

N° 477

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2015-2016

Enregistré à la Présidence du Sénat le 16 mars 2016

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux **marchés publics**,*

Par M. André REICHARDT,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Philippe Bas, *président* ; Mme Catherine Troendlé, MM. Jean-Pierre Sueur, François Pillet, Alain Richard, François-Noël Buffet, Alain Anziani, Yves Détraigne, Mme Éliane Assassi, M. Pierre-Yves Collombat, Mme Esther Benbassa, *vice-présidents* ; MM. André Reichardt, Michel Delebarre, Christophe-André Frassa, Thani Mohamed Soilihi, *secrétaires* ; MM. Christophe Béchu, Jacques Bigot, François Bonhomme, Luc Carvounas, Gérard Collomb, Mme Cécile Cukierman, M. Mathieu Darnaud, Mme Jacky Deromedi, M. Félix Desplan, Mme Catherine Di Folco, MM. Christian Favier, Pierre Frogier, Mme Jacqueline Gourault, M. François Grosdidier, Mme Sophie Joissains, MM. Philippe Kaltenbach, Jean-Yves Leconte, Roger Madec, Alain Marc, Didier Marie, Patrick Masclat, Jean Louis Masson, Mme Marie Mercier, MM. Michel Mercier, Jacques Mézard, Hugues Portelli, Bernard Saugey, Simon Sutour, Mmes Catherine Tasca, Lana Tetuanui, MM. René Vandierendonck, Alain Vasselle, Jean-Pierre Vial, François Zocchetto.

Voir les numéros :

Sénat : 105 et 478 (2015-2016)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS.....	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LES DEUX OBJECTIFS DE L'ORDONNANCE : TRANSPOSER ET SIMPLIFIER.....	8
A. LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES : DE NOUVEAUX OUTILS POUR LES ACHETEURS PUBLICS	10
B. UN CADRE JURIDIQUE RATIONALISÉ	11
1. Une unification des règles applicables pour plus de lisibilité	11
2. Une nouvelle architecture des marchés pour une plus grande sécurité juridique	11
a) Les marchés publics allotis	14
b) Les marchés globaux	14
c) Les marchés de partenariat	15
II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION : RATIFIER L'ORDONNANCE TOUT EN ASSURANT UN MEILLEUR ÉQUILIBRE ENTRE LES DIFFÉRENTS TYPES DE MARCHÉS.....	17
A. UNE HABILITATION RESPECTÉE PAR LE GOUVERNEMENT MAIS DES RISQUES DE LACUNES AU NIVEAU RÈGLEMENTAIRE	17
1. Le respect du champ et des délais de l'habilitation	17
2. La reprise de propositions parlementaires	18
3. La répartition entre le domaine législatif et le domaine réglementaire	19
4. Des risques de lacunes au niveau réglementaire	20
B. LA RECHERCHE D'UN MEILLEUR ÉQUILIBRE ENTRE LES MARCHÉS ALLOTIS, LES MARCHÉS GLOBAUX ET LES MARCHÉS DE PARTENARIAT	21
1. Le renforcement de l'obligation d'allotissement des marchés publics	22
2. Un encadrement raisonné des marchés globaux et des marchés de partenariat	22
a) Ne pas supprimer le recours à ces marchés... ..	22
b) ... mais l'encadrer.....	23
C. LA RÉFORME DU DÉLIT DE FAVORITISME	23
EXAMEN DES ARTICLES	25
• Article 1 ^{er} Ratification de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015	25
• Article 2 (nouveau) (art. 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Suppression des « offres variables »	26
• Article 3 (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	27
• Article 4 (nouveau) (art. 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Rémunération du prestataire dans les marchés globaux de performance	29

• Article 5 (nouveau) (art. 35 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Encadrement plus strict des marchés globaux sectoriels	31
• Article 6 (nouveau) (art. 40 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Suppression de l'évaluation préalable pour les marchés publics	36
• Article 7 (nouveau) (art. 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Procédure de prévention des conflits d'intérêts	37
• 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	39
• 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	42
• Article 10 (nouveau) (art. 87 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Obligation de cautionnement pour les marchés de partenariat	42
• Article 11 (nouveau) (art. 100-1 [nouveau] de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Réforme du délit de favoritisme	44
• Article 12 (nouveau) (art. 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)	
Composition des commissions d'appel d'offres des offices publics de l'habitat	46
EXAMEN EN COMMISSION	49
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES	65
ANNEXE 1 - L'HABILITATION LÉGISLATIVE À LÉGIFÉRER PAR ORDONNANCE	69
ANNEXE 2 - LES SEUILS DE PROCÉDURE FORMALISÉE	71
ANNEXE 3 - PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DE L'ORDONNANCE ET DE LA POSITION DE LA COMMISSION	73
TABLEAU COMPARATIF	77
AMENDEMENTS NON ADOPTÉS PAR LA COMMISSION	85

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

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**.

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 inscrit son projet de loi de ratification à l'ordre du jour de la séance publique**. La commission a toutefois procédé à un examen approfondi de ce texte afin d'être en mesure, le moment venu, de le ratifier de la manière la plus éclairée possible.

Elle a souhaité que cette ordonnance soit ratifiée sous réserve qu'un meilleur équilibre soit trouvé entre les marchés allotis, d'une part, et les marchés globaux et de partenariat, d'autre part. À cette fin, elle a adopté neuf amendements de son rapporteur.

Les **marchés allotis** doivent rester le principe car ils constituent les contrats auxquels toutes les entreprises peuvent accéder, y compris les PME.

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 (nouvel article 2). Il renforce également les obligations de motivation applicables aux acheteurs publics décidant de ne pas allotir un marché (nouvel article 3).

Parallèlement, la commission a souhaité laisser les acheteurs publics recourir aux **marchés globaux et de partenariat** quand cela s'avère nécessaire pour concrétiser leurs projets d'investissement. Elle s'est bornée à :

- retirer les opérations de revitalisation artisanale et commerciale de la liste des marchés globaux sectoriels afin de mieux circonscrire ces derniers (nouvel article 5) ;

- donner davantage de garanties aux sous-traitants intervenant dans l'exécution de marchés de partenariat (nouvel article 10).

À l'initiative de M. Philippe Bonnecarrère, qui fût président de la mission commune d'information sur la commande publique, la commission a également **réformé 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 (nouvel article 11).

La commission des lois a adopté le projet de loi de ratification ainsi modifié.

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 2014¹ 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 2015² et une mission commune d'information a spécifiquement porté sur la commande publique³.

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-privé⁴.

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.

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.

² Communication transmise au Gouvernement et disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>.

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>).

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>).

Votre commission a toutefois souhaité procéder à un examen approfondi de cette ordonnance afin 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**. À l'initiative de M. Philippe Bonnecarrère, votre commission a également souhaité **réformer le délit de favoritisme** pour le recentrer sur son véritable objectif : punir les acheteurs favorisant délibérément une entreprise.

I. 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 :

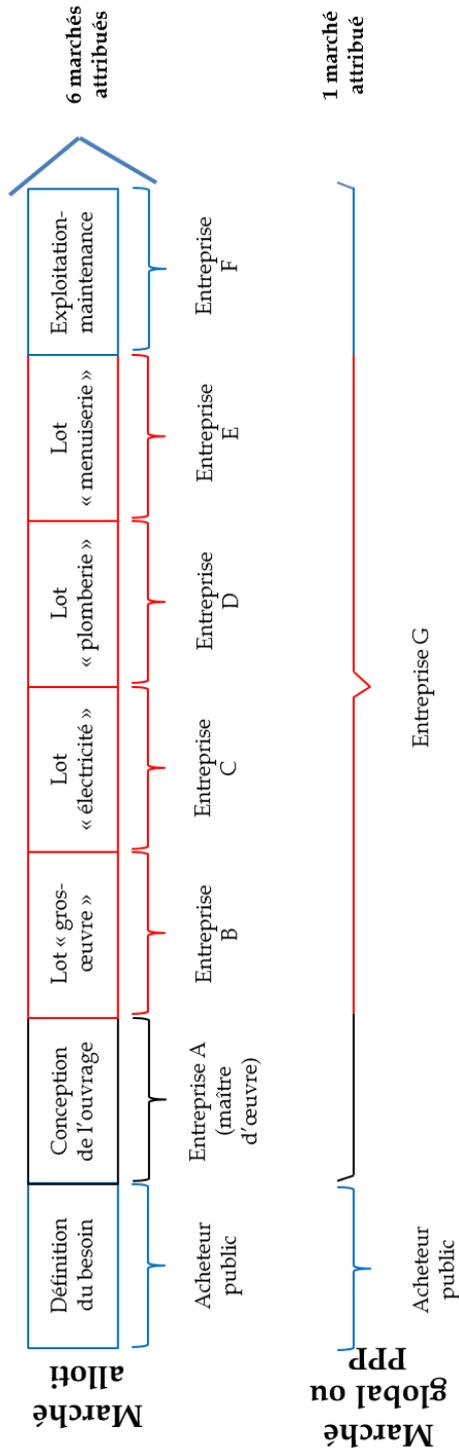
- les **marchés publics au sens strict** qui correspondent à des contrats à titre onéreux conclus par des personnes publiques (État, collectivités territoriales, *etc.*) ou certaines entités privées accomplissant des missions d'intérêt général (La Poste, SNCF, *etc.*) pour répondre à leurs besoins. Ces 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 ouvrage¹.

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

¹ 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.

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



Source : commission des lois du Sénat

A. 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* » (article 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'offres¹. 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**, article 18) ou à une entreprise qu'il contrôle² (**prestations « in house »**, article 19). Dans les deux cas, et conformément à la jurisprudence communautaire³, 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 (articles 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 (article 62).

L'article 32 de l'ordonnance reprend enfin le **principe de l'allotissement**⁴ qui permet un accès plus facile de l'ensemble des entreprises, y compris des PME, à la commande publique alors que, 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

¹ 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 précisions.

² À l'instar des sociétés publiques locales (SPL) prévues par l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales.

³ 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).

⁴ Principe actuellement consacré par l'article 10 du code des marchés publics.

permettrait aux PME de se voir attribuer 1,25 milliard d'euros de marchés supplémentaires¹.

B. UN CADRE JURIDIQUE RATIONALISÉ

1. 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**² 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)³.

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 réglementaire, ce que votre commission avait jugé discutable dans la mesure où elles affectent la libre administration des collectivités territoriales⁴.

2. 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**.

¹ Source : étude d'impact de décembre 2014 relative au projet d'ordonnance « marchés publics », p. 24 (<http://www.economie.gouv.fr>).

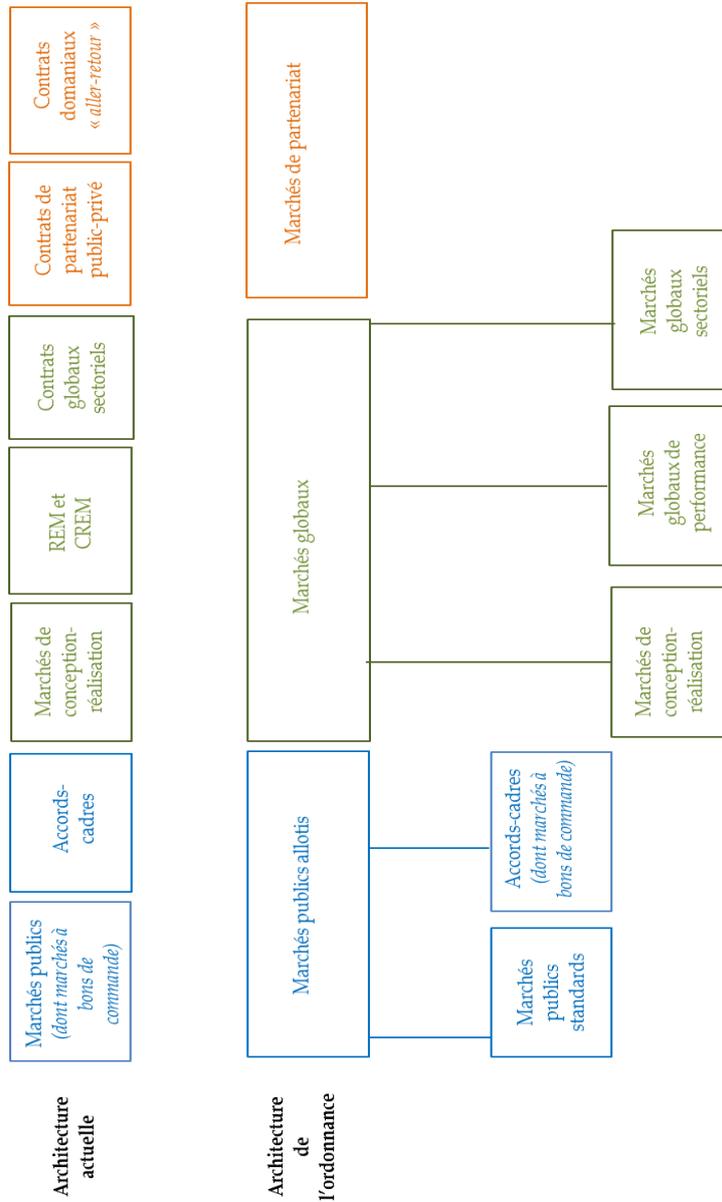
² Soit trois codes, dix lois ou ordonnances et quatre décrets en Conseil d'État.

