

Thierry Beaugé : thierrybeauge@hotmail.com

Olivier Frot : o.frot@wanadoo.fr

Association ConsulTeam

Remarques sur l'avant-projet n° 2 de code des marchés publics

1. Bravo pour la numérotation pratiquement maintenue.
2. Plusieurs articles ont été réécrits apportant une lecture plus fluide ou une compréhension améliorée.
3. Art. 6 Bonnes précisions pour la définition du besoin avec les exigences fonctionnelles.
4. Art. 12
Acte d'engagement électronique non signé et login : OK. Mais acte d'engagement papier signé ?
5. Art. 16
Le titulaire devrait pouvoir refuser sa reconduction, surtout si pas de mini/maxi et si politique PME. Cela contribuerait aussi à un petit rééquilibrage du contrat. Il n'est jamais bon de vouloir faire travailler malgré lui un fournisseur.
6. Art. 18
Pas de butoir ni de sauvegarde à la clause d'ajustement ?

7. Art. 20

Pourquoi ne revoit-il pas aussi à l'article 35 : marchés complémentaires ?
(Lorsqu'un marché complémentaire n'est pas possible...).

8. Art. 28

Plus clair et mieux rédigé. II 3^{ème} alinéa « Si les circonstances le justifient »... Peu explicite. Bruxelles fait de même, il n'est peut être pas nécessaire de lui donner des gages, en revanche les corps de contrôle, la MIEM etc. vont prendre cela à la lettre... Ne vaut-il pas mieux rien mettre ?
Les procédures formalisées auxquelles il est fait référence dans le 2^o alinéa du II font-elles allusion aux modes de passation ou également aux catégories de marché ce qui ouvrirait le marché à bons de commande et accords-cadres aux MAPA ? Le 2^o alinéa du I de l'article 75 les exclut formellement.

9. Art. 30

Cet article semble continuer d'exonérer certains marchés de services de la publicité contrairement à la jurisprudence Teleaustria ?

10. Art. 33

1. Les « critères objectifs » au pluriel caractérisent l'appel d'offres tandis qu'ailleurs le critère unique du prix semble demeurer une possibilité non limitée du reste. Attention aux adjudications déguisées en appels d'offres.
2. La présentation de l'appel d'offres restreint s'entendrait bien d'abord de l'affirmation selon laquelle tout opérateur économique peut candidater, avant de caractériser sa deuxième phase, car les étrangers nous font parfois procès de mise en concurrence limitée. La mise en concurrence reste très large, ce n'est que la faculté de remettre une offre qui est limitée.

11. Art 35

1. Article plus ouvert et plus clair.

2. « Approprié » et « non conforme », puis « inappropriée » (art. 58 et 63), malgré les explications, font couler de nombreuses interrogations. Est-il indispensable de faire la distinction ?

12. Art. 39

La pré information peut générer des délais beaucoup plus courts pour les soumissionnaires. Elle va surtout servir de procédure d'urgence qui ne dira pas son nom. Peut-on considérer en ce cas qu'une simple publicité sur le site Internet de l'acheteur, certes mieux que le rien actuel, suffirait sur le plan national, compte tenu de l'éparpillement actuel des sites ?

Risques de contentieux ?

13. Art. 40

III 1° Entre 90 000 et 137 000 etc. publicité au BOAMP ou JAL. De plus dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné... Ne pourrait-on ajouter « ou dans un support national » ?

14. Art. 41

Pourrait-on cesser de dire dans la deuxième phrase le contraire de ce que l'on écrit dans la première... En supprimant les frais de reprographie chers aux petites collectivités, on les inciterait à dématérialiser leurs procédures...

