

POSITION D'EGF.BTP SUR LE PROJET D'ORDONNANCE SUR LES MARCHÉS PUBLICS

30 JANVIER 2015

CONSIDÉRATIONS LIMINAIRES SUR LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DE 2014 ET LE REGROUPEMENT DES OUTILS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

EGF se félicite que la transposition de la directive de 2014 proposée par le projet d'ordonnance maintienne les règles en matière d'allotissement sans changement notable et que les contrats globaux soient promus de façon significative.

Nous sommes en revanche plus critiques sur l'inutile abrogation du BEA et de l'ordonnance des contrats de partenariat (17/6/2004), le rattachement des contrats de partenariat aux marchés publics et sur les nombreuses limitations qu'ils reçoivent dans leur application. Enfin nous réitérons notre demande de sanctions effectives concernant les débordements inévitables des régimes d'exclusion de la commande publique issus de la directive et qui ne respectent ni nos principes ni nos lois françaises actuelles.

1) La profession d'entreprise générale

La profession d'entreprise générale est très ancienne dans notre pays, elle a livré des ouvrages de toutes natures, y compris des ouvrages historiques majeurs (comme la tour Eiffel). Elle a permis l'émergence d'un modèle d'entreprises structurées qui font la fierté de la France à l'étranger et qui tiennent une place modérée en France répondant au désir légitime des clients publics d'obtenir une performance globale. Aussi ne voit-on pas pourquoi elle fait l'objet d'une telle discrimination dans les textes européens et d'une telle distorsion de concurrence avec l'allotissement a priori favorisé. La rédaction actuelle du projet d'ordonnance ne doit pas évoluer.

2) Sur le rattachement du CP aux marchés

- La transposition donne l'occasion à l'administration française de reclasser plus clairement les contrats en les rationalisant. Le projet d'ordonnance supprime les utilisations contractuelles du BEA et replace le contrat de partenariat dans le même corpus de textes que les marchés publics. Ceci pose deux problèmes : la suppression de deux outils qui fonctionnent parfaitement : le Contrat de partenariat et le BEA, ce dernier étant d'ailleurs jugé très utile par les élus locaux pour sa simplicité. La transformation du CP en marché de partenariat amène une perte de perspective du caractère très particulier du contrat global de partenariat qui est assez éloigné des formes classiques des marchés publics.

- La volonté de créer un cadre spécifique au partenariat public privé et d'en élargir l'usage (ordonnances de 2003 et 2004 et loi subséquentes) poursuivait comme but principal d'offrir aux personnes publiques un outil manquant de la palette de la commande publique :
 - * permettant de mieux tenir les délais et l'enveloppe budgétaire, garantir les performances, et sanctuariser l'entretien-maintenance au travers d'un contrat global;
 - * comprenant la conception la construction le financement et l'entretien maintenance sans transférer le service public et
 - * d'engager des constructions d'ouvrages publics sur un calcul de coût global de l'équipement sur toute la durée de sa vie, disposition que n'offrait aucun autre contrat.

- La transposition de la directive ne nécessite pas d'unifier le CP aux marchés car il était tout à fait clair que le CP se rattachait aux marchés en droit européen¹, lequel n'a jamais traité du PPP en termes spécifiques sauf à offrir des communications interprétatives floues et sans grand impact.
- En revanche le rattachement entraîne des difficultés inutiles car la logique fonctionnelle du CP est d'une autre nature que celle des marchés en raison notamment : de la complexité de la prestation, de l'étalement de la performance de la prestation dans la durée, de l'association du financement et du transfert de maîtrise d'ouvrage. Ceci a aussi un impact négatif sur l'affichage à l'étranger du modèle français qui a commencé à faire école et qui apparaîtra ainsi comme insatisfaisant.

- Malgré quelques rapports publics dont les conclusions sont contenues dans les prémices, le partenariat public privé a donné d'excellents résultats et les témoignages abondent de son intérêt pour les collectivités publiques². L'amélioration recherchée de la gestion publique par le PPP a été au rendez-vous, au travers de l'obligation d'évaluation préalable, de l'intégration des phases conception/construction et d'entretien-maintenance, de l'optimisation des solutions technico-économiques via le mécanisme du dialogue compétitif permettant de déboucher sur des offres au meilleur rapport qualité/prix, et enfin de la réduction des délais de réalisation et de mise en service. La démonstration chiffrée et comparative de la supériorité du CP à la MOP a même été apportée par plusieurs maîtres d'ouvrages.

