



# Pour un code de la commande publique favorable aux PME et à l'innovation

---

**Rapport présenté par Alain BUAT  
et adopté le 29 janvier 2015**

# Pour un code de la commande publique favorable aux PME et à l'innovation

Réponse à la concertation publique sur le projet d'ordonnance transposant le volet législatif des directives « marchés publics »

Rapport présenté par Monsieur Alain BUAT  
au nom de la Commission commerce  
et adopté au Bureau du 29 janvier 2015

Avec la collaboration de Florence JACQUEMOT, chargée d'études,  
Département de Droit public économique, à la Direction générale adjointe chargée des études et de la mission consultative

Chambre de commerce et d'industrie de région  
Paris Ile-de-France  
27, avenue de Friedland  
F - 75382 Paris Cedex 8  
[www.cci-paris-idf.fr/etudes](http://www.cci-paris-idf.fr/etudes)

Registre de transparence de l'Union européenne  
N° 93699614732-82

## SOMMAIRE

---

SOMMAIRE	2
LES PRINCIPALES PROPOSITIONS	3
INTRODUCTION	5
<b><u>TITRE 1 SIMPLIFIER L'ARCHITECTURE DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE</u></b>	<b>9</b>
1. CONSTRUIRE UNE BOITE A OUTILS HOMOGENE DES MARCHES PUBLICS	10
2. PERMETTRE UNE UTILISATION ECLAIREE DE LA BOITE A OUTILS DU POUVOIR ADJUDICATEUR	11
3. PREVOIR UN DROIT DE RESILIATION UNILATERALE AU PROFIT DES TITULAIRES DES MARCHES PUBLICS	12
<b><u>TITRE 2 INCLURE DES ELEMENTS FONDAMENTAUX SUPPLEMENTAIRES DANS LA LOI</u></b>	<b>13</b>
1. REFONDRE ET COMPLETER LA DISPOSITION RELATIVE AUX CRITERES D'ATTRIBUTION DU CONTRAT	14
2. PREVENIR LES ABUS DANS L'USAGE DES GARANTIES ET LES DELAIS DE PAIEMENT	15
3. PRECISER LES LIMITES ENTOURANT LA MODIFICATION EN COURS D'EXECUTION DU CONTRAT	16
4. INSERER LE PARTENARIAT D'INNOVATION DANS L'ORDONNANCE	16
<b><u>TITRE 3 OUVRIR LA COMMANDE PUBLIQUE AUX PME</u></b>	<b>18</b>
1. GENERALISER LE PRINCIPE D'ALLOTISSEMENT	19
2. RENFORCER LE CRITERE D'ATTRIBUTION TIRE DE LA PART DES MARCHES DE PARTENARIAT CONFIEE AUX PME	20
3. PRIVILEGIER LES PME DE L'UNION EUROPEENNE SUR LES ENTREPRISES DES ÉTATS QUI NE JOUENT PAS LA CARTE DE LA RECIPROCITE	21
<b><u>TITRE 4 SUPPRIMER LES NOUVEAUX FREINS AUX PPP</u></b>	<b>23</b>
1. EVALUER LES CONTRATS GLOBAUX AVANT DE LES FAVORISER	24
2. ATTENUER LE DURCISSEMENT DES CONDITIONS DE RECOURS AU MARCHE DE PARTENARIAT	25
3. SUPPRIMER LE SEUIL A PARTIR DUQUEL LE RECOURS AUX MARCHES DE PARTENARIAT EST AUTORISE	26
4. MESURER L'IMPACT DU CONTROLE DE L'ÉTAT SUR LES DEPENSES PUBLIQUES	26

## LES PRINCIPALES PROPOSITIONS

---

Le Gouvernement a ouvert une concertation autour du projet d'ordonnance qui doit simplifier l'ensemble du droit de la commande publique et transposer les directives marchés publics. Leviers économiques pour les entreprises, notamment les PME, ces derniers représentent en France plus de 70 milliards d'euros mais connaissent une baisse sensible en montant et en nombre depuis 2011.

