisanat (APCMA)*

M. François Moutot, directeur général

Mme Véronique Matteoli, directrice générale adjointe des relations institutionnelles

*Confédération de l’artisanat des petites entreprises du bâtiment (CAPEB)*

Mme Sabine Basili, vice-présidente, présidente de la Commission nationale des affaires économiques

Mme Ingrid Bigot-Falcon, responsable de projet du pôle économique

M. Dominique Proux, directeur des relations institutionnelles et européennes

*Conseil national des Barreaux (CNB)*

Mme Leïla Hamzaoui, présidente de la Commission droit et entreprise

M. Dominique Piau, président de la Commission règles et usages

Mme Géraldine Cavaillé, responsable du service juridique

M. Gabriel Benesty, expert auprès la Commission droit et entreprise

*Conseil national de l’ordre des architectes (CNOA)*

Mme Catherine Jacquot, présidente

M. Denis Dessus, vice-président

*Conseil national de l’ordre des architectes (CNOA)*

M. André Yché, président

M. Vincent Mahé, vice-président

Mme Anne Frémont, directrice des relations institutionnelles et des études

CONTRIBUTIONS ÉCRITES

*Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG)*

# Annexe 1 – L’habilitation législative à légiférer par ordonnance

***Article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives***

I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi :

1° Nécessaire à la transposition de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, et de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés 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 ;

2° Rationalisant pour l'ensemble des contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne :

a) Les règles générales de passation et d'exécution de ces contrats ;

b) Le cadre juridique applicable aux contrats globaux, y compris sectoriels, afin d'harmoniser les règles relatives à ces contrats ;

3° Clarifiant la finalité des autorisations d'occupation des propriétés des personnes publiques et leur rapport avec le droit de la commande publique ;

4° Prévoyant pour les contrats globaux :

a) Les modalités d'élaboration des évaluations préalables à leur passation afin de renforcer la sécurité juridique et financière de ces contrats ;

b) Les conditions de recours et de mise en œuvre de ces contrats de nature à circonscrire leur utilisation ;

c) La fixation d'un seuil financier à partir duquel le recours à un contrat global est possible ;

5° Apportant les modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet ;

6° Permettant d'étendre, avec les adaptations nécessaires, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises les règles relatives aux marchés publics, sous réserve des compétences dévolues à ces collectivités.

II. - L'ordonnance prévue au I s'applique aux contrats pour lesquels une procédure de passation est engagée à une date qui ne peut être antérieure au 1er janvier 2016.

# Annexe 2 – Les seuils de procédure formalisée

Définis par décret, les seuils de procédure formalisée visent à transposer les dispositions du droit communautaire.

De manière schématique :

- les **marchés publics dont le montant est inférieur à ces seuils** sont principalement régis par le **droit interne**, sous réserve de l’application des principes généraux de la commande publique fixés par l’Union européenne comme la non-discrimination entre les entreprises candidates.

Ces marchés correspondent essentiellement aux marchés à procédure adaptée (**MAPA**) dont les **règles** s’avèrent beaucoup **plus souples** que les marchés à procédure formalisée : les négociations sont toujours possibles, les délais de procédure sont moins contraignants, *etc*.

- les **marchés dont le montant est supérieur à ces seuils** sont régis par les **directives** *« marchés publics »* 2014/24/UE et *« secteurs spéciaux »* 2014/25/UE. Il s’agit de **marchés formalisés** dont les règles sont plus strictes que celles applicables au MAPA et dont la forme contractuelle la plus connue est celle des appels d’offres.

Il existe aujourd’hui **trois seuils distincts** qui diffèrent en fonction de la nature du marché (marchés de travaux, de service ou de fourniture) et de l’acheteur (État, collectivités territoriales, établissements de santé).