- **Il nous semble que son cadre juridique, organisé dès le départ pour être autonome des marchés publics³ devrait rester en dehors de la notion de marché.** Ce corpus juridique est aujourd'hui assez conséquent car il forme un ensemble de 150 pages de JO entre les lois, les décrets et les arrêtés y afférent. Il est solide et ne donne pas lieu à beaucoup de contestations hormis les considérations politiciennes. Il est donc peu fondé de vouloir justifier une réforme pour des difficultés juridiques qui n'existent pas de notre point de vue.

- Dans la même optique le BEA très utilisé par les collectivités locales ne doit pas disparaître et les articles L 1311 -2 et suivants ne nous semblent pas devoir être modifiés par rapport à leur rédaction actuelle.

¹ Ce point n'a jamais soulevé de difficultés le PPP est fondamentalement un marché public dans son optique dans le sens où il reçoit un paiement public.

² « Dix ans de PPP dans la commande publique », Bergère et Bezaçon, le Moniteur 2014.

³ qui étaient considérés comme depuis 1982 de nature réglementaire (à tort comme le reconnaît aujourd'hui le projet d'ordonnance et comme nous l'avions démontré dès 1999, Thèse « Essai sur les contrats de travaux et de services publics » LGDJ, X. Bezaçon

3) Observations sur les exclusions

Nous considérons comme excessif le chapitre deux de la première partie consacré aux exclusions : comment affirmer que les deniers publics sont bien employés si la règle de la concurrence est totalement écartée ?

La transcription sans aucune adaptation des règles d'exclusion des directives de 2014 fait régresser l'état du droit de la concurrence en France notamment sur les trois fronts suivants :

- La possibilité pour une entité « in-house » ou une entreprise liée à une collectivité exerçant une activité de réseaux d'exercer 20% de ses activités sur le marché concurrentiel, sans aucune sanction, aura pour conséquence de fausser gravement la concurrence. Les conséquences peuvent être lourdes pour les PME et les autres entreprises.
- L'exonération de toute compétition pour les entités in-house (type sociétés publiques locales et sociétés d'économie mixte) et la possibilité d'exercer leur activité à l'extérieur de leurs territoires ou spécialités d'origine mettront en grande difficulté les entreprises privées⁴. Or la loi du 28 mai 2010 limite l'activité des SPL au seul bénéfice des collectivités territoriales qui en sont leurs actionnaires, sur leur seul territoire et dans le strict cadre de leurs compétences est remise en cause dans ses fondements.
- Les SEM, qui sont expressément soumises aux obligations de mise en concurrence d'une part en raison de l'avis du Conseil Constitutionnel pris en 1993 à propos de la loi Sapin, d'autre part en vertu de l'arrêt Stadt-Halle de la CJUE, se trouveraient exonérées de toute compétition ce qui est un retournement complet des règles de droit.
- L'absence de sanction apportée aux débordements qui pourraient être constatés dans le 20/80 nécessite une sanction que seule l'ordonnance peut ériger. C'est l'objet même de la transposition de préciser cette question dans notre droit.
Nous réitérons notre demande expresse d'un encadrement très strict de ces règles notamment de celle du 20/80 pour les entités in house qui voudraient aller sur le marché privé, vu les débordements possibles et déjà constatés.

⁴ Le risque par exemple, que les stadtwerke allemandes interviennent sur notre marché de façon conséquente, comme elles ont déjà commencé à le faire est plus que jamais à redouter, alors que le marché allemand est fermé aux groupes français. La compétition ne pourra être équilibrée ni réelle car ces opérateurs, adossés aux Länder ou aux villes qui les contrôlent, bénéficient ainsi de leur puissance et n'ont pas les mêmes contraintes de rentabilité.

