

Lettre d'actualité sur les marchés publics n° 06-2008¹

Spécial Présidence de la République, commenté²

Sommaire :

Communiqué de l'Elysée sur les marchés publics et commentaires

**NB : Il s'agit de premiers commentaires « à chaud » sans aucun recul
ni analyse de la doctrine, à prendre donc avec relativité...**

¹ Lettre d'actualité sur abonnement.

² Extraits du dossier de Presse de l'Elysée : fiche n° 12

**Communiqué de l'Élysée : SIMPLIFICATION DU CODE DES MARCHES
PUBLICS**

Le plan de relance de l'économie présenté par Nicolas Sarkozy contient des mesures visant à simplifier le code des marchés publics, "dans un souci d'accélération, de transparence et de meilleur coût". Il accroît par ailleurs son alignement sur le droit communautaire.

1. Des marchés sans formalité jusqu'à 20 000 € HT.

Le seuil en dessous duquel un marché public peut être conclu sans aucune procédure sera relevé de 4.000 à 20.000 euros, "ce qui permettra aux collectivités publiques de s'adresser de gré à gré à des fournisseurs locaux".

Commentaires : Bruxelles y étant très attaché, on peut penser que la publication restera obligatoire mais très simplifiée, par exemple sur le site de l'acheteur (« le profil »). Ce seuil est déjà celui que se donnent le Royaume-Uni, l'Italie et la Suède. Cependant l'allusion au « gré à gré » du communiqué sous entend sans publicité et laisse assez perplexe. A suivre.

2. Suppression du seuil de publicité de 90 000 € HT et allègement des formalités de publication nationales

Suppression du seuil de publicité à 90.000 euros propre au code des marchés publics français.

Commentaires : Le seuil de 90 000 € HT n'est pas prescrit par Bruxelles. Il impliquait l'obligation de publicité au BOAMP³ ou dans un JAL⁴ à partir de ce seuil pour réaliser une publicité assez large.

Cela veut dire qu'une « publicité adaptée » conviendrait de 4 000 € HT à 133 000 € HT pour les marchés de fournitures et services de l'Etat et à 206 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales. Par « publicité adaptée » il faut entendre un support papier qui ne serait pas nécessairement JAL, c'est-à-dire très local ou

³ Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics

⁴ Journal habilité à publier des Annonces Légales

restreint, la publication sur le site Internet de la collectivité ou de l'établissement public, ou toute autre voie comme l'affichage, l'audiovisuel etc.

Il faudra attendre des précisions pour savoir si pour les marchés de travaux est créé un autre seuil, par exemple à 206 000 € HT ou si les marchés de travaux peuvent se contenter d'une publicité adaptée jusqu'au seuil communautaire c'est-à-dire 5 150 000 € HT, ce qui a priori nous paraîtrait excessif.

Ce qui est lourd, en pratique, pour les acheteurs c'est les formulaires types d'avis d'appel à la concurrence et les contentieux extrêmement nombreux qui en découlent. Si l'acheteur peut se contenter d'un formulaire beaucoup plus léger et juridiquement sécurisé en dessous des seuils communautaires, alors ce serait une vraie simplification. Mais si l'on veut une réelle mise en concurrence, s'agissant de marchés importants bien qu'inférieurs aux seuils communautaires, alors la publication au BOAMP s'impose, au forfait. On pourrait imaginer un formulaire très concis et un forfait encore plus bas que 50 €. En matière de publication, le vrai progrès viendrait de l'existence d'un site unique et exhaustif.

3. Marchés de travaux : appel d'offres formel obligatoire au-delà du seuil communautaire

Le seuil, au-delà duquel s'appliquerait obligatoirement la procédure d'appel d'offres pour les marchés de travaux, serait porté de 206.000 € HT à 5 150 000 € HT, seuil européen.