Compte tenu des enjeux soulevés par ce texte, la CCI Paris Ile-de-France estime essentiel que les choix opérés, s'agissant de sa structure comme de son contenu, soient dûment soupesés et formulés, à cette fin, les propositions suivantes :

### I- Simplifier l'architecture du droit de la commande publique

1. Construire une boîte à outils homogène :
  - Rassembler tous les régimes en un seul et même texte ;
  - Maintenir formellement et matériellement dans l'ordre juridique français la distinction européenne entre, d'une part, les marchés publics et, d'autre part, les concessions.
2. Permettre une utilisation éclairée de cette « boîte à outils » :
  - Offrir les moyens techniques suffisants aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices pour pouvoir mener efficacement l'évaluation préalable prévue par le texte ;
  - Confier un rôle d'appui à la MAPPP (Mission d'appui aux partenariats public-privé) pour mettre en œuvre l'évaluation préalable.
3. Prévoir un droit de résiliation unilatérale au profit des titulaires des marchés publics :
  - Introduire dans l'ordonnance le droit de résiliation reconnu par le Conseil d'État au titulaire du marché.

### II. Comblent les lacunes du texte

1. Refondre la disposition relative aux critères d'attribution du contrat :
  - Préciser ceux pouvant être utilisés par les pouvoirs adjudicateurs et exclure celui du prix ou du coût comme seul critère d'attribution ;
  - Expliquer la condition du lien avec l'objet du marché public en supprimant le renvoi aux seules conditions d'exécution.
2. Prévenir les abus dans l'usage de ces garanties et les délais de paiement :
  - Poser dans l'ordonnance le principe de non-cumul ;
  - Affirmer la limite de retenue de garantie à un maximum de 5 % du montant du marché et sanctionner plus sévèrement l'absence de remboursement à l'issue du délai imparti ;
  - Prévoir un paiement à 100 % du marché lorsque la retenue a été remplacée par une caution.
3. Préciser les limites entourant la modification en cours d'exécution :
  - Compléter le régime de la modification en incluant les seuils communautaires ;
  - Prévoir un alinéa réservé à la sujétion technique imprévue.
4. Insérer le partenariat d'innovation dans l'ordonnance :
  - Sauvegarder les droits de propriété intellectuelle de l'entreprise contractante ;
  - Promouvoir l'usage des plates-formes dédiées à l'achat public innovant ;
  - Généraliser l'évaluation pluriannuelle et systématique des performances.

### III. Ouvrir la commande publique aux PME

1. Généraliser le principe d'allotissement :
  - Étendre le principe aux entités adjudicatrices et mesurer l'efficacité de cette mesure ;

- Exiger la justification des exceptions ;
  - Inciter les pouvoirs adjudicateurs à limiter le nombre de lots attribuables à une même entreprise.
2. Renforcer le critère d'attribution tiré de la part des PPP confiée aux PME :
    - Exiger que soit justifiée, dans le rapport annuel, la méconnaissance par le titulaire de la part initialement stipulée.
  3. Privilégier les entreprises de l'Union européenne sur celles des États qui ne jouent pas la carte de la réciprocité :
    - Garantir l'accès à la commande publique aux Etats tiers dans la limite des accords internationaux ;
    - Affecter des moyens et renforcer la coordination pour mieux informer sur la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics ;
    - Encourager la localisation sur le territoire de l'Union des moyens d'exécution des marchés publics, pour maintenir ou moderniser les produits acquis.

#### **IV. Supprimer les nouveaux freins aux PPP**

1. Evaluer les contrats globaux avant de les favoriser :
  - Ouvrir une concertation sur les avantages et inconvénients de retenir le marché global plutôt que le PPP, s'agissant tant de la place des PME que de l'utilisation raisonnée des deniers publics.
2. Atténuer le durcissement des conditions d'utilisation du marché de partenariat :
  - Protéger les deniers publics en le conditionnant à une évaluation préalable comprenant une étude de soutenabilité budgétaire.
3. Abandonner tout seuil d'accès.
4. Mesurer l'impact du contrôle de l'État sur les dépenses publiques :
  - Préciser que les collectivités territoriales ne sont pas liées par les avis de l'État sur l'opportunité d'avoir recours à un tel marché.

## INTRODUCTION

Leviers économiques pour les entreprises, notamment les PME, les marchés publics<sup>1</sup> représentent en France plus de 70 milliards d'euros en montant. Outils-clés de la croissance intelligente, durable et inclusive, ils sont cependant soumis, dans le même temps, à des exigences de plus en plus drastiques de performance<sup>2</sup> pour garantir une utilisation optimale des deniers publics<sup>3</sup>. Avec la crise, ils connaissent une baisse sensible en montant et en nombre depuis 2011.