**Les seuils de procédure formalisée**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | État | Collectivités territoriales et établissements de santé |
| Fournitures et services | 135 000 € | 209 000 € |
| Travaux | 5 225 000 € |

*Source : commission des lois du Sénat à partir d’éléments de direction de l'information légale et administrative[[89]](#footnote-89)*

1. Loi relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives. Cf. l’annexe 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Communication transmise au Gouvernement et disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>. [↑](#footnote-ref-2)
3. Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME, rapport n° 82 (2015-2016) de M. Martial Bourquin fait au nom de la mission commune d’information sur la commande publique (<http://www.senat.fr/rap/r15-082-1/r15-082-1.html>). [↑](#footnote-ref-3)
4. Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?, rapport n° 733 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois du Sénat (<http://www.senat.fr/rap/r13-733/r13-733.html>). [↑](#footnote-ref-4)
5. Les concessions – qui permettent notamment de confier la gestion d’un service public à une entreprise privée - font l’objet d’une ordonnance spécifique (ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016) dont le projet de loi de ratification n’a pas encore été déposé au Parlement. Elles n’entrent donc pas dans le périmètre du présent rapport. [↑](#footnote-ref-5)
6. Par opposition aux marchés à procédure adaptée, les appels d’offres sont des marchés dont le montant dépasse des seuils fixés au niveau communautaire et dont les procédures sont plus contraignantes. Cf. l’annexe 2 pour plus de précision. [↑](#footnote-ref-6)
7. À l’instar des sociétés publiques locales (SPL) prévues par l’article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cf. les deux arrêts suivants de la Cour de justice de l’Union européenne : CJUE, 9 juin 2009, Commission c/ Allemagne, C-480/06 (coopération public-public) et CJUE, 18 novembre 1999, Teckal Srl, C-107/98 (in house). [↑](#footnote-ref-8)
9. Principe actuellement consacré par l’article 10 du code des marchés publics. [↑](#footnote-ref-9)
10. Source : étude impact de décembre 2014 relative au projet d’ordonnance « marchés publics », p. 24 (<http://www.economie.gouv.fr>). [↑](#footnote-ref-10)
11. Soit trois codes, dix lois ou ordonnances et quatre décrets en Conseil d’État.