REMARQUES SUR LES ARTICLES

Nous avons mis en gras souligné les propositions de modification de texte

Article 1^{er} – Titre préliminaire

Il est essentiel de rappeler que les grands principes européens du droit de la commande publique ont pour objectif l'efficacité de celle-ci et la bonne utilisation des deniers publics. L'objet fondamental des marchés publics est bien en effet de rendre un service aux citoyens doté du meilleur rapport qualité prix. Cette préoccupation doit guider de manière systématique l'achat public et sous tendre toute politique publique concernant la commande publique.

Il serait bon de reprendre l'exacte énonciation de ces principes dans le texte de la directive.

Article 15 I 2° Exclusions relatives aux relations internes au secteur public

La règle du 80/20 permettant d'échapper à l'application de l'ordonnance relative aux marchés publics nous semble difficile à mettre en œuvre. Comment vérifier de manière objective et sur quelle période sa réalité afin de faire échapper les personnes morales concernées au principe de concurrence.

Rédiger : article 15-IV : En cas de dépassement des 20% d'activités extérieures la personne morale de droit public ou de droit privée mentionnée au I de cet article s'expose à des sanctions qui seront définies (soit par l'ordonnance soit par voie réglementaire, voir ci-dessous).

Nous appelons de nos vœux que soient pris en considération dans le projet d'ordonnance et/ou les décrets subséquents :

- **La fixation de modalités strictes de contrôle des 20% d'activité extérieure notamment l'établissement d'une comptabilité séparée de ces activités, d'un contrôle de légalité renforcé,**
- **L'obligation pour les entités in house de publier un bilan certifié et une déclaration sur l'honneur du Président de la société et une certification indépendante concernant l'activité des dites entités,**
- **La fixation de sanctions monétaires des dépassements ou des fausses déclarations et la suspension de la faculté de participer aux appels d'offres extérieurs, en cas de dépassements avérés.**

Articles 15 à 18

Cette longue liste ne prévoit ni les types de contrôles ni les sanctions qui seront appliquées. Seule la règle législative peut s'imposer au juge. **Il est impérativement nécessaire de fixer les sanctions en question ;** c'est l'objet même de la transposition, de rendre un texte général adapté aux règles nationales.

Article 17

Il serait bon de conserver la notion de « contrôle analogue » et non le concept très flou « d'influence déterminante ».

Article 26 Définition préalable des besoins

Il est insuffisant de dire que les prestations à réaliser sont uniquement définies par référence à des spécifications techniques. **Les prestations qui font l'objet d'un marché peuvent en effet être définies sous forme de performances ou d'exigences fonctionnelles.** C'est le cas par exemple des contrats de performance énergétique qui comportent différentes catégories de performances concrètes à atteindre en matière de consommation énergétique et de baisse des émissions de gaz à effet de serre, éléments indispensables à la mise en œuvre de la transition énergétique. En outre, les marchés globaux avec objectifs de performances sont bien mentionnés à l'article 28 du présent projet d'ordonnance et supposent par définition, en matière de construction, une définition performancielle et non descriptive de l'ouvrage à construire. Concernant les marchés de partenariat il faut conserver la notion de programme fonctionnel qui est plus vaste et plus adaptée à la consultation en dialogue compétitif.

Rajouter à l'article 26 I ...ou à un programme fonctionnel, des performances ou des exigences fonctionnelles à obtenir.

Article 27 Allotissement

Les marchés globaux et les contrats de partenariat ont une logique économique et technique incompatible avec une division en lots. Un pouvoir adjudicateur lorsqu'il décide de lancer un marché global ou un PPP le fait pour obtenir un résultat global sur lequel va devoir s'engager un opérateur qui ne peut le garantir que lorsqu'il réalise l'intégralité de la prestation comportant la gestion et la maîtrise des interfaces.

C'est le cas par exemple d'**un ouvrage avec une garantie de performance énergétique**, celle-ci ne pouvant être considérée que pour la globalité de celui-ci, et non pas sur telle ou telle partie distincte de celui-ci.

L'application des règles de justification de l'allotissement en sus de celles du choix d'un marché de partenariat (qu'on verra ci-après) représente une double peine dans laquelle il va être difficile de pouvoir sortir indemne des nombreux recours possibles⁵.