Source : projet d'étude d'impact précité sur l'ordonnance relative aux marchés publics.

³ 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.

⁴ 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/114-059/114-0591.pdf>).

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 allotés, 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
	<i>Préparation du marché</i>		
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 ¹	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
	<i>Clauses du marché</i>		
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
	<i>Exécution du marché</i>		
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

¹ Qui correspondent, concrètement, à des seuils en dessous desquels il ne serait pas possible de conclure ces types de contrats.

a) *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**¹. 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**.

b) *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 »**² - qui prévoit une stricte séparation entre l'architecte maître d'œuvre qui conçoit l'ouvrage d'un point de vue architectural et les entreprises prestataires qui exécutent le chantier³.

Le recours aux marchés globaux est donc **dérogatoire** et doit être justifié sur la base de critères précis⁴.

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

¹ Alors même que ces marchés ne sont pas des marchés globaux (b) ni des marchés de partenariat (c) car ils n'en respectent pas les critères de mise en œuvre.

² Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

³ Cf. l'encadré du commentaire de l'article 4 pour plus de précisions sur la « loi MOP ».

⁴ Cf. le tableau ci-dessus comparant les régimes juridiques des différents marchés.

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 éparses¹, 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 1^{er} janvier 2017².

c) 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

¹ 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.

² Il s'agit de dispositifs 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).

(*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 intégrerait 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 (articles 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 juridique¹.

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).

¹ 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.

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 contrats¹.

L'exécutif envisage de 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'ordonnance².

**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 ³
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

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION : RATIFIER L'ORDONNANCE TOUT EN ASSURANT UN MEILLEUR ÉQUILIBRE ENTRE LES DIFFÉRENTS TYPES DE MARCHÉS

A. UNE HABILITATION RESPECTÉE PAR LE GOUVERNEMENT MAIS DES RISQUES DE LACUNES AU NIVEAU RÉGLEMENTAIRE

1. 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.

¹ En effet, plus ces seuils minimaux sont élevés, plus les possibilités de recourir aux marchés de partenariat sont réduites.

² Texte qui est, pour mémoire, en cours de rédaction.

³ Selon les informations recueillies par votre rapporteur lors de ses auditions.

Le **déla**i de l'**habilitation**¹ ainsi que le **déla**i pour déposer le projet de loi portant ratification de l'ordonnance² 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'envergure³ et n'a pas souhaité alourdir la charge des acheteurs publics⁴.

À l'initiative de M. Didier Marie, votre commission a également **adapté la composition des commissions d'appel d'offres des offices publics de l'habitat (OPH) aux spécificités de ces derniers (nouvel article 12)**.

2. 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'ordonnance⁵.

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**).

¹ 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.

² 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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Cf. le rapport n° 82 (2015-2016) précité, p. 50-51.

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**¹. 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.

3. La répartition entre le domaine législatif et le domaine réglementaire

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 **réglementaire** (projet de décret), d'autre part.

Une incohérence a ainsi été constatée concernant 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 un tel 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.*)².

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'attribution³.

¹ Loi relative à la transparence de la vie publique.

² Il serait également possible de fixer un critère « coût » unique mais celui-ci intégrerait des considérations autres que financières (durée de vie du produit, possibilités de recyclage, etc).

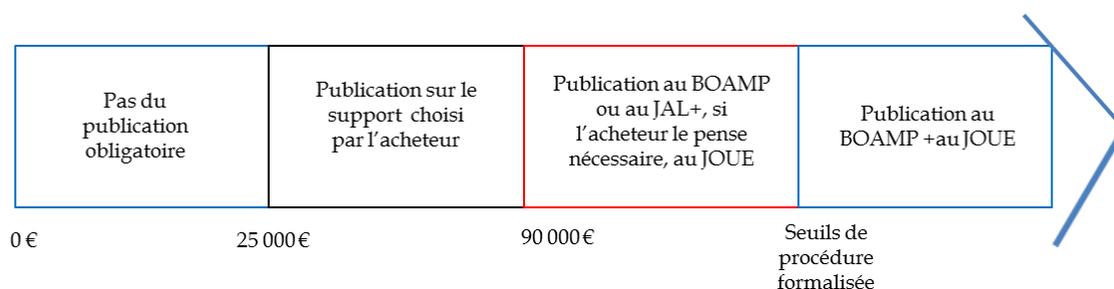
³ Pour mémoire, l'article 34 de la Constitution dispose que la « loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ».

4. Des risques de lacunes au niveau réglementaire

S'agissant des dispositions d'ordre réglementaire, 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 réglementaire** 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'attribution¹ 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**.

B. LA RECHERCHE D'UN MEILLEUR ÉQUILIBRE ENTRE LES MARCHÉS ALLOTIS, LES MARCHÉS GLOBAUX ET LES MARCHÉS 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'acheteur² 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.

¹ 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).

² 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.

1. 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 **vosre commission a souhaité la renforcer en s'inspirant du régime de motivation des décisions administratives individuelles défavorables**¹.

L'acheteur devrait ainsi motiver son refus de diviser le marché en lots en explicitant des « *considérations de droit* » correspondant aux motifs juridiques invoqués² et des « *considérations de fait* » renvoyant à des éléments concrets démontrant son impossibilité d'allotir³ (**nouvel article 3**).

Vosre 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 2**). 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.

2. Un encadrement raisonné des marchés globaux et des marchés de partenariat

a) 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 réglementaire 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.**

¹ Actuel article L. 211-5 du code des relations entre le public et l'administration.

² 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.

³ L'acheteur devrait par exemple démontrer que les ressources humaines de son service « architecture – travaux » sont insuffisantes pour coordonner l'intervention de plusieurs entreprises.

b) ... 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 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* »¹, votre commission a rendu la constitution de ce cautionnement obligatoire.

C. LA RÉFORME DU DÉLIT DE FAVORITISME

À l'initiative de M. Philippe Bonnacarrère, président de la mission commune d'information sur la commande publique, votre commission a 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 (**nouvel article 12**).

En l'état du droit, la jurisprudence de la Cour de cassation considère en effet que ce délit est constitué même si l'intention de l'acheteur de favoriser une ou plusieurs entreprises n'a pas été démontrée². Dès lors, la moindre erreur – même formelle – dans l'application des règles de la commande publique est passible de sanctions pénales comme l'a notamment

¹ Rapport n° 733 (2013-2014) précité, p. 41.

² Cour de cassation, chambre criminelle, 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83396.

souligné M. Jean-Louis Nadal, président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique¹.

Or, cette interprétation jurisprudentielle ne paraît pas adaptée dans la mesure où « *elle provoque la crainte des acheteurs publics et les décourage à prendre des initiatives en termes d'ingénierie contractuelle* »². En d'autres termes, les personnes publiques privilégient des marchés stéréotypés et n'exploitent pas toutes les potentialités que leur offre le droit de la commande publique pour améliorer la qualité de leurs achats.

Loin de supprimer le délit de favoritisme – qui demeure un garde-fou indispensable pour punir d'éventuelles dérives – votre commission a ainsi **rappelé la nécessité pour constituer ce délit de démontrer que l'acheteur a délibérément favorisé ou tenté de favoriser une entreprise.**

Votre commission a également **étendu le champ de ce délit « recentré » en prévoyant son application à l'ensemble des contrats de la commande publique**, y compris les concessions de travaux et les marchés de partenariat qui n'étaient pas couverts par l'actuel article 432-14 du code pénal.

*

* *

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

¹ 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, p. 122 (<http://www.senat.fr/rap/r15-082-1/r15-082-1.html>).

² Rapport n° 82 (2015-2016) précité, p. 123.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

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 2014¹.

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 2015².

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'habilitation³ et de dépôt du projet de ratification⁴ 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 réglementaire* » d'après l'expression du Conseil constitutionnel⁵.

Cette ratification permettrait également **d'intégrer les modifications au texte de l'ordonnance proposées par le Sénat** (Cf. les articles additionnels 2 à 12).

Votre commission a adopté l'article 1^{er} **sans modification**.

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.

² Cf. l'article 103 de l'ordonnance.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

Article 2 (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-34 de votre rapporteur et des amendements identiques COM-2 et COM-21 de MM. Portelli et Sueur - 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 lot¹ : 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 lots².

Si une même entreprise peut déposer des offres pour 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.

¹ Cf. l'article 10 du code des marchés publics et l'arrêt suivant : Conseil d'État, 10 mai 2006, Société Schiocchet, n° 288435.

² Cf. l'exemple de l'attribution d'un marché par le ministère de l'intérieur au sein du commentaire de l'article 8.

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 n'est 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 A¹ 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 2 **ainsi rédigé**.

Article 3 (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-35 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 2006². L'actuel article 10 du code des marchés publics

¹ 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).

² Cf. le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

prévoit ainsi que l'acheteur « *passé 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 ordonnance¹ ;

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

i. risque de rendre l'opération techniquement difficile ou financièrement coûteuse ;

ii. impossibilité pour l'acheteur public d'organiser, de piloter et de coordonner un chantier faisant intervenir plusieurs entreprises ;

iii. 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.

2. 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 Gouvernement² 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)* ».

3. 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.

¹ Cf. l'exposé général pour plus de précisions.

² 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 fin mars 2015.

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 défavorables¹ pour disposer que l'acheteur public motive son choix de ne pas allouer « *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 commentaire².

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

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-36** 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**)³. 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 alloués 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.

¹ Cf. l'article L. 211-5 du code des relations entre le public et l'administration.

² 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.

³ 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.

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 initial¹.

¹ Cf. *l'exposé général pour plus de précisions sur le fonctionnement des marchés de partenariat*.

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 complexes¹.

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-36** 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-37** 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**² à un prestataire privé dans des **secteurs aujourd'hui mentionnés dans des dispositions législatives éparses**.

¹ 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).

² Pour mémoire, une mission globale comporte la conception, la construction, l'aménagement, voire l'entretien et la maintenance de l'ouvrage.

Ces marchés, qui dérogent à la loi « MOP »¹ 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

¹ 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.

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* »¹.

Ces mêmes **arguments calendaires et financiers** ont été utilisés pour justifier les dispositions relatives à chacun de ces marchés globaux sectoriels².

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 concerné³. 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 1^{er} 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 2002⁴ et prolongés à cinq reprises depuis⁵.

¹ Journal officiel de l'Assemblée nationale, deuxième séance du mercredi 6 mai 1987, p. 878.

² 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>).

³ Les BEA et les AOT se distinguent principalement par leur durée maximale : 99 ans pour les BEA contre 70 ans pour les AOT.

⁴ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (dite « LOPSI 1 »).

⁵ 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.

2. L'article 35 de l'ordonnance : rationaliser mais également étendre la liste des secteurs concernés

a) 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 communautaire¹.

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.**

b) 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 1^{er} 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.

- ***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**

¹ Cf. *l'exposé général pour plus de précisions sur ces difficultés juridiques.*

revitalisation commerciale. Il s'inscrit dans le cadre d'une **expérimentation** dont la durée a été fixée à **cinq ans**¹.

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**² ;

- 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-37** 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.**

¹ Expérimentation mise en œuvre au titre de l'article 37-1 de la Constitution.

² 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 2019 (rapport final).

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-38** 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 2015¹.

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 réglementaire. 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.)².

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 réglementaire (b)**, cette disposition soulevant de nombreuses difficultés.

¹ Communication devant la commission des lois du Sénat disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>.

² Cf. l'exposé général pour un rappel des principales caractéristiques de ces contrats et le nouvel article 9 du présent projet de loi.

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 de 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'investissement¹. 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'environnement².

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 de paiements différés.

L'évaluation des marchés publics ne serait, enfin, **soumise à aucun organisme expert**³. 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* »⁴.

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-39** 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.

¹ 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.

² Cf. les articles L. 122-1 et L. 123-1 du code de l'environnement.

³ 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.

⁴ 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.

Il reprend la proposition 18b du rapport de la mission d'information sénatoriale sur la commande publique¹ ainsi qu'une préconisation émise par votre rapporteur lors de sa communication du 11 février 2015².

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 conflit 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) ³
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

¹ 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>).