Source : projet d’étude d’impact précité sur l’ordonnance relative aux marchés publics. [↑](#footnote-ref-11)
12. D’après les informations recueillies par votre rapporteur, le Gouvernement pourrait demander une habilitation lui permettant de rédiger ce code de la commande publique dans le cadre du projet de loi pour la transparence et la modernisation de la vie économique (dit « Sapin II ») que le Parlement pourrait examiner au printemps 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cf. le rapport n° 59 (2014-2015) sur le projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, p. 76 ( <http://www.senat.fr/rap/l14-059/l14-0591.pdf>). [↑](#footnote-ref-13)
14. Qui correspondent, concrètement, à des seuils en dessous desquels il ne serait pas possible de conclure ces types de contrats. [↑](#footnote-ref-14)
15. Alors même que ces marchés ne sont pas des marchés globaux (b) ni marché de partenariat (c) car ils n’en respectent pas les critères de mise en œuvre. [↑](#footnote-ref-15)
16. Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cf. l’encadré du commentaire de l’article 4 pour plus de précisions sur la « loi MOP ». [↑](#footnote-ref-17)
18. Cf. le tableau ci-dessus comparant les régimes juridiques des différents marchés. [↑](#footnote-ref-18)
19. A l’instar de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure. Cf. le tableau récapitulatif du commentaire de l’article 5. [↑](#footnote-ref-19)
20. Il s’agit de dispositif permettant aux collectivités d’utiliser des contrats globaux pour répondre aux besoins de la justice, de la brigade des sapeurs-pompiers de Paris, de la police ou de la gendarmerie nationales (Cf. l’actuel article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales). [↑](#footnote-ref-20)
21. Cf. notamment le rapport n° 82 (2015-2016) précité (p. 26). L’exemple pris est celui de la cité municipale de Bordeaux, ouvrage construit en PPP. Alors que le tribunal administratif avait jugé que le critère de la complexité n’était pas rempli et que le PPP devait être annulé, la cour administrative d’appel a considéré le contraire, annulé le jugement de première instance et confirmé la légalité du contrat. [↑](#footnote-ref-21)
22. En effet, plus ces seuils minimaux sont élevés, plus les possibilités de recourir aux marchés de partenariat sont réduites. [↑](#footnote-ref-22)
23. Texte qui est, pour mémoire, en cours de rédaction. [↑](#footnote-ref-23)
24. Selon les informations recueillies par votre rapporteur lors de ses auditions. [↑](#footnote-ref-24)
25. L’ordonnance devait être prise dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 précitée, soit le 20 septembre 2014 au plus tard. Or, elle a été publiée le 23 juillet 2015. [↑](#footnote-ref-25)
26. Le projet de loi de ratification devait être déposé dans un délai de cinq mois à compter de la publication de l’ordonnance, soit le 23 décembre 2015. Or, il a été enregistré à la Présidence du Sénat le 21 octobre 2015. [↑](#footnote-ref-26)
27. A l’instar, par exemple, des évaluations prévues par le code de l’environnement ou par la loi n° 2012-1558. Cf. le commentaire du nouvel article 6. [↑](#footnote-ref-27)
28. L’évaluation préalable pour les marchés de partenariat n’a, pour sa part, pas été remise en cause étant donné les caractéristiques spécifiques de ces contrats. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cf. le rapport n° 82 (2015-2016) précité, p. 50-51. [↑](#footnote-ref-29)
30. Loi relative à la transparence de la vie publique. [↑](#footnote-ref-30)
31. Il serait également possible de fixer un critère « coût » unique mais celui-ci intègrerait des considérations autres que financières (durée de vie du produit, possibilités de recyclage, etc). [↑](#footnote-ref-31)
32. Pour mémoire, l’article 34 de la Constitution dispose que la « loi détermine les principes fondamentaux (…) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». [↑](#footnote-ref-32)