Il est proposé de supprimer le II de l'article 27 à tout le moins pour les contrats globaux et les les marchés de partenariat et d'ajouter dans l'article 58 l'article 27 au titre des exceptions.

En revanche lorsque des marchés mixtes (travaux énergie) comportent une partie de fourniture d'énergie, ces prestations doivent faire l'objet d'un lot séparé.

⁵ L'autonomie de la législation du contrat de partenariat avait pour avantage d'éviter le problème et de ne pas faire référence aux marchés, n'étant pas un marché classique mais une prestation beaucoup plus complexe. Le seul critère du paiement comme lien de rattachement du CP aux marchés est un abus. L'extrême particularité de ce contrat ne permet pas selon nous de le rattacher aux marchés.

Article 28 Marchés globaux

Dans les marchés globaux, les opérateurs économiques engagent leur responsabilité globale auprès des pouvoirs adjudicateurs auxquels ils offrent une prestation complète qui est par exemple la construction d'un ouvrage clefs en mains.

L'expérience démontre que ceux-ci ont été profitables en termes de coût et de délai, et revendiqués comme tels par diverses catégories de pouvoirs adjudicateurs. Tel est le cas par exemple des marchés de conception réalisation qui ont donné satisfaction en termes d'économie et de délais aux maîtres d'ouvrage sociaux et hospitaliers. Il est nécessaire de laisser aux pouvoirs adjudicateurs le libre choix de les utiliser. D'ailleurs l'article 2-6 de la directive adopte une définition large des marchés publics de travaux en mentionnant notamment :

« b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage. »

Nous avons deux observations sur cet article :

1) Eviter un encadrement trop strict

Hormis la liste de prestations mentionnées qui justifient opportunément leur utilisation au 3° de l'article 28, il serait préférable de ne pas en encadrer de manière stricte l'usage comme le fait en matière de construction le II 1°) en mentionnant cumulativement les dimensions exceptionnelles et les difficultés techniques particulières permettant d'y recourir.

Un ouvrage d'une dimension non exceptionnelle peut en effet présenter des difficultés techniques particulières qui justifient le recours à un marché global permettant d'en gérer les interfaces techniques. Par exemple, une collectivité locale peut décider de construire un bâtiment administratif classique en exigeant un label énergétique supérieur à la réglementation thermique en vigueur avec garantie de performance. Seul un marché global est dans ce cas adapté car susceptible d'apporter cette garantie sur la totalité de l'ouvrage de la part de l'opérateur exécutant les prestations.

En outre ces conditions de recours sont susceptibles de donner lieu à des contentieux s'appuyant sur leur réalité, qui sont peu propices à l'efficacité de la commande publique.

La référence à des objectifs de performances mesurables figurant au II 2° de l'article va par contre dans le bon sens car elle s'accorde notamment bien avec la mise en œuvre de la politique publique de transition énergétique qui suppose pour réussir des engagements de garantie de performance de la part des opérateurs économiques..

Il est proposé de supprimer le II 1) de l'article 28

2) il convient d'étendre les personnes ayant accès à ces contrats et les types d'ouvrages

* A ce jour les EPS (Etablissement public de santé) qui peuvent eux aussi intervenir dans le domaine du MEDICO SOCIAL ET SANITAIRE sont autorisés au recours depuis 2004 aux procédures de Conception Réalisation et de CREM. Il faut rajouter selon nous dans les personnes autorisées au recours à la procédure :

- Les EPA (Etablissement public autonome) quand ils ont vocation à construire dans le secteur médico social et sanitaire , les EPA sont rattachés aux communes dans lesquels ils sont installés.

- Les Etablissements régis par l'ordonnance de 2005 qui ont vocation à construire dans le secteur médico social et sanitaire, lorsqu'ils sont Pouvoirs Adjudicateurs mentionnés à l'article premier de la Loi N° 85-704 du 12 juillet 1985.

Il est proposé d'ajouter à l'article 28 II 3) h) : les établissements publics autonomes qui ont vocation à construire dans le secteur du médico social et sanitaire, les établissements régis par l'ordonnance de 2005 qui ont vocation à construire dans le secteur médico social et sanitaire, lorsqu'ils sont pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article premier de la Loi N° 85-704 du 12 juillet 1985.