**TABLEAU 1**  
Observatoire Economique de l'Achat public – OEAP- issu du recensement 2013

	2011		2012		2013	
	Nombre	Montant*	Nombre	Montant*	Nombre	Montant*
Contrats	112 213	82,3	103 185	75,5	96 514	71,5
dont PPP (**)	15 <sup>***</sup>	3,7	1	1,7	1	0,1
dont Accord-Cadre (AC)			901	1,2	1 435	2,0
Avenants	13 894	4,3	16 195	3,2	16 102	5,3
Actes de sous traitance	6 072	1,1	10 553	1,0	11 431	1,1

(\*) En milliards d'euros HT ; (\*\*) Partenariat Public-Privé ; (\*\*\*) 15 engagements juridiques dans l'appli. Chorus se rapportaient au seul PPP « Balard ».

**TABLEAU 2**  
Les PME dans la commande publique<sup>4</sup>

	2012		2013	
	Nombre	Montant € HT	Nombre	Montant € HT
ETI	19 686	15 159 435 342	18 124	17 936 620 821
GE	21 217	36 808 956 403	19 628	31 812 237 221
PME	55 685	19 793 875 104	52 710	18 550 428 926
Ensemble	96 588	71 762 266 849	90 462	68 299 286 968

Une des manières de remédier à cette situation est la refonte de la réglementation qui résulte pour l'essentiel des nouvelles directives européennes de 2014.

<sup>1</sup> Les obligations statistiques sont limitées aux contrats d'un montant supérieur à 90 000 € HT.

<sup>2</sup> « Pour un management performant de l'exécution des marchés publics », Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 6 mars 2014 présenté par Alain BUAT.

<sup>3</sup> « Europe 2020, une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », Communication de la Commission du 3 mars 2010.

<sup>4</sup> Source : Tableau de l'Observatoire Economique de l'Achat public – OEAP- issu du recensement 2013.

Trois directives ont vu le jour le 26 février 2014<sup>5</sup> avec pour ambition :

- d'inciter à l'utilisation stratégique de ces marchés au profit du développement durable et des droits sociaux au moyen notamment de clauses spécifiques<sup>6</sup> ;
- d'encourager l'innovation avec la mise en place d'un nouveau contrat : le partenariat d'innovation ;
- de favoriser l'accès des PME à travers :
  - la promotion de l'allotissement ;
  - la généralisation de la déclaration sur l'honneur avec le document unique européen et l'obligation de recourir aux bases de données accessibles pour justifier de sa régularité au moment de l'attribution ;
  - le plafonnement du chiffre d'affaires annuel exigible au double du montant du marché ;
- de simplifier et d'assouplir les règles de passation et de généraliser la dématérialisation au plus tard le 18 octobre 2018<sup>7</sup> ;
- de prévenir les conflits d'intérêts ;
- de faire bénéficier d'un nouveau régime simplifié les services sociaux, culturels, de santé.

**TABLEAU 3**  
**Les clauses spécifiques dans les contrats<sup>8</sup>**

En % du nombre de contrat ≥ 90.000 € HT	2009	2010	2011	2012	2013
Marchés avec sous-traitants	1,3	1,5	2,6	2,2	2,2
Marchés avec co-traitants	4,2	5,2	7,4	5,4	5,3
Marchés avec clauses sociales	1,9	2,5	4,2	4,3	6,1
Marchés avec clauses environnementales	2,6	5,1	5,5	5,4	6,7
Marchés à prix révisables	47,0	50,1	50,2	52,7	53,0

<sup>5</sup> Trois directives ont été publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* le 28 mars 2014 :

- la directive n°2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive CE n 2004/18, (ci-après directive secteurs classiques) ;
- la directive n 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil 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 CE n°2004/17 (ci-après directive secteurs spéciaux) ;
- la directive n°2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession.