33. Il s’agirait, par exemple, de prévoir le versement d’une avance obligatoire pour les marchés d’une durée supérieure à un mois (contre deux mois actuellement) et d’un montant supérieur à 25 000 euros HT (contre 50 000 euros HT actuellement). [↑](#footnote-ref-33)
34. Dans le cadre d’un marché global ou d’un marché de partenariat, il n’est par exemple pas nécessaire de coordonner l’intervention concomitante ou successive de plusieurs entreprises sur le chantier. [↑](#footnote-ref-34)
35. Actuel article L. 211-5 du code des relations entre le public et l’administration. [↑](#footnote-ref-35)
36. Comme, par exemple, le fait que l‘opération est techniquement difficile. Cf. l’article 32 de la présente ordonnance pour la liste complète de ces motifs. [↑](#footnote-ref-36)
37. L’acheteur devrait par exemple démontrer que les ressources humaines de son service « architecture – travaux » sont insuffisantes pour coordonner l’intervention de plusieurs entreprises. [↑](#footnote-ref-37)
38. Rapport n° 733 (2013-2014) précité, p. 41. [↑](#footnote-ref-38)
39. Loi relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives. Cf. l’annexe 1. [↑](#footnote-ref-39)
40. Cf. l’article 103 de l’ordonnance. [↑](#footnote-ref-40)
41. L’ordonnance devait être prise dans un délai de neuf mois à compter de la promulgation de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 précitée, soit le 20 septembre 2014 au plus tard. Or, elle a été publiée le 23 juillet 2015. [↑](#footnote-ref-41)
42. Le projet de loi de ratification devait être déposé dans un délai de cinq mois à compter de la publication de l’ordonnance, soit le 23 décembre 2015. Or, il a été enregistré à la Présidence du Sénat le 21 octobre 2015. [↑](#footnote-ref-42)
43. Conseil constitutionnel, 29 février 1972, Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises, décision n° 72-73L. [↑](#footnote-ref-43)
44. Cf. le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics. [↑](#footnote-ref-44)
45. Cf. l’exposé général pour plus de précisions. [↑](#footnote-ref-45)
46. Projet de décret soumis à une consultation publique le 5 novembre 2015. La version définitive de ce décret est actuellement étudiée par le Conseil d’État et devrait être publiée… [↑](#footnote-ref-46)
47. Cf. l’article L. 211-5 du code des relations entre le public et l'administration. [↑](#footnote-ref-47)
48. Risque de rendre l’opération techniquement difficile ou financièrement coûteuse, impossibilité pour l’acheteur public d’organiser, de piloter et de coordonner un chantier, risque de restrictions de la concurrence. [↑](#footnote-ref-48)
49. Cf. l’article 10 du code des marchés publics et l’arrêt suivant : Conseil d’État, 10 mai 2006, Société Schiocchet, n° 288435. [↑](#footnote-ref-49)
50. Cf. l’exemple de l’attribution d’un marché par le ministère de l’Intérieur au sein du commentaire de l’article 8. [↑](#footnote-ref-50)
51. La note sans rabais (un lot attribué à l’entreprise A), celle avec un rabais de 10 % (deux lots attribués à cette même entreprise) et celle avec un rabais de 20 % (trois lots attribués). [↑](#footnote-ref-51)
52. Cf. le schéma de la partie I.B de l’exposé général concernant la nouvelle architecture des contrats de la commande publique dans la présente ordonnance. [↑](#footnote-ref-52)
53. Cf. l’exposé général pour plus de précisions sur le fonctionnement des marchés de partenariat. [↑](#footnote-ref-53)
54. Dans la mesure où les marchés de partenariat impliquent des paiements différés voire la constitution de droits réels sur le domaine public (Cf. l’exposé général du présent rapport). [↑](#footnote-ref-54)
55. Pour mémoire, une mission globale comporte la conception, la construction, l'aménagement, voire l'entretien et la maintenance de l’ouvrage. [↑](#footnote-ref-55)
56. Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