* Le recours au contrat global est pérennisé pour les logements locatifs aidés, mais le projet d'ordonnance restreint en revanche de façon très sensible les conditions d'intervention des organismes privés Hlm en les empêchant de recourir aux contrats globaux pour des opérations d'accession sociale à la propriété ou des opérations mixtes.

Il faudrait prévoir également la dérogation prévue à l'article 28 II 3° a) pour l'ensemble des opérations de construction de logements sociaux en adoptant la rédaction suivante :

3° Lorsque le marché a pour objet de réaliser :

- a) Des logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au I de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée ; **des logements locatifs intermédiaires visés à l'article L. 302-16 du code de la construction et de l'habitation et des logements résultants d'accession sociale à la propriété visés à la première phrase de l'alinéa 8 de l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation.**

Nous nous demandons enfin si les conditions mentionnées s'appliqueront aussi aux marchés de partenariat, ceux-ci étant généralement en conception construction et les dispositions de la première partie de l'ordonnance s'appliquant aussi à eux. Ce ne doit pas être le cas mais dans ce cas :

Il convient de rajouter que : l'article 28 ne concerne pas le marché de partenariat ou de le dire à l'article 58.

Article 32

Nous espérons que le décret d'application contiendra les règles d'actualisation et de révision obligatoires.

Article 37 Confidentialité

La rédaction de l'article reste trop générale en matière de protection du secret des affaires. **Une protection efficace et favorable à l'innovation, du secret des affaires, nécessite la rédaction d'une loi véritablement protectrice de celui-ci ainsi que du savoir-faire des entreprises.** Une initiative française et européenne serait dans ce domaine la bienvenue garantissant une protection adéquate civile et pénale des opérateurs économiques.

Article 41

Des précisions devraient être apportées quant à l'encadrement de la défaillance.

Article 44

Il conviendrait de reprendre les dispositions concernant les offres anormalement basses figurant dans la directive avec un degré de sévérité qui en rende l'application efficace.

Article 51 paiement différé

Il semble qu'il faille différencier les marchés de partenariat des contrats globaux de type performance énergétique à paiement différé selon l'article 51, ceci mérite d'être dit ou infirmé.

Article 54 Dispositions relatives aux sous contrats

Le second alinéa de cet article qui permet au pouvoir adjudicateur d'exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire tout en ayant sa légitimité pour les marchés publics classiques, ne peut être appliquée aux contrats de partenariat qui sont soumis au futur texte de l'ordonnance. En effet dans un contrat de partenariat le titulaire devient maître d'ouvrage au travers d'une société de projet et signe en son nom propre des marchés de travaux de fournitures ou de services avec des opérateurs économiques.

Il est proposé de rattacher aux exclusions de l'article 58 cet article.

Article 58

Il est dit à l'article 58 que toute la première partie de l'ordonnance s'applique aux marchés de partenariat sauf trois articles : l'interdiction du paiement différé, les acomptes et les garanties. Il n'est pas possible d'appliquer les règles de l'allotissement, du paiement direct de la loi de 75 dans un CP et il n'est pas envisageable d'avoir un groupement d'entreprises en titulaire sur trente ans d'un marché de partenariat.

Il faut compléter l'article 58 par l'exclusion explicite des articles 28 (marchés globaux), 29 (allotissement) et 54 (sous contrats et groupement).

Observations générales

Le corpus juridique en CP est assez important compte tenu des décrets et arrêtés, lois et les deux ordonnances du 4 septembre 2003 et du 17 juin 2004⁶. Il n'est pas repris dans le projet d'ordonnance des éléments fondateurs du CP comme les procédures de consultation, de passation (dialogue compétitif ou appel d'offres) et **surtout le contenu détaillé du contrat qui constitue un bloc important de cette législation** et qui avait été soigneusement rédigé par un comité d'experts. De nombreuses questions se posent :

- quel sera le contenu exact du contrat ?
- Les règles de révision des contrats et de résiliation prévues pour les marchés de partenariat seront-elles celles des marchés qui sont très éloignées de ce qui est actuellement écrit dans l'ordonnance des CP ?
- Quelles seront les procédures formalisées en marchés de partenariat?