Commentaires : A l'heure actuelle entre 206 000 € HT et 5 150 000 € HT les marchés de travaux doivent prendre la forme d'une procédure formalisée choisie entre l'appel d'offres, le marché négocié, le dialogue compétitif, le concours ou encore le système d'acquisition dynamique. Ce que la Présidence de la République veut corriger, ici, c'est l'obligation d'une procédure très encadrée là où Bruxelles ne prévoit aucune obligation autre que le respect des principes généraux de la commande publique : liberté d'accès, non discrimination et proportionnalité. On veut aussi faire une plus grande place à la négociation informelle et, de ce point de vue, c'est une bonne chose.

4. Relance de la négociation

Dans son dossier de presse, l'Elysée prétend que la règle interdit actuellement de négocier

les prix, y compris en-deçà des seuils européens.

Commentaires : cela ne paraît pas tout à fait exact puisque les marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA) sont en principe des marchés négociés. Ils supportent en effet une deuxième, voire une troisième remise de prix, là où l'appel d'offres n'en autorise qu'une. Mais en pratique il se trouve en effet que les acheteurs négocient très peu. Peur du délit de favoritisme ? Ils se contentent d'une demande par écrit d'une « nouvelle et dernière offre » espérant ainsi obtenir un ultime rabais sur l'offre initiale. Relancer la négociation pour les MAPA les plus importants est une excellente mesure pour les finances publiques et pour la qualité des marchés, notamment pour la bonne adéquation entre l'offre et la demande. Il peut être choquant de constater que les collectivités publiques sont les seules à ne pas négocier.

La solution que nous prônons et qui serait plus radicale, mais impliquerait un accord de Bruxelles, serait que liberté soit laissée aux acheteurs publics de recourir à l'appel d'offres comme au marché négocié, quelque soit le montant du marché, c'est-à-dire que les acheteurs Etat et collectivités territoriales disposeraient de la même souplesse que les acheteurs des entités adjudicatrices que sont EDF, RATP, SNCF, RFF etc. Ces souplesses sont prévues par la Directive 2004/17, mais pas par la Directive 2004/18 dite « secteurs classiques ».

5. Suppression de la commission d'appel d'offres pour les marchés de l'Etat

Commentaires : Cette suppression affecterait les seuls marchés de l'Etat.

C'est de la commission des marchés de l'Etat (CME) qu'il s'agit. Elle joue depuis sa dernière réforme un rôle de conseil, ses avis ne sont pas contraignants, mais son passage obligé au-delà de certains seuils⁵ alourdit la procédure. L'idée pourrait être que chaque ministère est pleinement responsable de ses marchés et ne solliciterait l'avis de la commission ou ses conseils que sur une base volontaire, avec, par ailleurs le rôle renforcé de guide et d'orientation générale joué par le MINEFE.

Pas de précision quant à la commission d'appel d'offres de l'hôpital. A suivre...

⁵ 6 millions d'euros et pour les marchés de prestations intellectuelles.

Il n'est pas prévu de supprimer la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales (régions, départements, communes) et c'est sans doute préférable. Un allègement serait cependant bien venu.

6. Fixer un seuil aux marchés complémentaires

Le communiqué affirme que le droit français ne fixe pas de seuil aux marchés complémentaires quand Bruxelles, dans ses Directives, en prévoit. Qu'il conviendrait donc d'en fixer.

Commentaires : Ceci ne semble pas exact. Le code français prévoit un plafond du marché complémentaire à 50% du marché initial. Il reste vrai que les marchés complémentaires, souplesse prévue par les Directives, restent trop peu et mal utilisés. Une simplification du recours et une clarification sur la nécessité, ou pas, de l'avoir prévu dans la rubrique « Option » de l'avis de publication serait utile. Clarification attendue aussi par rapport à l'article 20 du code qui dispose qu'un avenant ne saurait « bouleverser l'économie du marché ». Mais un marché complémentaire n'est pas un avenant. C'est un nouveau marché.