Cf. l’encadré du commentaire du nouvel article 4 pour plus de précisions sur cette loi. [↑](#footnote-ref-56)
57. Journal officiel de l’Assemblée nationale, deuxième séance du mercredi 6 mai 1987, p. 878. [↑](#footnote-ref-57)
58. Cf., par exemple, le cas des marchés répondant aux besoins de la police et de la gendarmerie et notamment le rapport n° 371 (2001-2002) de M. Jean-Patrick Courtois fait au nom de la commission des lois et relatif au projet de loi d’orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, p. 58 (<http://www.senat.fr/rap/l01-371/l01-3711.pdf>). [↑](#footnote-ref-58)
59. Les BEA et les AOT se distinguent principalement par leur durée maximale : 99 ans pour les BEA contre 70 ans pour les AOT. [↑](#footnote-ref-59)
60. Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d’orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (dite « LOPSI 1 »). [↑](#footnote-ref-60)
61. Cf. l’article 119 de la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008, l’article 132 de la loi n° 2008 1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, l’article 134 de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, l’article 96 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d’orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure et l’article 137 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014. [↑](#footnote-ref-61)
62. Cf. l’exposé général pour plus de précisions sur ces difficultés juridiques. [↑](#footnote-ref-62)
63. Expérimentation mise en œuvre au titre de l’article 37-1 de la Constitution. [↑](#footnote-ref-63)
64. Pour mémoire, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 précitée prévoit la remise de rapports d’évaluation par les ministres chargés du commerce et de l'urbanisme avant la fin d’année 2017 (rapport intermédiaire) et avant la fin de l’année 2017 (rapport final). [↑](#footnote-ref-64)
65. Communication devant la commission des lois du Sénat disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>. [↑](#footnote-ref-65)
66. Cf. l’exposé général pour un rappel des principales caractéristiques de ces contrats et le nouvel article 9 du présent projet de loi. [↑](#footnote-ref-66)
67. Cf. l’article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 et le décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013. [↑](#footnote-ref-67)
68. Cf. les articles L. 122-1 et L. 123-1 du code de l’environnement. [↑](#footnote-ref-68)
69. À l’inverse de l’évaluation des marchés de partenariat, l’article 76 de l’ordonnance prévoyant, en effet, de la soumettre pour avis à la mission d'appui aux partenariats public-privé. [↑](#footnote-ref-69)
70. Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?, rapport n° 733 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois du Sénat, p. 21. (<http://www.senat.fr/rap/r13-733/r13-733.html>). Cette phrase concernait les actuelles évaluations des marchés de partenariat qui ne sont pas soumises à un organisme expert. Elle est appliquée par analogie à l’évaluation préalable que prévoyait le Gouvernement pour les marchés allotis et globaux dont le montant dépasse 100 millions d’euros HT. [↑](#footnote-ref-70)
71. Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME, rapport n° 82 (2015-2016) de M. Martial Bourquin, fait au nom de la MCI sur la commande publique, p. 124 (<http://www.senat.fr/rap/r15-082-1/r15-082-1.html>). [↑](#footnote-ref-71)
72. Communication à la commission des lois du Sénat disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>. [↑](#footnote-ref-72)
73. Cette définition est également reprise par l’article 2 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires adopté par le Sénat en première lecture le 27 janvier 2016. [↑](#footnote-ref-73)
74. À titre d’exemple, cette procédure de déport ne serait pas possible pour une collectivité territoriale de petite taille dont le service « achats » ne compte qu’un seul fonctionnaire et dans l’hypothèse où ce dernier présente un conflit d’intérêts avec une entreprise candidate. Dans cette situation, seule l’exclusion de l’entreprise de la procédure de concurrence permettrait de prévenir tout conflit d’intérêts. [↑](#footnote-ref-74)
75. Source : plateforme des marchés publics de l’État (<https://www.marches-publics.gouv.fr>). [↑](#footnote-ref-75)
76. Conseil d’État, 6 avril 2007, Département de l’Isère, n° 298585 : au regard de la complexité du projet, il n’est pas possible de prévoir un critère prix pour la réalisation d’un itinéraire alternatif à une route départementale de l’Isère. [↑](#footnote-ref-76)
77. Cf. le considérant 90 de la directive « marchés publics » 2014/24/UE et le considérant 95 de la directive « secteurs spéciaux » 2014/25/UE. [↑](#footnote-ref-77)
78. Articles 67 de la directive « marchés publics » et 82 de la directive « secteurs spéciaux ». [↑](#footnote-ref-78)
79. Projet de décret soumis à une consultation publique le 5 novembre 2015. La version définitive de ce décret est actuellement étudiée par le Conseil d’État et devrait être publiée… [↑](#footnote-ref-79)
80. Qui dispose, pour mémoire, que la « loi détermine les principes fondamentaux (…) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». [↑](#footnote-ref-80)
81. Cf. le commentaire de l’article 6. [↑](#footnote-ref-81)
82. Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?, rapport n° 733 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois du Sénat (<http://www.senat.fr/rap/r13-733/r13-733.html>). [↑](#footnote-ref-82)
83. Communication devant la commission du Sénat disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>. [↑](#footnote-ref-83)
84. Loi relative à la sous-traitance. [↑](#footnote-ref-84)
85. Cf. le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique. [↑](#footnote-ref-85)
86. Rapport n° 733 (2013-2014) précité, p. 41. [↑](#footnote-ref-86)
87. Marchés qui correspondent, pour mémoire, à la forme contractuelle remplaçant les contrats de partenariat public-privé. [↑](#footnote-ref-87)
88. Projet de décret soumis à une consultation publique le 5 novembre 2015. La version définitive de ce décret est actuellement étudiée par le Conseil d’État et devrait être publiée… [↑](#footnote-ref-88)
89. Éléments disponibles au lien suivant : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F23371>. [↑](#footnote-ref-89)