² Communication à la commission des lois du Sénat disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>.

³ 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.

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.**

2. 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 **privilegie 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**¹.

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-40** 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

¹ 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.

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'intérieur¹

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 rarement². 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

¹ Source : plateforme des marchés publics de l'État (<https://www.marches-publics.gouv.fr>).

² 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.

mais être bien meilleure sur le plan technique et ainsi mieux répondre aux besoins des acheteurs.

Ces **directives** « *marchés publics* » 2014/24/UE et « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE ont ainsi souhaité « *favoriser la passation de marchés publics davantage orientés vers la qualité* »¹ 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* »².

Dans son **projet de décret** d'application de la présente ordonnance³, 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-40** 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 Constitution⁴ ;

¹ Cf. le considérant 90 de la directive « marchés publics » 2014/24/UE et le considérant 95 de la directive « secteurs spéciaux » 2014/25/UE.

² Articles 67 de la directive « marchés publics » et 82 de la directive « secteurs spéciaux ».

³ 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 fin mars 2015.

⁴ 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 ».

- 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'ordonnance¹, 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-42** 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

¹ Cf. le commentaire de l'article 6.

partenariat¹. Il reprend également une proposition émise par votre rapporteur lors de sa communication du 11 février 2015².

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**³. 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 jours⁴.

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* »⁵. 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 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>).

² Communication devant la commission du Sénat disponible au lien suivant : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html>.

³ Loi relative à la sous-traitance.

⁴ 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.

⁵ Rapport n° 733 (2013-2014) précité, p. 41.

2. 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 partenariat¹ : 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 ordonnance².

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, les sous-traitants d'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 ses sous-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**.

Article 11 (nouveau)

(art. 100-1 [nouveau] de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)

Réforme du délit de favoritisme

Le présent article tend à 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.

Il est issu de l'**amendement COM-33 de M. Philippe Bonnecarrère** reprenant la proposition n° 18 du rapport de la mission d'information sur la

¹ Marchés qui correspondent, pour mémoire, à la forme contractuelle remplaçant les contrats de partenariat public-privé.

² 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 fin mars 2015.

commande publique¹ – dont il était le président – ainsi qu’une recommandation de M. Jean-Louis Nadal, président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP)².

1. Le délit de favoritisme, une interprétation jurisprudentielle extensive

Prévu à l’**article 432-14 du code pénal**, le délit de favoritisme punit de deux ans d’emprisonnement et de 30 000 euros d’amende la personne chargée d’une mission de service public ou investie d’un mandat électif procurant ou tentant de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires.

En 2014, **21 infractions** ont été constatées pour une amende moyenne de l’ordre de 2 500 euros. Parmi ces infractions, trois ont donné lieu à une peine d’emprisonnement avec sursis³.

Si le nombre de condamnations reste faible, **le délit de favoritisme place les acheteurs publics « dans une situation particulièrement inconfortable, dans laquelle la moindre erreur ou omission est susceptible de se voir sanctionner pénalement »**⁴. La Cour de cassation considère en effet que le délit peut être constitué alors même que l’intention de l’acheteur public de favoriser une ou plusieurs entreprises n’a pas été démontrée⁵. Dès lors, la moindre erreur – même formelle – dans l’application des règles de la commande publique est passible de sanctions pénales.

Cette interprétation jurisprudentielle ne paraît pas adaptée dans la mesure où « *elle provoque la crainte des acheteurs publics et les décourage à prendre des initiatives en termes d’ingénierie contractuelle* »⁶. En d’autres termes, les personnes publiques privilégient des marchés stéréotypés et n’exploitent pas toutes les potentialités que leur offre le droit de la commande publique pour améliorer la qualité de leurs achats.

Tel qu’interprété par la Cour de cassation, le délit de favoritisme peut également paraître **redondant par rapport aux recours prévus par le code de justice administrative**⁷. Comme le rappelle d’ailleurs M. Philippe Bonnecarrère, « *si la compétence du juge administratif était historiquement très limitée dans le droit des marchés publics, elle est aujourd’hui une compétence de*

¹ 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, p.122 (<http://www.senat.fr/rap/r15-082-1/r15-082-1.html>).

² Renouer avec la confiance publique, rapport au Président de la République sur l’exemplarité des responsables publics, janvier 2015, p. 126 (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/154000023/>).

³ Source : direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice.

⁴ Rapport précité de M. Jean-Louis Nadal, p. 126.

⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83396.

⁶ Rapport n° 82 (2015-2016) précité, p. 123.

⁷ Recours dont l’un des effets est justement d’annuler ou de reformer des contrats pour lesquels une erreur matérielle a été commise.

droit commun »¹. En 2013, les tribunaux administratifs ont par exemple traité 6 199 affaires relatives à la commande publique².

2. La réforme adoptée par votre commission

Loin de supprimer le délit de favoritisme – qui demeure un garde-fou indispensable pour punir d'éventuelles dérives – votre commission a adopté l'amendement COM-33 de M. Philippe Bonnecarrère afin de **rappeler que la constitution de ce délit nécessite de démontrer une intention dolosive**.

Il s'agit donc de recentrer le délit de favoritisme sur son objectif : punir une volonté manifeste de favoriser une entreprise, le juge pénal devant établir que l'acheteur public a « *en connaissance de cause* » procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié.

Votre commission a également **étendu le champ de ce délit « recentré » en prévoyant son application à l'ensemble des contrats de la commande publique**, y compris les concessions de travaux et les marchés de partenariat qui n'étaient pas couverts par l'actuel article 432-14 du code pénal.

Votre commission a adopté l'article 11 **ainsi rédigé**.

Article 12 (nouveau)

(art. 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)

Composition des commissions d'appel d'offres des offices publics de l'habitat

Le présent article vise à **adapter la composition des commissions d'appel d'offres des offices publics de l'habitat (OPH) aux spécificités de ces derniers**. Il est issu des **amendements COM-18 et COM-19 de M. Didier Marie**.

Pour mémoire, ces commissions ont pour mission d'étudier les candidatures des entreprises et d'attribuer les marchés publics. Elles sont obligatoires pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics – dont les OPH – mais pas pour l'État³.

Il convient de **distinguer, en l'état du droit, deux types d'OPH** :

a) ceux appliquant l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises

¹ Cf. l'objet de l'amendement COM-33.

² Conseil d'État, *Le juge administratif et la commande publique*, 3 juin 2014 (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-la-commande-publique>).

³ Cf. le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008.

au code des marchés publics¹. Dans ce cas, **les règles de composition de la commission d'appel d'offres sont relativement souples**, l'article R. 421-18 du code de la construction et de l'habitation prévoyant simplement que le directeur général de l'OPH préside la commission ;

b) les OPH ayant choisi d'appliquer le code des marchés publics². Dans une telle hypothèse, la commission d'appel d'offres des OPH est composée du directeur de l'OPH et de deux à quatre membres du conseil d'administration (voix délibératives, présence obligatoire). Elle peut être complétée par des membres du service technique de l'OPH, des personnalités qualifiées, le comptable public et un membre de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)³ (voix consultatives, présence facultative).

L'article 101 de la présente ordonnance revient sur le droit en vigueur en imposant à tous les OPH la composition de leur commission d'appel d'offres.

Selon les termes de l'ordonnance, la commission sera composée du directeur de l'OPH, de trois à cinq membres du conseil d'administration (voix délibératives, présence obligatoire), du comptable public et du représentant de la DGCCRF (voix consultatives mais présence obligatoire). La présence des agents des services techniques et des personnalités qualifiées demeurera facultative⁴.

Cette disposition représente donc une **contrainte supplémentaire pour les OPH qui appliquent actuellement le code des marchés publics⁵** (b) mais également pour ceux soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (a)⁶. Comme le souligne M. Didier Marie, ces contraintes de fonctionnement constitueraient « *un frein à l'accomplissement des missions (des OPH) et donc à la satisfaction des objectifs de production de logements sociaux fixés par les pouvoirs publics* »⁷.

Enfin, à titre de comparaison, les **sociétés anonymes d'HLM**, dont les actions sont comparables à celles des OPH, **déterminent librement la composition de leur commission d'appel d'offres⁸.**

¹ L'application de cette ordonnance par les OPH est prévue par l'article L. 421-26 du code de la construction et de l'habitation.

² L'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 précité permettant aux personnes publiques qui y sont soumises d'appliquer le code des marchés publics sur la base du volontariat.

³ Cf. les articles 22 et 23 du code des marchés publics.

⁴ Nouvel article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales.

⁵ Notamment au regard de la présence obligatoire du comptable public dans la commission.

⁶ Pour lesquels le droit en vigueur impose simplement que la présidence de la commission d'appel d'offres soit présidée par le directeur général de l'OPH.

⁷ Cf. l'objet des amendements COM-18 et COM-19.

⁸ Conformément à l'article L. 433-6 du code de la construction et de l'habitation.

Votre commission a ainsi souhaité que **la composition de la commission d'appel d'offres des OPH soit adaptée aux particularités de ces derniers**. À ce stade, elle a renvoyé cette adaptation au pouvoir réglementaire en adoptant les deux amendements précités de M. Didier Marie.

Votre commission a adopté l'article 12 **ainsi rédigé**.

*

* *

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 EN COMMISSION

(MERCREDI 16 MARS 2016)

M. André Reichardt, rapporteur. – Les marchés publics représentent, chaque année, plus de 200 milliards d’euros, soit dix points de PIB. Ce chiffre illustre l’importance que revêt la ratification de l’ordonnance du 23 juillet 2015.

Le Gouvernement a été habilité à la publier par la loi relative à la simplification des entreprises du 20 décembre 2014 pour transposer deux directives communautaires du 26 février 2014 et rationaliser le droit de la commande publique. Cette ordonnance entrera en vigueur en avril prochain. Au regard de ses enjeux, je regrette que le Gouvernement n’ait pas encore inscrit son projet de loi de ratification à l’ordre du jour de la séance publique. En me nommant rapporteur, la commission a toutefois souhaité examiner l’ordonnance dès à présent afin d’être en mesure, le moment venu, de la ratifier de la manière la plus éclairée possible.

Cette ordonnance concerne les marchés publics allotis, les marchés globaux et les marchés de partenariat, mais pas les concessions qui font l’objet d’une ordonnance spécifique publiée le 29 janvier dernier dont le projet de ratification n’a pas encore été déposé.

La transposition des deux directives précitées fournit de nouveaux outils aux acheteurs publics pour qu’ils puissent mener une politique d’achats plus cohérente. C’est ainsi que l’ordonnance crée une « procédure concurrentielle avec négociation » qui permettrait à l’acheteur de dialoguer avec les candidats pour améliorer leur offre même au-dessus des seuils d’appels d’offres.

Le principe de l’allotissement – qui consiste à diviser le marché en lot pour faciliter l’accès des PME aux marchés – est également conforté. Il est en effet étendu aux entités privées accomplissant des missions d’intérêt général comme La Poste ou la SNCF, ce qui permettrait, d’après le Gouvernement, d’attribuer 1,25 milliards d’euros de marchés supplémentaires aux PME.

La rationalisation du droit de la commande publique, second objectif de l’ordonnance, passe tout d’abord par une unification et une simplification des règles applicables : l’ordonnance remplace ainsi 17 textes en vigueur. En outre, elle fixe au niveau législatif les principes de la commande publique alors que l’actuel code des marchés publics est de niveau réglementaire.

Enfin, l’ordonnance propose une nouvelle architecture des marchés.

Il s’agit désormais de distinguer, d’abord, les marchés allotis, qui correspondent, comme aujourd’hui, à la forme contractuelle de droit commun. Par rapport au droit en vigueur, une nouvelle évaluation préalable serait

nécessaire pour les marchés dépassant 100 millions d'euros, les entreprises pourraient proposer des offres variables et les acheteurs seraient contraints de motiver leur choix de ne pas allouer un marché.

Deuxième catégorie : les marchés globaux, qui dérogent à la loi de 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique car l'entreprise assume la conception de l'ouvrage, l'exécution des travaux, voire l'entretien du bâtiment. L'ordonnance simplifie le recours aux contrats globaux de performance dans lesquels l'entreprise s'engage à remplir des objectifs chiffrés. Elle étend également les marchés globaux sectoriels - qui concernent des secteurs sensibles comme les prisons - aux opérations de revitalisation artisanale et commerciale.

Enfin, les marchés de partenariat regroupent les actuels partenariats public-privé (PPP) - examinés par nos collègues Portelli et Sueur dans leur rapport de 2014 - et les contrats domaniaux qui avaient été utilisés pour répondre aux besoins des acheteurs publics.