7. Ces mesures seraient-elles applicables aux Etablissements publics de santé (EPS) ?

Commentaires : Oui. On peut même considérer que c'est une des réponses adoptée par les pouvoirs publics face à la fronde des plus grands hôpitaux devant les complexités du code des marchés publics. Les EPS resteraient soumis au code des marchés publics, mais bénéficieraient pleinement des simplifications annoncées.

8. Et tout cela pour quand ?

Commentaires : cela devrait aller très vite. Les mesures qui sont du niveau réglementaire seront adoptées "début janvier 2009".

"Celles de niveau législatif seront adoptées dans les mêmes délais que la loi de finances rectificative" qui sera présentée début 2009 en conseil des ministres.

S'il y avait à résumer le message présidentiel, on pourrait dire qu'il s'agit de simplifier, de rendre proportionnel le poids des procédures à l'enjeu des marchés et d'harmoniser nos règles avec le droit communautaire.

Messieurs Larcher et Stoléru avaient demandé une partie de ces réformes. Le président de la République y donne suite. Tout ceci ne facilite pas le travail de la DAJ⁶ qui s'apprêtait à publier un toilettage du code....

Très bonne lecture !

⁶ Direction des affaires juridiques du MINEFE, en charge de la réglementation des marchés publics.

Douai - 4 décembre 2008

Simplification des procédures pour accélérer les investissements

Simplification du code des marchés publics dans un souci d'accélération, de transparence, de meilleur coût et d'accès des petites entreprises à la commande publique

_ Le Président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Jean-Luc WARSMANN, a été chargé par le Premier Ministre d'une mission de réflexion sur la simplification des procédures de la commande publique. Après de nombreuses auditions, il a formulé 16 mesures qui permettraient d'accélérer fortement les procédures et de renforcer la transparence de celles-ci.

_ En matière de seuils définissant les différentes procédures, la France a opté pour une approche plus restrictive que les règles communautaires, ce qui rend nos procédures plus complexes que chez nos voisins. De plus, un seuil de publicité différent des règles communautaires complique les formalités. Tous les seuils seront alignés sur le droit communautaire et le seuil de publicité à 90 000 € sera supprimé. Le seuil des marchés de travaux sera ainsi porté de 206 000 € à 5,15 M€.

_ Les règles françaises peuvent aussi pénaliser les petites entreprises : ainsi nous avons fixé un seuil pour l'obligation de formalisme à partir de 4 000 €, contre 20 000 € au Royaume-Uni, en Italie ou en Suède par exemple. Ce seuil sera porté à 20 000 €.

_ Des règles ayant pour objet la transparence manquent leur cible tout en allongeant les procédures. Il y a matière à simplification (suppression de doublons) tout en améliorant la transparence, qui constitue un objectif qui doit être renforcé.

_ Les règles peuvent aussi empêcher de bien dépenser l'argent public : le code des marchés publics interdit de négocier les prix, y compris en-deçà des seuils européens, alors qu'il pourrait en découler des économies pour les contribuables. Cette règle sera assouplie.

_ Enfin, les acheteurs sont dans une insécurité juridique qui conduit à des procédures longues, coûteuses et inutiles. Ainsi, le droit communautaire autorise à passer un marché complémentaire avec le même prestataire à hauteur de 50% du marché initial alors que le droit français ne fixe pas de seuil et ne mentionne que le fait de « bouleverser l'économie du marché ». Cela impose en pratique aux acheteurs de repasser par une procédure complète pour tout complément par peur d'une annulation par le juge. Un plafond sera fixé pour les marchés complémentaires.

Ces dispositions amélioreront la réactivité des administrations publiques. Elles seront accompagnées de mesures fortes pour renforcer la transparence sur ces marchés. Un mois de procédure en moins sur les marchés publics injecterait dans l'économie 5 Mds d'€.

Toutes ces mesures sont fondamentales pour assurer la bonne exécution du plan exceptionnel d'investissements de l'Etat.