L'ensemble des dispositions des articles 66 à 70 et 81 pénalisent lourdement le marché de partenariat au plan procédural, notamment par comparaison avec les procédures de marché simple, et ces articles multiplient les possibilités de contentieux de façon exponentielle. Un allègement sensible doit être apporté à ces articles si l'on veut que les collectivités s'y engagent raisonnablement. Sa présentation dans le projet d'ordonnance ressemble à une course d'obstacles.

Analyse des articles

Article 59

Il faut conserver dans le texte la **notion de contrat global** (pourtant mentionnée dans la définition du marché de partenariat) de l'article 59, car c'est sa logique **ce n'est pas un contrat à la carte**, pour cela il y a les procédures MOP.

L'efficacité de ce contrat repose sur l'ensemble indivis des prestations minimales de conception, construction, financement et entretien-maintenance dans le temps. La vision globale et dans le temps aboutit à déterminer une performance inatteignable en loi MOP et ce fut le sens de la création de ce contrat. Les alternatives sont la loi MOP et le marché global.

Si l'on enlève une seule fonctionnalité l'optimisation de l'ouvrage ne peut pas être atteinte et la construction avec financement simple aboutit à un paiement différé, interdit par ailleurs.

En sus si la maintenance et l'exploitation sont absents du marché de partenariat et que celui-ci ne porte donc plus que sur la construction et tout ou partie du financement, le partenaire privé n'aura plus la responsabilité de la disponibilité de l'ouvrage après la mise à disposition. Il devient impossible dans un tel cas d'avoir après la mise à disposition une « dette projet ». Cela pose un problème, car la part de financement couverte par une cession Dailly acceptée reste plafonnée à 80% par l'article L 313-29-1 qui est inchangé.

- ⁶ Il semble qu'un très grand nombre de dispositions seront « rétrogradées » au niveau réglementaire alors qu'elles étaient de valeur législative et constituaient un ensemble solide et logique strictement adapté au contrat de partenariat et à sa durée dans le temps (procédure de passation, évaluation, contenu du contrat, révision et résiliation du contrat, etc).

Rédiger :

Les 1 et 2 du II de l'article 59 doivent devenir les 3 et 4 du I.

Créer un article 59 bis (ou rattacher à l'article 59) les clauses obligatoires du contrat de partenariat figurant à l'article 11 de l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004.

Article 62

Le non transfert des risques d'exploitation de l'article 62 pose problème pour les contrats de stades. Cette question devrait être clarifiée. Il existe deux types de recettes, celles issues des activités annexes (déléguées) et celles du domaine. Les recettes annexes doivent être clairement autorisées.

Il semblerait à la lecture de cet article qu'il existe une interdiction des recettes annexes mais le IV de l'article 79 parle des « revenus de la valorisation du domaine ». **Il conviendrait de regrouper les deux rémunérations (annexes et domaniales) dans l'article 62 et de faire un renvoi à cet article dans l'article 79.**

Par ailleurs il existe les recettes annexes des missions déléguées, elles ne sont pas mentionnées et l'article dit que : « Aucun risque d'exploitation ne peut être transféré au titulaire. » il convient de préciser que ces recettes sont possibles.

Article 66

Nous ne comprenons pas comment s'harmonisent les évaluations préalables des articles 33 et 66. L'ajout de la soutenabilité budgétaire est intéressant , à condition de prendre réellement en compte l'analyse des avantages du MP en termes d'optimisation et de maîtrise des surcoûts de construction notamment par rapport aux simples marchés publics.

Préciser que : l'article 33 ne se surajoute pas à l'évaluation de l'article 66.

Article 67

L'idée d'imposer un seuil n'est fondée sur rien de sérieux, le premier CP signé fut un contrat d'éclairage public de 4,5 millions attribué à une PME. EGF est contre la création d'un seuil. Le livre des « dix ans de PPP dans la commande publique » montre qu'il existe un très grand nombre de très petits contrats. Si de surcroît on veut favoriser les PME en créant un seuil la contradiction est totale. Si un seuil devait être fixé, il faudrait faire référence aux coûts d'investissement.