L'ordonnance circonscrit l'utilisation des marchés de partenariat tout en simplifiant les conditions dans lesquelles les acheteurs peuvent y recourir. Elle réforme l'évaluation préalable de ces marchés et crée une étude de soutenabilité budgétaire. Ces documents seront respectivement transmis pour avis à la mission d'appui des partenariats public-privé et à la DGFIP. Le recours à ces marchés de partenariat nécessiterait, d'après l'ordonnance, de remplir un critère unique : celui du bilan. Les critères de l'urgence et de la complexité, jugés trop imprécis, seraient donc supprimés. Enfin, l'ordonnance crée des seuils minimaux déterminés par niveau réglementaire en-dessous desquels il ne serait pas possible de conclure un marché de partenariat.

Pour ma part, je vous propose d'adopter ce projet de loi de ratification sous réserve de certaines modifications tendant à un meilleur équilibre entre les marchés alloués, les marchés globaux et les marchés de partenariat.

Tout d'abord, le champ et le délai de l'habilitation ont été respectés. Je n'ai pas repéré de sur-transposition manifeste, à l'exception de la nouvelle obligation d'évaluation préalable pour les marchés alloués dépassant 100 millions d'euros, que je vous proposerai de supprimer pour ne pas alourdir la charge des acheteurs publics.

Le Gouvernement a repris certaines propositions parlementaires, notamment en prévoyant des seuils minimaux pour le recours aux contrats de partenariat. Nous pourrions ajouter une proposition que j'avais formulée lors de ma communication du 11 février 2015 : préciser les modalités de prévention des conflits d'intérêts dans la commande publique en s'inspirant de la loi sur la transparence de 2013. L'idée est de privilégier le déport de l'acheteur concerné par un conflit d'intérêts et non l'exclusion d'une entreprise de la procédure de mise en concurrence.

Concernant la répartition entre le domaine législatif et le domaine réglementaire, je n'ai constaté qu'une seule incohérence, à laquelle je vous proposerai de remédier : l'encadrement de la possibilité pour l'acheteur public d'attribuer un marché à partir du seul critère « prix » doit être précisé au niveau législatif car il aura des conséquences sur les collectivités territoriales.

Enfin, je regrette que plusieurs propositions de nature réglementaire de la mission commune d'information sénatoriale sur la commande publique n'aient pas été reprises, notamment les mesures visant à améliorer la trésorerie des entreprises.

Concernant l'économie générale du texte, je vous proposerai de rechercher un meilleur équilibre entre les différents types de marchés. Il convient en effet de concilier les marchés allotis – qui doivent rester le principe car ils constituent les contrats auxquels toutes les entreprises peuvent accéder, y compris les PME – des marchés globaux et des marchés de partenariat – qui présentent des avantages qu'il ne faut pas sous-estimer pour les acheteurs publics mais qui doivent rester une exception au regard de leurs effets d'éviction sur les PME et les entreprises spécialisées dans un seul corps d'état.

Je vous proposerai ainsi de conforter l'allotissement en renforçant les modalités de motivation de la décision d'un acheteur de ne pas allotir son marché.

Je souhaite également supprimer le nouveau dispositif des offres variables car il permettrait à de grands groupes de proposer des « prix de gros », ce qui les avantagerait de manière excessive par rapport aux entreprises spécialisées et aux PME.

Nous aurons inévitablement un débat sur la place des marchés globaux et des marchés de partenariat. Pour ma part, je souhaite les encadrer mais je ne veux pas prendre des mesures qui reviendraient à les supprimer. N'oublions pas qu'il s'agit d'instruments pour concrétiser les projets d'investissement publics et qu'il serait contreproductif de réduire la palette d'outils à la disposition des acheteurs publics.

S'agissant des seuils minimaux de recours aux marchés de partenariat, je souhaite qu'ils soient fixés par décret et à un niveau relativement bas : 60 % des PPP ont un montant inférieur à 30 millions d'euros et 60 % sont inférieurs à 3 millions d'euros dans le cas particulier de l'éclairage public. Ne mettons pas en danger ces contrats avec des seuils trop élevés ! Je rappelle également que d'autres sécurités sont prévues, comme l'étude de soutenabilité transmise à la DGFIP, qui sera très contraignante pour les acheteurs locaux.

Je propose de renforcer ces sécurités afin de mettre en œuvre un encadrement raisonné des marchés globaux et de performance. L'un de mes amendements vise ainsi supprimer les opérations de revitalisation artisanale et commerciale de la liste des marchés globaux sectoriels et un autre tend à donner plus de garanties aux sous-traitants intervenant dans un marché de partenariat.

En conclusion, le texte du Gouvernement est équilibré même s'il doit être amélioré sur certains points. Ce débat sera également l'occasion d'aborder la question fondamentale du délit de favoritisme, qui constitue le nœud gordien de la commande publique et que notre collègue Bonnacarrère propose de réformer conformément à une proposition de la MCI qu'il a présidée.

M. Jean-Pierre Sueur. – Je ne sais toujours pas à quelle date nous pourrions débattre en séance publique de la ratification de cette ordonnance. Il n'est pas rare qu'un tel débat n'ait jamais lieu... On m'a dit que cette fois-ci, la ratification pourrait nous être proposée par amendement à la loi « Sapin ». Il faudrait que le Gouvernement nous précise ses intentions.

À la suite du rapport sur les partenariats public-privé (PPP) que nous avons rédigé, avec M. Portelli, nous avons élaboré de concert un certain nombre d'amendements. Pour faire un PPP plutôt qu'un marché classique, il faut présenter une évaluation. Or, quand celle-ci a bien lieu et que l'on ne sait ni où, ni quand ni à quelles conditions le marché sera mis en œuvre, on obtient souvent des rapports d'une nullité confondante ; seul l'examen de la situation financière de la collectivité locale peut être objectif. J'ai également des réserves par rapport à la mission d'appui aux partenariats public-privé première version, sa mission étant de propager les PPP.

M. Philippe Bas, président. – M. Sueur a raison : il faudrait que le Gouvernement nous indique ses intentions concernant la date de ratification de l'ordonnance. En attendant, prenons de l'avance et livrons-nous à un examen approfondi de ce texte.

M. Jean-Yves Leconte. – Un certain nombre de nos préoccupations pourraient entrer en interaction avec le projet de loi sur l'architecture en cours d'examen au Parlement. Les inquiétudes sont réelles ; elles touchent le choix des maîtres d'œuvre dans le cas des contrats globaux, et aussi la capacité des petites entreprises à garder une part de ces contrats.

M. Didier Marie. – Je souscris également à cette volonté de favoriser l'accès des petites entreprises aux marchés publics, mais je voudrais insister sur l'importance particulière du secteur des HLM. Ils ont une mission d'intérêt général de construction de logements qu'il ne faut pas entraver par le présent texte.

M. René Vandierendonck. – M. Alain Lambert m'a fait savoir que, contrairement à ce qui a été demandé par le Conseil national d'évaluation des normes, le Gouvernement a refusé de supprimer des mesures nouvelles qui ne relèvent pas de la transposition des directives communautaires.

N'allons pas nous payer de mots. Si l'on veut à la fois aider la mercerie qui fait 8 000 euros de chiffre d'affaires, soutenir l'épicerie qui va revitaliser le cœur du bourg et développer l'offre de logements, il faudra bien en passer par un marché global. En disant cela, je pense à la revitalisation rurale.

S'agissant des HLM, on doit pouvoir prendre comme critère la qualité, et la concilier avec la mixité sociale. Nous ne devons pas empêcher les marchés de conception-réalisation, notamment dans le cadre des travaux de l'Agence nationale pour la rénovation urbaine.

M. André Reichardt, rapporteur. – Il est vrai que nous n'avons toujours pas de date concernant la ratification de cette ordonnance. Nous pourrions demander à la Conférence des présidents d'inscrire à l'ordre du jour un débat sur ce thème.

Nous pourrions effectivement utiliser la deuxième lecture du projet de loi sur l'architecture. J'avais bataillé en première lecture contre un tel usage de ce texte ; cette fois, allons-y gaiement !

Comme M. Vandierendonck, j'ai reçu une sollicitation de M. Lambert. Ancien directeur de chambre de métiers, je suis très sensible à son propos sur la revitalisation rurale.

EXAMEN DES AMENDEMENTS

Articles additionnels après l'article unique

M. André Reichardt, rapporteur. – Mon amendement COM-34 revient au droit en vigueur en supprimant le dispositif des offres variables. Les amendements COM-2 et COM-21 de MM. Portelli et Sueur sont identiques.

M. Alain Richard. – Il est clair que la décision d'allotir a un coût que l'acheteur n'est pas en état de mesurer. Le discours dominant veut qu'il soit bon d'allotir mais, dans la vraie vie, cela ne répond pas au souhait de la grande majorité des petites et moyennes entreprises, qui sont sensibles au coût de la procédure. En outre, plus il y a de lots, plus on court de risques que certains soient infructueux. Faire jouer la taille, c'est l'essence même de l'économie de marché !

M. Pierre-Yves Collombat. – Oui, c'est son charme...

M. André Reichardt, rapporteur. – Nous devons trouver une position d'équilibre entre les deux exigences, afin de ne pas porter un coup fatal aux petites et moyennes entreprises.

M. Alain Vasselle. – Il n'est pas facile de concilier ces intérêts contradictoires. Dans la société d'HLM que je présidais, il était possible de présenter des offres sur des lots et des offres globales : nous avons constaté que les entreprises qui se présentaient sur un seul corps d'état étaient plus compétitives.

M. Hugues Portelli. – Je préside depuis longtemps des commissions d'appel d'offres et je constate que les grands groupes se présentent partout pour écarter les petites entreprises. Nous n'avons pas à leur faciliter la tâche ! Chez moi, une grande entreprise a racheté les trois quarts des entreprises de plomberie, qui sont devenues, de fait, ses sous-traitants.

M. Alain Marc. – Je plaide dans le même sens. Le moins-disant est souvent choisi alors qu'il faut privilégier le mieux-disant. On pourrait utiliser d'autres critères que le prix pour attribuer les marchés comme la trace carbone.

Les amendements identiques COM-34, COM-2 et COM-21 sont adoptés.

M. André Reichardt, rapporteur. – Mon amendement COM-35 renforce les exigences de motivation pour les acheteurs décident de ne pas allouer un marché. C'est très important pour l'équilibre entre les différents marchés publics.

M. Alain Vasselle. – Je partage cet objectif mais pourquoi interdire à un acteur public de présenter des lots groupés ?

M. André Reichardt, rapporteur. – S'il y a lot unique, c'est un marché global déguisé. Le risque de contentieux devient alors sérieux, d'où l'importance que ce choix soit motivé.

M. Michel Mercier. – Cet amendement vise-t-il tous les achats publics, même de quelques milliers d'euros ?

M. André Reichardt, rapporteur. – Il concerne les marchés au-dessus de 25 000 euros.

M. Michel Mercier. – Cela va compliquer considérablement la tâche des petites communes.

M. André Reichardt, rapporteur. – Avec cet amendement, on demande simplement à l'acheteur de justifier pourquoi il veut déroger au principe de l'allotissement alors que les marchés alloués sont les principes et les marchés globaux l'exception. Quant au seuil de 25 000 euros, il est réglementaire.

M. Alain Vasselle. – M. Mercier a raison. Rien ne nous empêche d'interpeller le Gouvernement sur cet effet de seuil.

M. Didier Marie. – Pour les seuils, il y a une réglementation européenne. Il n'est pas utile de sur-transposer.

M. André Reichardt, rapporteur. – Il s'agit bien de motiver la décision de ne pas allouer. En pratique, cela ne concernera que des opérations d'un montant très élevé.

L'amendement COM-35 est adopté. Les amendements COM-3 et COM-22 sont satisfaits.

M. Didier Marie. – Avec mon amendement COM-14, je souhaite limiter l'obligation d'allotissement aux seuls marchés dont les montants dépassent les seuils communautaires.

M. André Reichardt, rapporteur. – Cela affaiblirait considérablement le principe de l'allotissement.

M. Alain Vasselle. – Les organismes HLM ne peuvent pas lancer d'appels d'offres dans de telles conditions d'allotissement !

M. Jean Louis Masson. – Nous ne légiférons pas pour les seuls HLM !

M. Didier Marie. – Il y a quand même un cas particulier des HLM, qui doit être pris en compte.

M. André Reichardt, rapporteur. – D'autres amendements donneront satisfaction à M. Vasselle concernant la possibilité pour les organismes HLM d'avoir recours aux marchés globaux.

L'amendement COM-14 n'est pas adopté.

M. Hugues Portelli. – Notre amendement COM-4 supprime la dérogation permettant aux HLM d'avoir recours aux marchés de conception-réalisation jusqu'au 31 décembre 2018. L'amendement COM-23 de M. Sueur est identique.