<sup>6</sup> Il s'agit :

- des marchés réservés, où les pouvoirs adjudicateurs pourront attribuer des contrats exclusivement à des opérateurs dont l'objet principal est de favoriser l'intégration de personnes handicapées ou à des entreprises de l'économie sociale et solidaire (ESS) s'ils portent des prestations en matière de services sociaux, culturels ou de santé ;
- des clauses sociales horizontales en vertu desquelles les acheteurs publics ont notamment l'obligation de rejeter les offres anormalement basses en raison de la violation d'un droit social, du travail ou environnemental reconnu par l'Union européenne ou au niveau international ;
- des critères d'attribution prenant en compte le cycle de vie.

<sup>7</sup> Directive 2014/24, articles 22 et 90.

<sup>8</sup> Source : Tableau de l'Observatoire Economique de l'Achat public – OEAP- issu du recensement 2013.

Ce nouveau corpus constituant une avancée majeure pour les entreprises, la CCI Paris Ile-de-France a affirmé son soutien à sa mise en œuvre rapide et effective dans des délais brefs<sup>9</sup>. En ce sens, un décret paru le 1<sup>er</sup> octobre a d'ores et déjà procédé à une transposition accélérée de certaines dispositions<sup>10</sup>, en donnant corps au plafonnement du chiffre d'affaires annuel exigible, à l'allègement des dossiers de candidature et à l'institutionnalisation du partenariat d'innovation.

Parallèlement, le Gouvernement a annoncé son intention d'encourager une réforme d'envergure se déclinant en deux textes : l'un instaurant un code de la commande publique relatif à tous les contrats relevant de la définition européenne de marché public et l'autre réglementant toutes les concessions de services et de travaux.

Le présent projet d'ordonnance - élaboré sur le fondement de l'habilitation issue de l'article 42 de la loi n°2014-1545 relative à la simplification de la vie des entreprises -, est le premier des deux actes annoncés. Il a trois axes majeurs :

1. donner une valeur légale et non plus réglementaire au texte de base des marchés publics<sup>11</sup> ;
2. mettre en conformité le droit français avec le droit européen<sup>12</sup> ;
3. simplifier l'architecture normative.

Est ainsi mise en place une « boîte à outils » à la discrétion des acheteurs publics afin qu'ils agissent au mieux pour les deniers publics et répondent aux objectifs de développement durable, de protection des droits sociaux et d'innovation.

Mais, cette « boîte à outils » apparaît incomplète : il n'y est pas question de contrats tels que le partenariat d'innovation alors même qu'il mériterait de trouver un développement au niveau légal ; le champ d'application des partenariats public-privé (PPP) est restreint au profit notamment des autres contrats globaux. Cette dernière posture sur les PPP fait suite à un rapport très critique du Sénat rendu en juillet 2014<sup>13</sup>. Or, si des expériences ont été décevantes, comme celle du Centre hospitalier Sud Francilien, François Bergère<sup>14</sup> ancien directeur de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) a justement relevé que des études académiques prouvent que dans plus de 90% des cas, ces montages donnent satisfaction sur le délai de livraison et le respect du budget. Cette défiance s'est d'ailleurs vite traduite dans les chiffres : entre 2004 et 2014, 200 contrats de partenariats ont été signés et mis en œuvre

---

<sup>9</sup> « Proposition de directive sur l'attribution de contrats de concessions », Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 22 mars 2012 ; « Proposition de directive sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics », Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 23 février 2012.

<sup>10</sup> Décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics. Cf. « Transposition accélérée des nouvelles directives marchés publics », Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 10 avril 2014.

<sup>11</sup> Le projet d'ordonnance prévoit effectivement l'abrogation du décret-loi du 12 novembre 1938 pris en application de la loi du 5 octobre 1938 et portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics, sur le fondement duquel, jusque-là, le Gouvernement avait compétence pour édicter la réglementation des marchés publics (CE, Ass, 5 mars 2003, req.n°238039).

<sup>12</sup> Le texte pose un régime commun des marchés publics applicable tant aux entités adjudicatrices (pouvoirs adjudicateurs, entreprises publiques, organismes de droit privé exerçant dans les secteurs spéciaux) qu'aux pouvoirs adjudicateurs classiques sous réserve des nombreuses exceptions énumérées aux articles 11 et suivants du projet d'ordonnance.

<sup>13</sup> « Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ? », Rapport d'information n 733 (2013-2014) de MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 16 juillet 2014, [http://www.senat.fr/rap/r13-733/r13-733\\_mono.html#toc22](http://www.senat.fr/rap/r13-733/r13-733_mono.html#toc22).