Si un seuil est retenu il doit favoriser les PME et donc doit être fixé entre un et cinq millions, pas plus.

Article 68

La suppression des deux critères du Conseil Constitutionnel (urgence et complexité) et le maintien du critère de bilan favorable aboutissent à conserver un critère flou et multiple non défini à ce stade. La disparition du renvoi à la complexité est parfaitement justifiée car dans le droit européen cette justification pour le recours au marché complexe a également disparu.

Mais la multiplication des critères de justification de recours au marché de partenariat (raisons d'un transfert de la maîtrise d'ouvrage, pourquoi recourir au financement privé, etc) nous fait redouter la multiplication des contentieux.

Par ailleurs une comparaison avec d'autres contrats de la commande publique devient difficile, le BEA disparaissant et la DSP n'ayant pas le même objet.

Les critères utilisés dans « les modalités du bilan » doivent être fixés dans l'ordonnance et très limitativement établis.

Rédiger :

A la fin de l'avant dernière phrase de l'article 68 (bilan plus favorable que les autres contrats de la commande publique), « du point de vue du transfert des risques, du caractère le plus favorable au développement durable et de la performance atteinte. »

La notion de transfert de maîtrise d'ouvrage ne doit pas être utilisée car elle n'a pas de fondement européen. Les justifications replacent une fois de plus les décisions des autorités décentralisées devant des contrôles étatiques multiples et a priori.

Article 69

Concernant la **soumission** à l'organe expert nous nous demandons si cela concernera toutes les collectivités locales ? **L'addition des passages à la MAPPP et à la DGFIP locale risquent de bloquer ou de ralentir d'innombrables contrats. Ces « soumissions » nous semblent contraires à l'article 72 de la Constitution qui dispose notamment :**

« Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

...

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. »

Il n'est pas « d'intérêt national » de contrôler à ce point les marchés de partenariat. Ces avis ne peuvent avoir qu'un caractère consultatif dans la logique de la décentralisation, mais étant émis par l'Etat ils pèsent lourd dans le contrôle de légalité donc il faut supprimer l'article 70 II.

Article 73

Cette possibilité d'une participation minoritaire de la puissance publique au capital du titulaire brouille le jeu normal des acteurs et peut entraîner des conflits d'intérêt. Il faudrait, si cette règle est conservée, établir des règles de gouvernance qui assurent l'absence de conflit d'intérêt entre une personne publique à la fois actionnaire du titulaire privé et de partenaire public et ceci particulièrement pour les décisions du titulaire impliquant ses actionnaires.

Supprimer l'article 73 III.

Article 76

Cet article semble supprimer les pré-loyers cela rend plus difficile la structuration du financement, en supprimant des options qui permettent de réduire le coût du projet pour la personne publique et d'optimiser le financement. La suppression des recettes annexes (sous entendue par la mention « de paiement du pouvoir adjudicateur ») aboutirait à supprimer des projets dont les recettes commerciales existent.

Il faut modifier cet article de façon à permettre les recettes annexes et les pré-loyers.

Il n'existe plus la notion expresse de mandat de collecte des paiements des prestations des utilisateurs. Elle doit être réintégrée.

Article 78

La rédaction de cet article est moins complète que les dispositions prévues dans l'ordonnance CP de 2004.**Il convient de compléter cet article notamment pour l'indemnité de fin de contrat en cas de résiliation.**

Article 79

Il serait utile pour l'économie optimisée du marché de partenariat de pouvoir céder des biens du domaine privé de la collectivité publique. Ceci est à rajouter à cet article.

Article 80

A quoi fait référence l'article 80⁷ s'agissant de cautionnement ? Il existe de nombreuses règles en la matière et certaines formes de cautionnement sont très défavorables aux entreprises.

Il faut que la garantie de paiement soit fournie par le titulaire au prestataire sans qu'il ait à en faire la demande.

⁷Art 80 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. Par dérogation à l'article L. 441-6 du code de commerce, ces prestations sont payées dans un délai de trente jours, à l'exception des marchés de partenariat passés par les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, pour lesquels ce délai est fixé à cinquante jours.

Quatrième partie

Article A

Concernant le traitement des contrats en cours : Est-ce que les contrats de partenariat en cours conserveront leur droit actuellement en vigueur du CP ? Ceci est une nécessité.