15. Art. 43

1. Le renvoi à l'ordonnance est-il indispensable dès lors qu'elle figure dans les visas du décret ?

2. On n'y parle pas des sous-traitants ?

16. Art. 43 à 46

1. C'est plus clair.

2. Ils semblent cependant s'appliquer indifféremment aux marchés passés selon une procédure formelle et aux MPA. En ce cas, c'est un alourdissement préjudiciable notamment aux PME. Ne pourrait-on se contenter pour les MPA d'une attestation sur l'honneur et de quelques contrôles aléatoires (tout en conservant le certificat URSSAF dès 3000 € qui pourrait être monté à 4000 €) ?

17. Art. 45

II 2° Pas de capacités de gestion environnementale pour les marchés de fournitures ?

18. Art. 46

1. « Appropriées » et « conformes » : cf. point 11.

2. « Sans suite » et « infructueux » paraissent deux notions voisines mais différentes. L'article ici en fait des synonymes différenciés par la seule procédure qu'elles servent (sans suite pour le négocié et infructueux pour l'appel d'offres).

3. Incidences de la réécriture des articles R324-4 et R324-7 du code du travail sur l'article 46 CMP ? La remise des certificats tous les 6 mois ne va guère dans le sens de la simplification, ni du reste des PME.

19. Art. 48

« Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat »... Un mandataire représente plus d'un candidat. Cf. Art. 51 IV : « Les candidatures et les offres sont signées (...) soit par le mandataire ».

20. Art. 49

1. Les échantillons peuvent aussi parfois accompagner utilement les candidatures dans les procédures restreintes, par exemple pour une

campagne de communication, la production d'un visuel en tant que références serait éclairant...

2. Bien pour la prime. Il y a de nombreux abus d'échantillons gratuits qui frisent le pénal, notamment dans l'alimentaire et le médical.

21. Art. 50

Les variantes redeviennent exceptionnelles, en pratique. C'est très dommage pour l'innovation et la richesse des offres. Probablement dommage aussi pour les PME qui pouvaient là sortir du carcan prix plus facilement.

22. Art. 51

1. Contradiction apparente signalée au point 18.

2. Pourquoi conforter les acheteurs dans l'illusion d'une super garantie avec la solidarité du groupement solidaire, alors qu'elle ne peut qu'exceptionnellement être réelle ?

La plupart des groupements solidaires que nous voyons sont de pure couverture, et si la solidarité devait être mise en jeu l'entreprise serait tout simplement liquidée... En revanche elle coûte. L'exigence du mandataire solidaire dans le marché paraît à la fois plus suffisante, plus réaliste et moins coûteuse.

23. Art. 52

1. Bien pour les critères « en stricte corrélation avec l'objet du marché ».

2. Les critères de sélection sont au pluriel ici. Cf. remarque point 10

24. Art. 53

1. Le nouveau critère de « la valeur culturelle de l'offre » serait utilement accompagné d'exemples dans la circulaire d'application.

2. « Le coût global d'utilisation » semble regrouper deux notions différentes : celles du coût global d'une part et du coût d'utilisation d'autre part, le premier étant relatif à la définition du besoin (art. 5), tandis que le second relève des critères de choix.

3. La pondération n'est pas définie, or elle va poser quelques questions, surtout au début. Par exemple faut-il également indiquer la façon dont on va l'appliquer aux différents critères, c'est-à-dire le mode de notation ? Une pondération égale, 50/50, ou 33/33/33 est-elle valide ? Circulaire ? Au V 2°, sociétés d'artisans, coopératives (...) ne faut-il pas mettre « ou équivalent » pour viser les autres pays ?

4. Alinéa 2 du III : phrase incompréhensible, voire dangereuse. Qu'est ce que cette fourchette, écart par rapport à quoi et approprié en fonction de quoi ?

5. Ne serait-il pas plus explicite d'indiquer que la pondération doit figurer dans l'avis et son mode d'application dans le RC ?

25. Art.54

L'enchère électronique n'est ouverte qu'aux fournitures ? La directive semble plus large.