M. Didier Marie. – La dérogation actuelle a constitué un levier important pour la production de logements. Je souhaite, au contraire, qu'elle soit pérennisée par mon amendement COM-15.

M. André Reichardt, rapporteur. – Je me base sur un rapport du Conseil général de l'environnement et du développement durable de 2013 pour m'opposer à ces trois amendements opposés : restons-en au droit en vigueur, cela me semble plus sage.

M. Alain Vasselle. – Ce type de procédure a été utile aussi pour la construction de lycées et collèges.

M. François Grosdidier. – Il faudrait mieux définir les critères qui justifient l'usage de cette procédure.

M. Jean-Pierre Sueur. – Ce sont des logements sociaux dont nous parlons avec ces amendements, pas des établissements scolaires.

Les amendements COM-4, COM-23 et COM-15 ne sont pas adoptés.

M. André Reichardt, rapporteur. – Mon amendement COM-36 précise le régime juridique des contrats globaux de performance.

L'amendement COM-36 est adopté.

M. Hugues Portelli. – Mon amendement COM-5 soumet le recours aux marchés globaux de performance à un critère de complexité. Il est identique à l'amendement COM-24 de M. Sueur.

M. Jean-Pierre Sueur. – Dans un amendement ultérieur, nous rétablissons les notions de complexité et d'urgence pour les marchés de partenariat. Le Conseil constitutionnel considère le PPP comme une dérogation au droit de la commande publique.

M. André Reichardt, rapporteur. – L'amendement ne traite pas des partenariats public-privé mais des marchés publics de performance. La précision souhaitée est inutile : on n'utilise le marché public de performance que parce que la complexité du dossier est avérée. En outre, avoir un

entrepreneur unique pour ce type de marchés le rend seul responsable des résultats obtenus.

M. Jean-Pierre Sueur. – M. Portelli acceptera sans doute que nous retirions ces amendements identiques et élaborés en commun, au profit de nos amendements COM-9 et COM-28 auxquels le rapporteur accordera une attention particulière.

Les amendements identiques n^{os} COM-5 et COM-24 sont retirés.

M. André Reichardt, rapporteur. – Je propose de maintenir la liste des contrats globaux sectoriels actuellement en vigueur : défavorable aux amendements identiques COM-6 et COM-25, au profit de mon amendement COM-37.

M. Alain Vasselle. – Qu'est-ce qu'un contrat global sectoriel ? Réaliser les cinq gendarmeries en même temps ? Cette disposition contredit l'idée d'allotir au maximum. Encore une contradiction dans ce texte !

M. Didier Marie. – Je regrette que l'on maintienne ces dérogations à l'allotissement et que l'on ne se préoccupe pas du logement social.

M. André Reichardt, rapporteur. – Tout mon effort est de trouver le plus juste équilibre entre les différents types de marchés. Ces dérogations à l'allotissement existent depuis une vingtaine d'années, maintenons-les.

Les amendements identiques COM-6 et COM-25 ne sont pas adoptés.

L'amendement COM-37 est adopté.

M. André Reichardt, rapporteur. – Je propose de supprimer l'évaluation préalable pour les marchés publics *stricto sensu*. L'ordonnance prévoit deux obligations d'évaluation préalable : pour tous les marchés de partenariat, ce qui reprend l'état du droit, et pour les marchés publics *stricto sensu* dont le montant est supérieur à 100 millions d'euros hors taxe, ce que le droit en vigueur ne prévoit pas. Il est souhaitable que cette évaluation des marchés de partenariat perdure mais pourquoi rajouter une obligation d'évaluation préalable pour tous les autres marchés publics au-delà de 100 millions d'euros ?

M. Jean-Pierre Sueur. – Je suis favorable à cet amendement, qui est un moindre mal car il va dans le sens souhaité. Je répète que ce qui est pervers, c'est le terme « évaluation » car je ne sais pas ce qu'il recouvre. Je suis d'accord s'il s'agit de regarder la capacité d'endettement des collectivités locales. Certaines se lancent dans des contrats de partenariat alors que les collectivités auront plus tard beaucoup de mal à payer. Philippe Seguin, président de la Cour des comptes, dans la dernière présentation de son rapport faite au Sénat, a parlé de « *crédit revolving des collectivités locales* » : on décide, on inaugure mais on ne paie rien dans l'immédiat. Par contre, si on ne sait pas ce qu'on évalue, cela devient compliqué. On ne peut pas évaluer le projet à une date à laquelle on ne connaît pas les candidats à un contrat de partenariat ou ceux à un marché alloti.

L'amendement COM-38 est adopté.

M. André Reichardt, rapporteur. – Cet amendement vise à préciser la procédure à mettre en œuvre pour prévenir un éventuel conflit d'intérêts lors de la passation et de l'exécution d'un marché public. Il reprend la proposition 18 du rapport de la mission d'information sénatoriale sur la commande publique d'octobre 2015 de MM. Martial Bourquin et Philippe Bonnecarrère.

L'amendement COM-39 est adopté.

M. André Reichardt, rapporteur. – Il s'agit de reprendre au niveau législatif une disposition des directives « *marchés publics* » 2014/24/UE et « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE du 26 février 2014 qu'il convient de transposer. Le Gouvernement a prévu d'insérer ces dispositions dans le règlement d'application de la présente ordonnance mais il me paraît essentiel de l'inscrire au niveau législatif car c'est un principe fondamental qui régit les conditions d'attribution des marchés publics et qui n'est pas sans incidence sur la libre administration des collectivités territoriales.

M. Philippe Bas, président. – C'est dans le champ de l'article 34 de la Constitution.

L'amendement COM-40 est adopté.

M. Didier Marie. – Je propose d'aligner le régime des clauses financières des offices publics HLM sur celui des autres organismes HLM, car bien que rattachés à des collectivités territoriales, ce sont des établissements publics particuliers. Il serait dommageable que les offices qui ont investi l'an dernier 8 milliards d'euros voient leur situation dégradée par ces obligations alors que nous avons besoin d'eux pour la construction de logements sociaux.

M. André Reichardt, rapporteur. – Mon avis est défavorable, non sur le fond, mais parce que le Gouvernement s'est engagé à redonner de la souplesse aux organismes HLM dans le décret d'application de la présente ordonnance. Dans l'attente, je proposerai à M. Didier Marie de retirer son amendement ou de demander au Gouvernement en séance publique des informations complémentaires sur ce point.

L'amendement COM-16 est rejeté.

M. André Reichardt, rapporteur. – Concernant l'amendement COM-32 de M. Bonnecarrère, mon avis est défavorable.

L'amendement COM-32 est rejeté.

M. Didier Marie. – Cet amendement vise à permettre aux offices HLM de rédiger librement leurs clauses financières.

M. André Reichardt, rapporteur. – Mon avis est défavorable, dans la logique de l'amendement défavorable au précédent amendement COM-16.

L'amendement COM-17 est rejeté.

M. Jean-Pierre Sueur. – Mon amendement COM-26 est identique au COM-7 de notre collègue Portelli et concerne l'architecture. Il s'agit de dire que les contrats de partenariat ne peuvent pas intégrer le volet architecture. La plupart de ces contrats de partenariat sont obtenus par trois groupes. Dans ces contrats, le titulaire du partenariat choisit souverainement l'architecte, ce que je trouve choquant. Je pense qu'il est préférable d'organiser un concours préalable à l'issue duquel les élus choisissent directement l'architecte d'une opération.

M. René Vandierendonck. – Pour moi, c'est une aberration.

M. Jean-Pierre Sueur. – Les élus ont leur mot à dire sur l'architecture. Le contrat de partenariat conduit à se dessaisir totalement de cette question. L'architecture d'une prison a beaucoup d'importance, elle est liée à l'idée que l'on se fait de la détention et de la réinsertion.

M. René Vandierendonck. – Je ne veux pas laisser croire que Pierre Mauroy ou Martine Aubry ont été aveuglés par les grands groupes de construction quand ils ont lancé la construction du grand stade de Lille. Lorsque vous faites un partenariat public-privé, vous choisissez une équipe parmi laquelle il y a un architecte. Le partenariat public-privé n'est pas sans dangers. Il y a plusieurs exemples d'échecs. Mais il est des cas où le partenariat public-privé présente un intérêt, à condition d'être cadré.

M. Michel Mercier. – Le partenariat public-privé nous a permis de faire un certain nombre de constructions et jamais l'architecture n'a été oubliée. Pour la construction du nouveau palais de justice de Paris, réalisée dans le cadre d'un partenariat, les différents projets ont été exposés, les magistrats ont donné leur avis. J'avais demandé au maire de Paris et au Président de la République leur avis sur l'architecture du bâtiment. L'architecture est aujourd'hui un élément essentiel du choix du partenariat ; au moment où le garde des sceaux veut relancer la construction des prisons, il faut l'encourager.

M. Philippe Bas, président. – Oui, en mobilisant les moyens nécessaires.

M. Didier Marie. – Il y a, je pense, des éléments de confusion dans notre discussion. D'un côté on veut, et tout le monde est d'accord, aider les petites et moyennes entreprises à conquérir des marchés publics, de l'autre on aborde deux questions différentes : les partenariats public privé et les marchés de conception réalisation. Un partenariat exige une équipe commune architecte-entreprise pour réaliser l'opération mais derrière il y a un montage financier qui est déterminant. Dans les marchés de conception réalisation, la question de la redevance ou du loyer ne se pose pas. Pour revenir à la question du logement social, toutes les opérations de conception réalisation ont permis de mettre en concurrence les équipes en préservant le modèle architectural et en veillant à une bonne maîtrise des coûts ainsi qu'à l'innovation technologique.

M. Jean-Pierre Sueur. – Il ne faut pas créer de la confusion. J'ai présidé une commission d'appel d'offres pour la construction d'un centre de formation d'apprentis. Dans un projet, l'architecture n'était pas à la hauteur

mais l'entreprise était très bonne, dans un autre c'était l'inverse et j'ai dû faire un choix entre les deux. C'est le problème des marchés globaux. Pour le contrat de partenariat, il faut choisir globalement l'architecte, la banque et les corps de métier.

M. André Reichardt, rapporteur. – J'émet un avis défavorable pour deux raisons. D'abord, la commission avait rejeté un amendement identique en octobre 2014, en le jugeant contraire à la logique même du marché de partenariat. Ensuite, la présente ordonnance répond déjà partiellement au souhait de nos collègues en prévoyant que l'acheteur puisse organiser un concours de maîtrise d'œuvre à titre facultatif pour la conception d'ouvrage et en imposant aux titulaires des marchés de partenariat d'identifier l'équipe de maîtrise d'œuvre. C'est une avancée, même si elle n'est pas suffisante.

Les amendements COM-7 et COM-26 sont rejetés.

M. Jean-Pierre Sueur. – Sur les amendements précédents, si nous pouvions modifier par amendement le verbe « pouvoir » en « devoir », c'est-à-dire obliger à mettre en concurrence les architectes, ce serait un très grand progrès.

Les amendements COM-8 et COM-27 sont rejetés, l'amendement de coordination COM-41 est adopté.

M. André Reichardt, rapporteur. – Concernant les amendements COM-9 et COM-28, je voudrais rappeler qu'actuellement, trois critères permettent de recourir aux marchés de partenariat : l'urgence, la complexité et le bilan. Les deux premiers, que MM. Portelli et Sueur souhaitent réintroduire, ont posé des problèmes d'interprétation. La cité municipale de Bordeaux en est un bon exemple : le tribunal administratif de Bordeaux avait considéré que le critère de complexité n'était pas rempli, alors que la cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré le contraire. L'article 145 du projet de décret d'application de l'ordonnance détaille le contenu du bilan, qui comprendrait plusieurs critères : la complexité, les délais, les modalités de financement, etc. Ce bilan permet donc une approche globale du marché de partenariat.

Votre amendement pourrait d'ailleurs être plus large que l'ordonnance. Il suffirait seulement de justifier de l'urgence ou de la complexité pour recourir au marché de partenariat, alors que le critère du bilan proposé par le Gouvernement est plus exigeant. En effet, si ce n'est pas parce qu'un marché est complexe qu'il doit être un marché de partenariat. Je suis donc défavorable à ces amendements.

M. Jean-Pierre Sueur. – Ce que l'on appelle le bilan ou l'évaluation ne peut pas être fait car les données nécessaires ne sont pas disponibles. Vous dites que c'est ambigu et que les jurisprudences ne sont donc pas constantes, mais l'urgence et la complexité ont été déclarées comme critères par le Conseil constitutionnel. Vous dites qu'il faut les supprimer pour les remplacer par le bilan, or le bilan ne peut être fait. On peut dire de manière ultime que l'urgence ou la complexité est intégrée dans le bilan, mais cela ne signifie pas grand-

chose. La seule chose qui peut être évaluée, c'est la capacité financière de la collectivité. Le marché de partenariat est un pari. Le reste est habillage.