<sup>14</sup> Le Journal des Echos du 3 décembre 2014.

pour un total de 18 milliards d'euros d'investissement, en 2014, un seul contrat a été recensé contre 15 en 2013, 30 en 2012, 71 en 2011, 64 en 2010 et 52 en 2009.

La future ordonnance porte donc des enjeux très lourds. Pour mieux y répondre, la CCI Paris Ile-de-France<sup>15</sup> formule des propositions d'amélioration autour de quatre axes de réflexion :

- la simplification de l'architecture de la commande publique ;
- les dispositions à réintégrer dans le champ législatif ;
- l'ouverture de la commande publique aux PME ;
- la suppression des nouveaux freins aux PPP.

---

<sup>15</sup> Ont été consultés en qualité d'experts pour l'élaboration du présent rapport : Me Grégory BERKOVICZ et Me Modeste MARQUES, Avocats Associés au sein du cabinet GB2A.

---

## TITRE 1

# Simplifier l'architecture du droit de la commande publique

---

## 1. Construire une boîte à outils homogène des marchés publics

### ➤ Projet d'ordonnance

On rappellera que, conformément à la loi d'habilitation précitée, le projet d'ordonnance procède à la transposition des directives 2014/24 secteurs classiques et 2014/25 secteurs spéciaux (eau, énergie, transports et services postaux), mais aussi, rationalise l'ensemble des contrats de la commande publique qui sont qualifiés de « marchés publics » au sens du droit européen. Elle clarifie également la finalité des autorisations d'occupation des propriétés des personnes publiques et leur rapport avec le droit de la commande publique.

Au titre des articles 2.1 et 2.5 de ces directives, constituent des marchés publics, les contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un/ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

En droit interne, cette définition communautaire recouvre de nombreux types de contrats éparpillés dans différents codes. Le projet procède dès lors à leur rassemblement au sein d'un texte de base unique.

### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

L'éparpillement des textes est facteur de complexité et mérite d'être simplifié. La future ordonnance constitue donc indubitablement un pas positif en faveur d'une meilleure lisibilité du droit de la commande publique.

La distinction, maintenue, entre les marchés publics et les concessions, de service ou de travaux, revêt par ailleurs un intérêt majeur pour la lisibilité du droit des contrats publics. Pour rappel, la concession de service était exclue du champ des marchés publics par l'article 17 de la directive 2004/18/CE alors que celle de travaux faisait l'objet de ses articles 56 et suivants. En droit interne cette distinction avait donné lieu à une jurisprudence complexe qui mettait en péril l'application du droit communautaire. La CCI Paris Ile-de-France avait donc vivement soutenu le choix opéré par le législateur de l'Union en faveur d'une distinction formelle entre d'une part toutes les concessions soumises à un seul et même statut et, d'autre part, les marchés publics<sup>16</sup>. Elle ne peut donc que soutenir la mise en parfaite conformité du droit interne avec cette nouvelle logique.

Pour clarifier la différenciation à opérer entre ces deux types de contrat, la directive de 2014 a cristallisé la jurisprudence de la CJUE<sup>17</sup> qui conditionne la « concession » à deux critères :

- la rémunération de l'opérateur économique intégralement assurée par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat,
- le risque d'exploitation transféré à cet opérateur.

L'article 4 du projet démontre que l'ordonnance transpose parfaitement cette avancée majeure qui constitue un gage pour les entreprises contre le risque de requalification des contrats de concessions en marché et réciproquement.

---

<sup>16</sup> « Proposition de directive sur l'attribution de contrats de concessions - Position de la CCIP », Rapport du 22 mars 2012 ; « Proposition de directive sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics- Position de la CCIP » Rapport 23 février 2012.

<sup>17</sup> Cf. notamment CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

**PROPOSITION N°1 :**

Rassembler tous les régimes des marchés publics en un seul et même texte

**PROPOSITION N°2 :**

Maintenir formellement et matériellement dans l'ordre juridique français la distinction européenne entre, d'une part, le régime des marchés publics et, d'autre part, celui des concessions

**PROPOSITION N°3 :**

Sauvegarder la transposition en droit interne des critères de distinction européens entre concession et marché public

## 2. Permettre une utilisation éclairée de la boîte à outils du pouvoir adjudicateur

### ➤ Projet d'ordonnance

L'article 33 instaure, s'agissant des marchés publics autres que de défense ou de sécurité, à partir d'un seuil déterminé (envisagé à 100 000 000 euros), une évaluation préalable destinée à aider les acheteurs publics dans le choix du montage contractuel pertinent. La mesure a pour ambition, selon l'étude d'impact, de donner aux personnes publiques un outil d'aide à la décision.

### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

L'évaluation préalable est un moyen bien connu du droit public des contrats, déjà prévue pour les partenariats public-privé ou encore pour certains projets de baux emphytéotiques. Elle s'additionne, pour des services de l'État, ses établissements publics, les établissements publics de santé et structures de coopération sanitaire, à l'évaluation socio-économique qui leur est déjà imposée au titre des projets de plus de 20 millions d'euros<sup>18</sup>.

Cette évaluation entre dans les buts poursuivis par la directive marchés publics : la rationalisation de l'utilisation des deniers publics, dont la CCI Paris Ile-de-France a déjà souligné l'importance<sup>19</sup>.

Dès lors, le présent article doit être accueilli favorablement. Toutefois, **l'évaluation préalable est un élément complexe dans le cadre des contrats publics et particulièrement lorsqu'il s'agit de mettre en perspective des solutions de montage qui ne s'inscrivent pas dans une durée ou n'utilisent pas les mêmes instruments financiers**. Les insuffisances de ce type de démarche ont, au surplus, déjà été démontrées, faute notamment de moyens donnés aux collectivités territoriales pour les mettre en œuvre<sup>20</sup>. Enfin, cette évaluation préalable ne doit pas être assimilable à une nouvelle forme de tutelle de l'État en la matière, le droit européen étant très clair sur la liberté contractuelle prévalant au profit des pouvoirs adjudicateurs.

---

<sup>18</sup> Décret n°2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics en application de l'article 17 de la loi n°2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 : « le Gouvernement souhaite donc refonder la procédure de décision en matière d'investissement de l'État et des établissements publics et soumettre désormais les projets d'importance à une évaluation socio-économique préalable systématique et faisant l'objet d'une contre-expertise organisée par le Commissaire général à l'investissement ».

<sup>19</sup> « Pour un management performant de l'exécution des marchés publics », Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 6 mars 2014, préc.

<sup>20</sup> « Une évaluation préalable qui, par définition, ne peut pas être crédible, faute de pouvoir s'appuyer sur des données connues au moment où elle est faite », *Les contrats de partenariat : bombe à retardement*. Rapport d'information n°733 (2013-2014) de MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 juillet 2014.

Enfin, la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)<sup>21</sup>, organisme fournissant aux personnes publiques qui le demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi de ces conventions pourrait voir ses missions élargies à cette nouvelle évaluation, ce qui permettrait la construction d'une véritable expertise, gage de conseils efficaces aux pouvoirs adjudicateurs.

**PROPOSITION N°4 :**

**Offrir les moyens techniques suffisants aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices pour pouvoir mener efficacement l'évaluation préalable prévue par le texte**

**PROPOSITION N°5 :**

**Affirmer clairement que la liberté des acheteurs publics ne peut être entravée du fait des conclusions de cette évaluation compte tenu des enjeux politiques auxquels ils sont également confrontés**

**PROPOSITION N°6 :**

**Envisager qu'un rôle d'appui soit dévolu à la MAPPP**

**3. Prévoir un droit de résiliation unilatérale au profit des titulaires des marchés publics**

- Projet d'ordonnance

L'article 57 énonce que les acheteurs publics peuvent résilier leurs marchés, notamment :

- lorsque l'exécution ne peut être poursuivie sans la conclusion d'un avenant qui ne satisfait pas aux conditions prévues par la présente ordonnance ;
- lorsque le titulaire se trouvait lors de l'attribution ou entre en cours d'exécution, dans un cas d'interdiction de soumissionner ;
- lorsque le marché public n'aurait pas dû être attribué au titulaire en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne.