- **L'article A de la Quatrième partie doit être clarifié. L'ordonnance ne pourra s'appliquer qu'aux contrats signés après la date de sa publication.**

Article B

Le BEA est très utilisé par les collectivités locales et il ne doit pas disparaître : **Les articles L 1311 -2 et suivants ne nous semblent pas devoir être modifiés par rapport à leur rédaction actuelle.**

AUTRES OBSERVATIONS

Disparition des propositions privées de contrats

Il nous semble utile de ne pas abandonner la possibilité pour les personnes privées de proposer des contrats aux collectivités publiques, selon la disposition actuelle.

Traitement des effets des recours contentieux

Afin de poursuivre la construction des ouvrages malgré l'introduction de tels recours, il convient d'ajouter un article disposant :

Le titulaire et la personne publique peuvent prévoir la possibilité d'introduire dans le marché de partenariat une clause par laquelle les parties prévoient ex-ante les conséquences d'une éventuelle annulation/nullité suite à un recours juridictionnel.

Ladite clause contractuelle est divisible des autres clauses du marché, de façon à ce qu'elle survive à l'éventuelle annulation/nullité de celui-ci.

ANNEXE

II .Projet de fiche d'impact

Faciliter l'accès des PME aux marchés publics (page 6)

Il est essentiel comme le fait le présent projet d'ordonnance de laisser aux maîtres d'ouvrages la faculté de choisir librement le mode de dévolution le plus adapté à leur opération. En matière de construction, la division en lots d'un marché peut être en effet plus opportune pour des opérations de taille modeste et ne

comportant pas de contraintes techniques particulières. En revanche un marché global est beaucoup mieux adapté à des opérations comportant des objectifs de performances ou des contraintes techniques qui ne peuvent être prises en compte que globalement et en considérant l'ensemble des interfaces des différents corps d'état.

La directive européenne 2014/24 du 26 février 2014 prévoit, comme il est rappelé, dans son article 46 par.1 que les pouvoirs adjudicateurs doivent indiquer les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser leur marché en lots.

Les dits motifs doivent figurer dans **les documents de marché ou le rapport individuel** visé à l'article 84 de la directive. Ce rapport ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission ou aux organismes ou structures nationaux compétents.

Il est essentiel pour l'efficacité de la commande publique que celle-ci puisse s'effectuer avec le moins de contentieux possible et dans le respect de la liberté contractuelle du maître d'ouvrage de choisir la dévolution la plus adaptée techniquement et économiquement à son projet. La justification de ne pas subdiviser un marché en lots ne doit en conséquence pas figurer aux travers des documents de marché donnant lieu à la consultation des opérateurs, qui conduirait inéluctablement à des procédures contentieuses administratives, facteurs de retardement et de complications pour l'acheteur public, mais peut très opportunément s'opérer dans un rapport postérieur à la consultation établi par le pouvoir adjudicateur et transmis aux autorités compétentes, comme le prévoit la directive.

Allotissement (2.3.2)

Il est justement précisé que l'acheteur public doit être libre d'allotir ou non son marché. Cela va dans le bon sens et renvoie au commentaire précédent qui préconise une justification de la non subdivision des marchés en lots au moyen **d'un rapport établi par le pouvoir adjudicateur postérieurement à l'attribution du marché** et non d'une motivation préalable dans les documents de marché, source de contentieux défavorable à l'efficacité de la commande publique. **Les décrets d'application de l'ordonnance devront très opportunément aller dans ce sens.**

2.9 Evaluation préalable des marchés publics dont la valeur estimée est supérieure à un certain seuil

Cette évaluation doit rester non liante pour le pouvoir adjudicateur. Les futurs décrets d'application devront le préciser. En tout état de cause il faut faire en sorte qu'elle ne préjudicie pas au lancement d'un projet en termes de rallongement de délai. D'autant plus qu'une contre-expertise est rendue obligatoire au-delà de 100 millions d'euros. En outre, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur décide de lancer un marché public classique sans alternative PPP envisagée, cette évaluation préalable ne doit pas devenir obligatoire car inopportune.