M. Pierre-Yves Collombat. – Les questions que nous traitons sont importantes et très techniques. Il est dommageable de les évoquer à une telle heure.

M. Philippe Bas, président. – Nous allons d'ailleurs reporter la communication de la mission de suivi et de contrôle des dernières lois de réforme des collectivités territoriales, sauf en ce qui concerne votre partie, relative aux services territoriaux de l'État.

Les amendements COM-9 et COM-28 sont rejetés.

M. André Reichardt, rapporteur. – Huit amendements COM-1 à COM-31 concernent les seuils minimaux en-dessous desquels le recours à un marché de partenariat n'est pas possible. Ils répondent à deux logiques : soit la suppression de ces seuils, soit une fixation des montants correspondants au niveau législatif tout en les rehaussant. Je préfère en rester à l'équilibre trouvé par l'ordonnance.

M. Jean-Pierre Sueur. – Je retire mes trois amendements sur ce point : il s'agissait d'amendements d'appel. Il semble préférable de définir les seuils au niveau règlementaire. Nous avons échangé avec le Gouvernement à ce sujet.

M. François Grosdidier. – Je défends les amendements supprimant les seuils. Il est regrettable de priver les petites entreprises et les petites collectivités des possibilités offertes par ces marchés. Cela peut par exemple concerner les communes, dans des domaines comme la rénovation thermique ou électrique. On justifie les seuils par les risques financiers pour les petites communes. Mais les dispositifs prévus pour évaluer ces risques font qu'elles seraient davantage protégées que dans le cas d'une souscription d'emprunt ordinaire.

Les amendements COM-1, COM-20, COM-10, COM-11 et COM-12 sont rejetés et les amendements COM-29, COM-30 et COM-31 sont retirés.

M. André Reichardt, rapporteur. – Nous suivons une recommandation de MM. Portelli et Sueur avec l'amendement COM-42. L'ordonnance prévoit que les sous-traitants de ces contrats pourraient demander au titulaire de constituer un cautionnement bancaire afin de garantir le paiement des sommes dues. Constatant le caractère déséquilibré entre le titulaire et son sous-traitant dans ces types de marché, MM. Portelli et Sueur avaient proposé de rendre obligatoire la constitution de ce cautionnement, ce qui est opportun.

L'amendement COM-42 et COM-33 sont adoptés.

M. Didier Marie. – Mes amendements COM-18 et COM-19 renvoient à un décret les modalités de composition des commissions d'appel d'offres des offices publics de l'habitat. L'ordonnance prévoit qu'elles soient

calquées sur celles des collectivités de rattachement, ce n'est pas le cas aujourd'hui et cela poserait des difficultés pratiques.

M. André Reichardt, rapporteur. – Avis favorable.

L'amendement COM-18 et COM-19 sont adoptés.

Le sort des amendements examinés par la commission est retracé dans le tableau suivant :

Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
Articles additionnels après l'article unique			
M. REICHARDT, rapporteur	34	Suppression du dispositif des « offres variables »	Adopté
M. PORTELLI	2	Suppression du dispositif des « offres variables »	Adopté
M. SUEUR	21	Suppression du dispositif des « offres variables »	Adopté
M. REICHARDT, rapporteur	35	Renforcement des modalités de motivation de la décision de ne pas allouer un marché	Adopté
M. PORTELLI	3	Renforcement des conditions de motivation de la décision de ne pas allouer un marché	Satisfait ou sans objet
M. SUEUR	22	Renforcement des conditions de motivation de la décision de ne pas allouer un marché	Satisfait ou sans objet
M. MARIE	14	Suppression de l'allotissement pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils communautaires	Rejeté
M. PORTELLI	4	Suppression d'une dérogation concernant le recours par les organismes HLM aux marchés de conception -réalisation	Rejeté
M. SUEUR	23	Suppression d'une dérogation concernant le recours par les organismes HLM aux marchés de conception -réalisation	Rejeté
M. MARIE	15	Pérennisation d'une dérogation concernant le recours par les organismes HLM aux marchés de conception -réalisation	Rejeté
M. REICHARDT, rapporteur	36	Rémunération du titulaire des contrats globaux de performance	Adopté
M. PORTELLI	5	Critères pour le recours aux marchés globaux de performance	Retiré

Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
M. SUEUR	24	Critères pour le recours aux marchés globaux de performance	Retiré
M. PORTELLI	6	Suppression des marchés globaux sectoriels	Rejeté
M. SUEUR	25	Suppression des marchés globaux sectoriels	Rejeté
M. REICHARDT, rapporteur	37	Suppression de la liste des marchés globaux sectoriels de la revitalisation artisanale et commerciale	Adopté
M. REICHARDT, rapporteur	38	Suppression de l'évaluation préalable pour les marchés publics <i>stricto sensu</i>	Adopté
M. REICHARDT, rapporteur	39	Précisions sur la procédure de prévention des conflits d'intérêts	Adopté
M. REICHARDT, rapporteur	40	Reprise au niveau législatif de l'encadrement du critère "prix" unique pour l'attribution des marchés	Adopté
M. MARIE	16	Conditions d'exécution des marchés des organismes HLM	Rejeté
M. BONNECARRÈRE	32	Conditions d'exécution des marchés des établissements publics à caractère industriel et commercial	Rejeté
M. MARIE	17	Clauses de paiement différé dans les marchés des offices HLM	Rejeté
M. PORTELLI	7	Exclusion de la conception des marchés de partenariat	Rejeté
M. SUEUR	26	Exclusion de la conception des marchés de partenariat	Rejeté
M. PORTELLI	8	Coordination	Rejeté
M. SUEUR	27	Coordination	Rejeté
M. REICHARDT, rapporteur	41	Coordination	Adopté
M. PORTELLI	9	Critères permettant le recours aux marchés de partenariat (urgence et complexité)	Rejeté
M. SUEUR	28	Critères permettant le recours aux marchés de partenariat (urgence et complexité)	Rejeté

Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
M. GRAND	1	Suppression des seuils minimaux comme critères de recours aux marchés de partenariat	Rejeté
M. BONNECARRÈRE	20	Suppression des seuils minimaux de recours aux marchés de partenariat	Rejeté
M. PORTELLI	10	Seuil minimal de 50 millions d'euros pour avoir recours aux marchés de partenariat	Rejeté
M. SUEUR	29	Seuil minimal de 50 millions d'euros pour avoir recours aux marchés de partenariat	Retiré
M. PORTELLI	11	Seuil minimal de 30 millions d'euros pour avoir recours aux marchés de partenariat	Rejeté
M. SUEUR	30	Seuil minimal de 30 millions d'euros pour avoir recours aux marchés de partenariat	Retiré
M. PORTELLI	12	Seuils de 10 à 30 millions pour avoir recours aux marchés de partenariat	Rejeté
M. SUEUR	31	Seuils de 10 à 30 millions pour avoir recours aux marchés de partenariat	Retiré
M. REICHARDT, rapporteur	42	Cautionnement obligatoire pour les titulaires des marchés de partenariat	Adopté
M. BONNECARRÈRE	33	Réforme du délit de favoritisme	Adopté
M. MARIE	18	Composition de la commission d'appel d'offres des offices publics de l'habitat	Adopté
M. MARIE	19	Composition des commissions d'appel d'offres des OPH	Adopté

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

Mme Marie Eiller-Chapeaux, directeur des affaires juridiques et européennes

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 Cavailé, 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

Contribution écrite

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 la direction de l'information légale et administrative¹

¹ Éléments disponibles au lien suivant : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/oosdroits/F23371>.

**ANNEXE 3 – PRÉSENTATION
SYNTHÉTIQUE DE L'ORDONNANCE ET
DE LA POSITION DE LA COMMISSION**

PROJET DE LOI DE RATIFICATION DE L'ORDONNANCE « MARCHÉS PUBLICS »



COMMISSION DES LOIS

Rapport d'**André REICHARDT** (Les Républicains - Bas-Rhin)

LE CONTEXTE

L'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics a été publiée le 23 juillet 2015. Elle entrera en vigueur en avril 2016. Le Gouvernement n'a, pour le moment, pas souhaité inscrire ce projet de loi à l'ordre du jour de la séance publique.

La commission s'est inspirée du travail sénatorial sur la commande publique et notamment des rapports suivants :

- « Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ? », rapport n° 733 (2013-2014)
- « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME », rapport n° 82 (2015-2016)

LE CONTENU DE L'ORDONNANCE

Cette ordonnance a pour objet de transposer la directive 2014/24/UE dite "marchés publics" et la directive 2014/25/UE dite "secteurs spéciaux" du 26 février 2014 afin de fournir de nouveaux outils aux acheteurs publics et leur permettre de mener une politique d'achats plus cohérente.

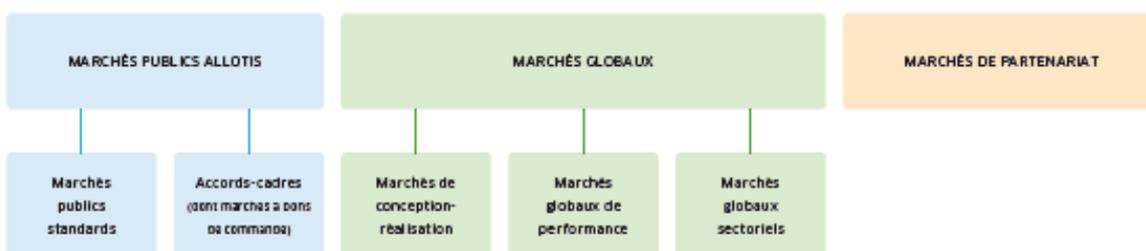
Elle vise également à rationaliser le droit de la commande publique et plus particulièrement à :

- remplacer dix-sept textes en vigueur ;
- fixer au niveau législatif les principales règles applicables aux marchés publics ;
- rappeler le principe de l'allotissement et l'étendre à des entités privées accomplissant des missions d'intérêt général comme La Poste ou la SCNF ;
- réformer les modalités d'accès aux marchés de partenariat : réaliser un bilan coût/avantage de cette forme contractuelle, transmettre une évaluation préalable à une mission d'appui aux partenariats public privé (MAPPP) et une étude de soutenabilité budgétaire à la direction des finances publiques (DGFIP), établir des seuils minimaux en dessous desquels il ne sera pas possible d'avoir recours à ces marchés ;
- créer une nouvelle architecture pour les marchés publics :

ARCHITECTURE ACTUELLE



ARCHITECTURE DE L'ORDONNANCE



LES APPORTS DE LA COMMISSION

- 1 - Rechercher un meilleur équilibre entre :**
 - les marchés allotés, 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 des avantages pour l'acheteur 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.
- 2 - Renforcer les obligations de motivation de la décision de ne pas allouer un marché.**
- 3 - Supprimer le dispositif des « offres variables » qui aurait permis aux entreprises candidates à plusieurs lots de proposer des « prix de gros », au détriment des PME.**
- 4 - Consacrer au niveau législatif la limitation du critère « prix » unique pour attribuer un marché afin d'encourager l'aspect qualitatif de la commande publique.**
- 5 - Mieux encadrer le recours aux marchés globaux et de partenariat :**
 - circonscrire le périmètre des marchés globaux sectoriels ;
 - sécuriser l'intervention des sous-traitants intervenant dans le cadre d'un marché de partenariat.
- 6 - Réformer le délit de favoritisme en le recentrant sur son objectif : punir les acheteurs favorisant une ou plusieurs entreprises délibérément.**
- 7 - Simplifier les règles applicables aux commissions d'appel d'offres des publics HLM.**



LES CHIFFRES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

(montants annuels estimatifs, rapport de Martial BOURQUIN (Doubs - Socialiste et républicain) fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique (2015-2016))

Marchés publics

200

milliards d'euros

Marchés de partenariat

13

milliards d'euros

Délégations de service public

130

milliards d'euros

LES TROIS CATÉGORIES DE CONTRATS DE L'ORDONNANCE N° 2015899

	MARCHES PUBLICS	MARCHES GLOBAUX	MARCHES DE PARTENARIAT
PRÉPARATION DU MARCHÉ			
Critères pour avoir recours à ces contrats	Aucun (forme contractuelle de droit commun)	<ul style="list-style-type: none"> • 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 ^[1]	✘ Non	✘ Non	✔ Oui
Évaluation préalable	✔ Oui, si supérieur à 100 M€ HT ^[2]	✔ Oui, si supérieur à 100 M€ HT ^[2]	✔ Oui
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 soustraitants	✔ 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

[1] Qui correspondent, concrètement, à des seuils en dessous desquels il ne serait pas possible de conclure ces types de contrats.