26. Art. 57

La directive est confuse, l'article 57 aussi. Certes l'exercice est difficile, mais en pratique pas une personne sur deux ne l'interprète de la même façon (test en formation hier parmi des non débutants !). La difficulté, outre les nombreux cas qu'il convient de distinguer, nous semble venir de l'article 57 4° « Les délais mentionnés au 1°, 2° et 3°... » renvoient sans doute aux 52 jours, mais dans le 2° on parle aussi de 22 jours, ce qui ferait $52-7 = 45$, ou selon l'autre lecture $22-7 = 15$

Plus généralement la combinaison d'un avis électronique quasi courant, de l'urgence et de la mise à disposition du DCE dès la publication peut conduire à des délais de 10 jours (travaux < à 5 278 000), ce qui est notoirement insuffisant et aboutira à des offres de couverture non travaillées. Il conviendrait de rappeler que ces minima ne doivent pas être systématiquement retenus.

27. Art. 59

Qui demande « aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de son offre » ? Qui par ailleurs déclare « sans suite ». Même question pour articles 64, 66 et 67. Peut-on préciser la personne ?

28. Art. 58 et 61

Ces articles ne mentionnent plus « à tous les candidats », comme le faisait l'article 52 ?

29. Art. 66

Le champ de la négociation est tellement restrictif que l'on peut se demander si la procédure a encore une utilité (V. « Ne peut modifier substantiellement... »).

30. Art. 67

Au VII « Des précisions, clarifications (...) peuvent être demandées aux candidats... ». Par qui ? Précision.

31. Art. 76

1. Au 3^o alinéa : « Pour les marchés passés sur la base d'un accord-cadre, les parties ne peuvent apporter de modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre ». N'est-ce pas trop restrictif ? Des exemples dans la circulaire sur ce qui est substantiel ou non seraient utiles.

2. Le monde des marchés hospitaliers et alimentaires, notamment, aurait besoin de marchés sur accord-cadre qui soient d'exécution très rapide, non compatible avec le passage en CAO et le contrôle de légalité. Est-il envisageable de prévoir pour ces marchés un allègement comme celui qui avait été retenu pour les bons de commande ? En alimentaire la fréquence des commandes est hebdomadaire, en médical à peine plus longue...

32. Art. 77

1. La terminologie de « marché cadre » pour désigner des marchés qui ne sont précisément pas ceux d'application des accords-cadres est très gênante. Ne peut-on garder « marchés à bons de commande ».

2. Le déplafonnement du maxi devrait conduire à permettre au titulaire de renoncer à sa reconduction avec un préavis raisonnable, (cf. point 5).

Dans un marché de quatre ans avec un mini/maxi comportant un écart de 4, l'engagement de l'administration est de 1 quand celui du candidat est de 16... Si on déplafonne (absence de maximum), l'engagement de l'administration est de 1 quand celui du titulaire est illimité... Equilibre du contrat ?

3. Aucun des articles 75 à 77 n'évoquent de montant minimum ou maximum, tandis que les articles 27 et 87 évoquent cette possibilité. Doit-on en déduire que les marchés cadres sont systématiquement sans montant mini ni maxi ? Ce point pourrait être précisé. Demander aux candidats de soumissionner sans aucun minimum garanti, mais sur une simple estimation, peut avoir des conséquences économiques négatives.

33. Art. 80 et 81

Le 80 organise une information succincte tandis que le 81 stipule une information détaillée. C'est une source de confusion. Le retour à la situation du code précédent n'est-il pas plus raisonnable, en l'espèce ?

34. Art. 87

4° alinéa : « La personne publique » ?

35. Art. 88

7° alinéa : Une avance facultative peut être demandée pour les travaux.
Peut-on l'élargir aux fournitures et services ?

36. Art. 106

« La personne publique ».

37. Art. 112

1. La sous-traitance existe aussi dans les fournitures industrielles. Elles sont fabriquées sur mesure, et font donc l'objet d'un contrat d'entreprise. L'article 115 qui concerne aussi la sous-traitance fait expressément allusion aux marchés industriels de la défense.

2. Le deuxième alinéa n'est pas explicite...

Très cordialement

* *

*