[2] Évaluations supprimées par la commission au regard des difficultés pratiques qu'elles poseraient.

TABLEAU COMPARATIF

Texte en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;">Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;">Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;">Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics</p>
<p><i>Art. 32. – I. - Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots.</i></p>	<p style="text-align: center;">Article unique</p> <p style="text-align: center;">L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est ratifiée.</p>	<p style="text-align: center;">Article <u>1^{er}</u></p> <p style="text-align: center;"><i>(Sans modification)</i></p>
<p style="text-align: center;">(...)</p> <p>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.</p>		<p style="text-align: center;"><u>Après les mots : « lot par lot », la fin du dernier alinéa du I de l'article 32 de la même ordonnance est ainsi rédigée : « . Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. »</u></p>
<p>II. – Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer un marché public, il motive son choix selon des modalités fixées par voie réglementaire.</p>		<p style="text-align: center;">Amdts COM-2, COM-21 et COM-34</p>
		<p style="text-align: center;">Article 3 <i>(nouveau)</i></p>
		<p style="text-align: center;"><u>Après le mot « choix », la fin du II de l'article 32 de la même ordonnance est ainsi rédigée : « en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision. Cette motivation indique le motif justifiant cette décision par référence au deuxième alinéa du I du présent article. »</u></p>
		<p style="text-align: right;">Amdt COM-35</p>

Texte en vigueur

Art. 34. – Nonobstant les dispositions de l'article 33, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables.

Art. 35. – Sans préjudice des dispositions législatives spéciales et nonobstant les dispositions des articles 33 et 34, les acheteurs peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur :

(...)

8° La revitalisation artisanale et commerciale au sens de l'article 19 de la loi du 18 juin 2014 susvisée.

Chapitre II : Procédure de passation

Section 1 : Evaluation préalable du mode de réalisation du projet

Art. 40. – Lorsqu'un marché public, autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, porte sur des investissements dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire, l'acheteur réalise, avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation

Texte de la proposition de loi

Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique

Article 4 (*nouveau*)

La seconde phrase de l'article 34 de la même ordonnance est complétée par les mots : « et la rémunération des prestations doit être liée à l'atteinte de ces engagements ».

Amdt COM-36

Article 5 (*nouveau*)

L'article 35 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Au début du premier alinéa, les mots : « Sans préjudice des dispositions législatives spéciales et » sont supprimés ;

2° Le dernier alinéa est supprimé.

Amdt COM-37

Article 6 (*nouveau*)

La section 1 du chapitre II du titre II de la même ordonnance est abrogée.

Amdt COM-38

Texte en vigueur

ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet.

Art. 48. – I. – Les acheteurs peuvent être exclus de la procédure de passation du marché public :

(...)

5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts 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, 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.

Art. 52. – I. – Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38.

Texte de la proposition de loi

Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique

Article 7 (*nouveau*)

Le 5° de l'article 48 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° La première phrase est complétée par les mots : « et si l'article 2 de loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique n'est pas applicable. » ;

2° Après les mots : « conflit d'intérêts toute », la fin de la seconde phrase est ainsi rédigée : « 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. »

Amdt COM-39

Article 8 (*nouveau*)

Le I de l'article 52 est complété par trois alinéas ainsi rédigés :

« L'attribution sur la base d'un critère unique est possible sur le fondement :

Texte en vigueur

Texte de la proposition de loi

**Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique**

Art. 74. – La décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation de l'évaluation du mode de réalisation du projet prévue à l'article 40.

L'acheteur réalise également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.

Art. 87. – I – Le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

II. – Le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues.

« a) Du prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

« b) Du coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie. »

Amdt COM-40

Article 9 (*nouveau*)

Après les mots : « précédée de la réalisation », la fin du premier alinéa de l'article 74 de la même ordonnance est ainsi rédigée : « d'une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet. »

Amdt COM-41

Article 10 (*nouveau*)

Le premier alinéa du II de l'article 87 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Les mots : « , à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, » sont supprimés ;

2° Après les mots : « garantir au prestataire », la fin de cet alinéa est ainsi rédigée : « auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat le paiement

Texte en vigueur

Par dérogation à l' article L. 441-6 du code de commerce, ces prestations sont payées dans des délais fixés par voie réglementaire.

III. – L'acheteur prend en compte, parmi les critères d'attribution du contrat, la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

Code pénal

Art. 432-14. – Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

Texte de la proposition de loi

Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique

des sommes dues ».

Amdt COM-42

Article 11 (*nouveau*)

Après l'article 100 de la même ordonnance, il est inséré un article 100-1 ainsi rédigé :

« Art. 100-1. – Après le mot : « susmentionnées », la fin de l'article 432-14 du code pénal est ainsi rédigée : « , d'avoir en connaissance de cause et en vue de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié, octroyé cet avantage injustifié, par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les contrats de concession. »

Amdt COM-33

Article 12 (*nouveau*)

Texte en vigueur

Art. 101. – I. (...)°°

II. – Le code général des collectivités territoriales est ainsi modifié :

(...)

3° Le chapitre IV du titre I^{er} du livre IV de la première partie est remplacé par un chapitre IV ainsi rédigé :

« Chapitre IV

« Les marchés publics

« Art. L. 1414-1. – Les marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements sont passés et exécutés conformément à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

« Art. L. 1414-2. – Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance susmentionnée, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5. Toutefois, en cas d'urgence impérieuse, le marché public peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

« Les délibérations de la commission d'appel d'offres peuvent être organisées à distance dans les conditions de l'ordonnance du 6 novembre 2014 susvisée.

« Art. L. 1414-3. – I. – orsqu'un groupement de commandes est composé en majorité de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social, il est institué une commission d'appel

Texte de la proposition de loi

Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique

Le 3° du II de l'article 101 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Au cinquième alinéa, après les mots : « à l'exception des marchés publics passés par », sont insérés les mots : « les offices publics de l'habitat pour lesquels la composition, les modalités de fonctionnement et les pouvoirs de la commission d'appel d'offres sont fixés par décret en Conseil d'État, et par » ;

2° Au septième alinéa, après les mots : « autres qu'un établissement public social ou médico-social », sont insérés les mots : « ou qu'un office public de l'habitat » ;

Texte en vigueur

—
d'offres composée des membres
suivants :

(...)

« III. – Le président de la commission peut désigner des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de la consultation. Celles-ci sont convoquées et peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres.

« La commission d'appel d'offres peut également être assistée par des agents des membres du groupement, compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics.

« Le comptable du coordonnateur du groupement, si celui-ci est un comptable public, et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres, lorsqu'ils y sont invités. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.

(...)

Texte de la proposition de loi

**Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique**

—
3° Après le quatorzième alinéa,
il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

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

Amdts COM-18 et COM-19

AMENDEMENTS NON ADOPTÉS PAR LA COMMISSION

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE UNIQUE

Amendement n° COM-1 présenté par

M. GRAND

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 75 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est supprimé.

OBJET

L'article 75 de l'ordonnance fixe les conditions de recours à la passation des marchés de partenariat. Elle prévoit en son II une condition de seuil fixé par voie réglementaire pour recourir à ce type de marché.

Les consultations préalables à l'élaboration de l'ordonnance ont montré que l'exigence d'un seuil financier, en-dessous duquel le recours au marché de partenariat serait exclu, pourrait s'avérer préjudiciable à l'investissement des collectivités locales, dont une grande partie des marchés sont de faible montant. Un tel seuil est aussi susceptible de pénaliser les PME dans l'accès à la commande publique.

Devant la Fédération nationale des travaux publics le 9 avril 2015, le Gouvernement, par la voix du Ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, s'était déclaré favorable à la suppression de cette condition de seuil.

L'exigence d'un seuil découlant de la loi d'habilitation (c du 4° de l'article 42 loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises), cette suppression ne peut intervenir que par voie législative, à travers la loi de ratification.

Tel est l'objet du présent amendement.

Amendement n° COM-3 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Au deuxième alinéa du I de l'article 32 de la même ordonnance, après les mots : « marché public s'ils », sont insérés les mots : « justifient qu'ils ».

OBJET

Il s'agit de renforcer les obligations de motivation pour les acheteurs publics décidant de ne pas allouer un marché public.

Amendement n° COM-4 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 33 de la même ordonnance est abrogé.

OBJET

L'ordonnance relative aux marchés publics rappelle le principe de l'allotissement des marchés publics en son article 32.

Son article 33 permet toutefois aux organismes HLM et aux SEM de construction et de gestion de logements sociaux de recourir librement à des marchés de conception-réalisation jusqu'au 31 décembre 2018.

Il est proposé de supprimer cette dérogation à l'allotissement afin de favoriser l'accès de toutes les entreprises aux chantiers correspondants.

Amendement n° COM-5 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 34 de la même ordonnance est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« II. Les acheteurs publics peuvent recourir à un marché global de performance uniquement lorsqu'il présente une complexité technique particulière. »

OBJET

Le présent amendement vise à encadrer plus strictement le recours aux marchés globaux de performance afin de ne pas affaiblir le principe de l'allotissement consacré à l'article 32 de la présente ordonnance.

Amendement n° COM-6 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 35 de la même ordonnance est abrogé.

OBJET

Les marchés globaux sectoriels se sont multipliés depuis une vingtaine d'années. Ils concernent désormais sept secteurs : les gendarmeries, les commissariats de police, la brigade des sapeurs-pompiers de Paris, les établissements pénitentiaires, etc.

La présente ordonnance ajoute, en outre, un nouveau secteur : celui de la revitalisation artisanale et commerciale.

Cet amendement propose de mettre fin à l'ensemble de ces dérogations afin que ces marchés soient allotis et donc plus accessibles aux PME.

Amendement n° COM-7 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le 1° du II de l'article 67 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« 1° Tout ou partie de la conception de biens immatériels, à l'exclusion de la conception d'ouvrages ou d'équipements ; ».

OBJET

Cet amendement vise à mettre en place la recommandation n° 7 du rapport d'information Portelli-Sueur de 2014 « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? » : « Exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ du contrat de partenariat et organiser en conséquence la concurrence pour l'établissement d'un tel contrat sur la base d'un projet architectural préalablement défini et adopté ».

Amendement n° COM-8 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 69 de la même ordonnance est supprimé.

OBJET

Amendement de coordination par rapport à celui excluant le choix de l'équipe d'architecture du champ des marchés de partenariat.

Amendement n° COM-9 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le I de l'article 75 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« I. - Les marchés de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

« 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

« 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible.

OBJET

Le présent amendement propose de redéfinir les critères permettant le recours aux marchés de partenariat en réintroduisant l'urgence et la complexité et en supprimant le « bilan favorable ».

Il reprend la jurisprudence constitutionnelle selon laquelle les PPP étaient réservés à « des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé » (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003).

L'auteur de l'amendement rappelle, en outre, qu'il est impossible d'avoir recours au critère du « bilan favorable » dans la mesure où il n'est pas concevable d'examiner les avantages et inconvénients de plusieurs formes contractuelles en amont de la passation du marché.

Amendement n° COM-10 présenté par

M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 75 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« II. Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à 50 millions d'euros hors taxes. »

OBJET

Cet amendement vise à mettre en place la recommandation n° 4 du rapport d'information Portelli-Sueur de 2014 « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? » : « Réserver les contrats de partenariat à des opérations dont le coût excède un montant minimal ».

En effet, le rapport a montré que cet outil « en voie de banalisation » et comportant d'importants risques nécessitait un encadrement strict en le réservant notamment à des opérations dépassant un certain seuil financier.

Cet amendement propose, sans renvoyer à un décret, de fixer un seuil à 50 millions en rappelant notamment que le rapport de M. Martial BOURQUIN, fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique en 2015, notait que le montant moyen des contrats de partenariat s'élevait à 75 millions d'euros.

Amendement n° COM-11 présenté par

M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 75 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« II. Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à 30 millions d'euros hors taxes. »

OBJET

Amendement de repli par rapport au précédent

Amendement n° COM-12 présenté par
M. PORTELLI

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 75 de la même ordonnance ainsi modifié :

1° le II est ainsi rédigé :

« II. – Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à des seuils définis en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru fixés à :

« 1° 10 millions d'euros hors taxe lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ;

« 2° 20 millions d'euros hors taxe lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :

« a) Des ouvrages d'infrastructures de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;

« b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° du II de l'article 67 de la présente ordonnance ;

« 3° 30 millions d'euros hors taxe lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent II. » ;

OBJET

Amendement de repli par rapport aux deux précédents.

Il propose de fixer dans l'ordonnance plusieurs seuils minimaux de recours aux marchés de partenariat en reprenant les catégories de contrats envisagées pour le décret d'application de la présente ordonnance.

Amendement n° COM-14 présenté par

M. MARIE

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le I de l'article 32 de l'ordonnance est ainsi modifié :

Après les mots : « à la section 4, les marchés publics », insérer les mots : «*passés selon les procédures formalisées* ».

OBJET

Le présent amendement a pour objet, conformément à la directive européenne 2014/24/UE, de limiter l'obligation d'allotissement aux seuls marchés dont les montants dépassent les seuils communautaires.

En effet, le recours obligatoire à l'allotissement en dessous desdits seuils, qui constituerait une sur-transposition de la directive européenne, aura un impact négatif sur les projets de construction des organismes d'HLM car il présente des inconvénients majeurs, en particulier pour les marchés de faible montant, dans le cadre d'opérations soumises à des contraintes budgétaires et/ou de calendrier fortes :

surcoûts liés à l'obligation de passer un marché portant sur la coordination en matière de Sécurité et de Protection de la Santé, et en raison du coût individuel par lot des charges courantes liées aux prestations, notamment la livraison, le transport, l'installation de chantier et le repli de chantier ;risques de retards importants dans l'exécution des travaux, dus au morcellement des tâches, à la nécessaire coordination du travail des acteurs ou au risque, malheureusement élevé, de défaillance d'entreprises en cours de chantier (dépôt de bilan) ; infructuosité de certains lots, notamment en cas d'allotissement géographique, cette difficulté étant accrue dans les zones faiblement concurrentielles.

Amendement n° COM-15 présenté par
M. MARIE

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 33 de l'ordonnance est ainsi modifié :

Après les mots : « *Les conditions mentionnées au second alinéa du I ne sont pas applicables aux marchés publics de conception-réalisation conclus* », supprimer les mots : « *jusqu'au 31 décembre 2018* ».

OBJET

La loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique (MOP) limite actuellement pour les organismes d'HLM le recours aux marchés globaux avec, en application de l'article 110 de la loi MOLLE du 25 mars 2009, une dérogation temporaire jusqu'en 2018 pour la construction des logements locatifs sociaux.

À ce jour, cette dérogation a constitué un levier important pour accroître la production de logements sociaux. Pour les organismes d'HLM, cette faculté de recourir aux marchés globaux, qui n'ont pas vocation à être considérés par les organismes d'HLM comme un mode opératoire unique, permet :

une connaissance plus rapide des budgets : une seule consultation pour un prix convenu ; un gain de temps compris entre six mois et un an par rapport à une procédure classique (une seule consultation et un temps d'étude de projet fusionné avec les actes administratifs) ; une organisation dès la phase études de la coordination des différents acteurs pour un résultat technique amélioré ; une définition du projet grâce à une conception mieux encadrée par un programme plus précis et un travail conjoint concepteur/entreprise, en vue d'un rapport qualité/coût optimisé ; une optimisation des coûts de réalisation ; l'émergence de réalisations innovantes en matière technique et notamment dans le domaine de la performance énergétique et environnementale.

Par ailleurs, le Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable, dans son rapport de 2013, a constaté que le marché de conception-réalisation représente une condition nécessaire au développement de nouveaux procédés constructifs et contribue à l'amélioration des techniques de la construction, notamment dans le domaine thermique. De plus, il a jugé que cette procédure ne nuit ni à la qualité architecturale, ni à la durabilité des ouvrages et contribue à mieux maîtriser les délais et les coûts.

C'est pourquoi, la capacité pour les organismes d'HLM de recourir aux marchés globaux doit être pérennisée et ce d'autant plus que le gouvernement s'est

engagé à accélérer la production de logements sociaux et qu'il a fixé des objectifs importants à atteindre, en volume et en performance.

Amendement n° COM-16 présenté par

M. MARIE

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le premier alinéa du I de l'article 59 de l'ordonnance est ainsi modifié:

Après les mots : «*et les établissements publics locaux* », insérer les mots : «*autres que les offices publics de l'habitat* ».

OBJET

Si les sociétés anonymes d'HLM (ESH), les sociétés anonymes coopératives d'HLM et les fondations d'HLM sont libres de rédiger leurs clauses financières, l'ordonnance du 23 juillet 2015 soumet les offices publics de l'habitat, en leur qualité d'établissements publics locaux, au même régime juridique d'exécution des marchés que leurs collectivités territoriales de rattachement.

Les organismes d'HLM, quel que soit leur statut, doivent bénéficier d'un régime financier unique.

L'application du régime financier et comptable des collectivités territoriales aux OPH va accroître la charge de travail des services financier et comptable de ces derniers et indirectement augmenter leurs charges en raison de la nécessité de former et de recruter du personnel pour assumer ces nouvelles obligations.

L'objet de cet amendement est ainsi d'exempter les OPH de cette disposition, à l'instar de ce que l'ordonnance prévoit aujourd'hui pour les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat en ce qui concerne les obligations relatives aux règlements, avances et acomptes. Les OPH, établissements publics à caractère industriel et commercial, ont la même légitimité à bénéficier de cette exemption.

Amendement n° COM-17 présenté par
M. MARIE

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le premier alinéa du I de l'article 60 de l'ordonnance est ainsi modifié :

Après les mots : « *et leurs établissements publics* », insérer les mots : « *autres que les offices publics de l'habitat* ».

OBJET

Si les sociétés anonymes d'HLM (ESH), les sociétés anonymes coopératives d'HLM et les fondations d'HLM sont libres de rédiger leurs clauses financières, l'ordonnance du 23 juillet 2015 soumet les offices publics de l'habitat, en leur qualité d'établissements publics locaux, au même régime juridique d'exécution des marchés que leurs collectivités territoriales de rattachement.

Les organismes d'HLM, quel que soit leur statut, doivent bénéficier d'un régime financier unique.

A titre d'exemple, bon nombre de contrats, notamment en matière de maintenance et d'exploitation, intègrent des clauses destinées à un entretien dans le temps des installations en permettant de remplacer certains équipements au moment le plus opportun. Dans ce cadre, il est mis en place un versement périodique qui constitue un paiement différé et qui est avantageux pour les prestataires concernés.

Amendement n° COM-20 présenté par
M. BONNECARRÈRE

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 75 de l'ordonnance n° 2015--899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est supprimé.

OBJET

Cet article vise à permettre le recours au marché de partenariat sans condition de seuil.

Les consultations préalables à l'élaboration de l'ordonnance ont en effet montré que l'exigence d'un seuil financier en-dessous duquel le recours au marché de

partenariat serait interdit, pourrait s'avérer préjudiciable d'une part à l'investissement des collectivités locales, dont une grande partie des marchés sont de faible montant, d'autre part à l'accès des PME et PMI à la commande publique, et enfin aux objectifs de l'Etat en matière de transition énergétique.

Cette suppression ne peut intervenir que par voie législative, à travers la loi de ratification.

L'exigence d'un seuil découlant en effet directement du c du 4° de l'article 42 de la loi d'habilitation (loi n° 2014--1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises).

C'est l'objet du présent amendement.

Amendement n° COM-22 présenté par

M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Au deuxième alinéa du I de l'article 32 de la même ordonnance, après les mots : « marché public s'ils », sont insérés les mots : « justifient qu'ils ».

OBJET

Il s'agit de renforcer les obligations de motivation pour les acheteurs publics décidant de ne pas allouer un marché public.

Amendement n° COM-23 présenté par

M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 33 de la même ordonnance est abrogé.

OBJET

L'ordonnance relative aux marchés publics rappelle le principe de l'allotissement des marchés publics en son article 32.

Son article 33 permet toutefois aux organismes HLM et aux SEM de construction et de gestion de logements sociaux de recourir librement à des marchés de conception-réalisation jusqu'au 31 décembre 2018.

Il est proposé de supprimer cette dérogation à l'allotissement afin de favoriser l'accès de toutes les entreprises aux chantiers correspondants.

Amendement n° COM-24 présenté par
M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

I. L'article 34 de la même ordonnance est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« II. Les acheteurs publics peuvent recourir à un marché global de performance uniquement lorsqu'il présente une complexité technique particulière. »

OBJET

Le présent amendement vise à encadrer plus strictement le recours aux marchés globaux de performance afin de ne pas affaiblir le principe de l'allotissement consacré à l'article 32 de la présente ordonnance.

Amendement n° COM-25 présenté par
M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 35 de la même ordonnance est abrogé.

OBJET

Les marchés globaux sectoriels se sont multipliés depuis une vingtaine d'années. Ils concernent désormais sept secteurs : les gendarmeries, les commissariats de police, la brigade des sapeurs-pompiers de Paris, les établissements pénitentiaires, etc.

La présente ordonnance ajoute, en outre, un nouveau secteur : celui de la revitalisation artisanale et commerciale.

Cet amendement propose de mettre fin à l'ensemble de ces dérogations afin que ces marchés soient allotés et donc plus accessibles aux PME.

Amendement n° COM-26 présenté par
M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le 1° du II de l'article 67 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« 1° Tout ou partie de la conception de biens immatériels, à l'exclusion de la conception d'ouvrages ou d'équipements ; ».

OBJET

Cet amendement vise à mettre en place la recommandation n° 7 du rapport d'information Portelli-Sueur de 2014 « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? » : « Exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ du contrat de partenariat et organiser en conséquence la concurrence pour l'établissement d'un tel contrat sur la base d'un projet architectural préalablement défini et adopté ».

Amendement n° COM-27 présenté par
M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 69 de la même ordonnance est supprimé.

OBJET

Amendement de coordination par rapport à celui excluant le choix de l'équipe d'architecture du champ des marchés de partenariat.

Amendement n° COM-28 présenté par
M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le I de l'article 75 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« I. - Les marchés de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

« 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

« 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible

OBJET

Le présent amendement propose de redéfinir les critères permettant le recours aux marchés de partenariat en réintroduisant l'urgence et la complexité et en supprimant le « bilan favorable ».

Il reprend la jurisprudence constitutionnelle selon laquelle les PPP étaient réservés à « des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé » (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003).

L'auteur de l'amendement rappelle, en outre, qu'il est impossible d'avoir recours au critère du « bilan favorable » dans la mesure où il n'est pas concevable d'examiner les avantages et inconvénients de plusieurs formes contractuelles en amont de la passation du marché.

Amendement n° COM-29 présenté par

M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 75 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« II. Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à 50 millions d'euros hors taxes. »

OBJET

Cet amendement vise à mettre en place la recommandation n° 4 du rapport d'information Portelli-Sueur de 2014 « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? » : « Réserver les contrats de partenariat à des opérations dont le coût excède un montant minimal ».

En effet, le rapport a montré que cet outil « en voie de banalisation » et comportant d'importants risques nécessitait un encadrement strict en le réservant notamment à des opérations dépassant un certain seuil financier.

Cet amendement propose, sans renvoyer à un décret, de fixer un seuil à 50 millions en rappelant notamment que le rapport de M. Martial BOURQUIN, fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique en 2015, notait que le montant moyen des contrats de partenariat s'élevait à 75 millions d'euros.

Amendement n° COM-30 présenté par

M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le II de l'article 75 de la même ordonnance est ainsi rédigé :

« II. Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à 30 millions d'euros hors taxes. »

OBJET

Amendement de repli par rapport au précédent

Amendement n° COM-31 présenté par
M. SUEUR

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 75 de la même ordonnance ainsi modifié :

1° le II est ainsi rédigé :

« II. – Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à des seuils définis en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru fixés à :

« 1° 10 millions d'euros hors taxe lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ;

« 2° 20 millions d'euros hors taxe lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :

« a) Des ouvrages d'infrastructures de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;

« b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° du II de l'article 67 de la présente ordonnance ;

« 3° 30 millions d'euros hors taxe lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent II. » ;

OBJET

Amendement de repli par rapport aux deux précédents.

Il propose de fixer dans l'ordonnance plusieurs seuils minimaux de recours aux marchés de partenariat en reprenant les catégories de contrats envisagées pour le décret d'application de la présente ordonnance.

Amendement n° COM-32 présenté par
M. BONNECARRÈRE

Après l'article unique

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

Le premier alinéa de l'article 59 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés

publics est ainsi modifié :

Après les mots "ses établissements publics", les mots « autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial » sont supprimés.

OBJET

Cet amendement vise à soumettre les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat au régime de droit commun en ce qui concerne l'exécution financière des marchés publics. En effet, les règles du code des marchés publics en matière de règlements, avances et acomptes garantissent des conditions financières permettant un meilleur accès à la commande publique aux entreprises et notamment aux TPE et PME. Considérant que les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat ont les budgets d'investissement les plus importants, ils représentent donc une part de la commande publique éminente. Il est donc essentiel pour de nombreuses entreprises, parfois fragiles, que les conditions de paiement des EPIC de l'Etat soient soumises à des règles précises.