- Observations de la CCI Paris Ile-de-France

Cette disposition reprend pour l'essentiel le texte des directives s'agissant des motifs de résiliation. Comme la CCI Paris Ile-de-France a eu l'occasion de le souligner<sup>22</sup>, un droit de résiliation devrait également être dévolu au titulaire du marché public. Le Conseil d'État s'est prononcé en ce sens très récemment<sup>23</sup> en reconnaissant aux parties la prérogative de convenir d'une clause prévoyant la résiliation à l'initiative du cocontractant de la personne publique lorsque celle-ci n'exécute pas ses obligations. Il pose à cet égard deux conditions : le contrat ne doit pas avoir pour objet l'exécution même d'un service public et le titulaire doit avant d'agir en informer la personne publique.

**PROPOSITION N°7 :**

**Introduire dans l'ordonnance le droit de résiliation reconnu par le Conseil d'État au titulaire du marché**

---

<sup>21</sup> Mise en place par le décret n°2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat.

<sup>22</sup> « Proposition de directive sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics » Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 23 février 2012, p.31.

<sup>23</sup> CE, 8 octobre 2014, Société Grenke location, req. n°370644.

---

## TITRE 2

Inclure des éléments fondamentaux supplémentaires  
dans la loi

---

## 1. Refondre et compléter la disposition relative aux critères d'attribution du contrat

### ➤ Projet d'ordonnance

Son article 45 énonce que l'offre économiquement la plus avantageuse est attribuée sur la base d'un ou plusieurs critères liés à l'objet du marché au sens de son article 31, ce dernier fixant les conditions d'exécution.

### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

Les critères d'attribution constituent « une notion essentielle » selon la directive<sup>24</sup>, en ce qu'ils déterminent l'« offre économiquement la plus avantageuse » c'est-à-dire la meilleure solution au sens de l'acheteur public. Ils permettent d'assurer le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, en posant les jalons d'une « comparaison objective de la valeur relative des offres ».

Partant, il serait judicieux que l'ordonnance y consacre un développement plus conséquent que la phrase laconique qu'elle contient. La question est d'autant plus cruciale que la directive a vocation à accentuer l'utilisation stratégique des marchés publics. Déjà, les objectifs environnementaux et sociaux, qui guident la personne publique dès la détermination du besoin (article 5 du CMP), constituent des critères appréhendés en termes de performances (article 53 du CMP) sous la forme, entre autres, de conditions d'exécution du contrat (article 14 du CMP). Son article 67 inclut aussi les caractéristiques innovantes. Tous ces éléments fondamentaux doivent être introduits dans la nouvelle disposition légale, sur le modèle de ce qui composait l'article 53.

Il est également primordial de procéder à cette insertion car la rédaction actuelle risque d'entraîner un contre sens en renvoyant, dans la définition même des critères d'attribution, aux conditions d'exécution (article 31). Ces dernières (article 70 de la directive) constituent quant à elles des « conditions particulières » relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, que les acheteurs « peuvent prévoir » si elles sont liées à l'objet du contrat et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché.

La CCI Paris Ile de France souhaite enfin attirer l'attention sur un autre élément phare de cette disposition qui précise que les États membres peuvent désormais prévoir que les pouvoirs adjudicateurs n'ont plus la liberté d'utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou de limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés. Cette avancée doit intégrer le code de la commande publique et figurer dans l'article 45 de l'ordonnance.

#### **PROPOSITION N°8 :**

**Préciser les critères d'attribution pouvant être utilisés par les pouvoirs adjudicateurs et exclure celui du prix ou du coût comme seul critère d'attribution**

#### **PROPOSITION N°9 :**

**Expliquer la condition du lien avec l'objet du marché public en supprimant le renvoi aux seules conditions d'exécution**

<sup>24</sup> Considérant 89 de la directive 2014/24/UE.

## 2. Prévenir les abus dans l'usage des garanties et les délais de paiement

### ➤ Projet d'ordonnance

Selon son article 53, le marché public peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions édictées par voie réglementaire.

### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

Comme la CCI Paris Ile-de-France a déjà eu l'occasion de le dénoncer, les entreprises constatent souvent un cumul des garanties opéré par le pouvoir adjudicateur<sup>25</sup>. Il en résulte en pratique une violation du taux maximal de la retenue qui est fixé à 5 % par l'article 101 du Code des marchés publics (CMP).

Dès lors, le texte devra expressément prévoir cette limite et le principe de non cumul. Par ailleurs, au terme du délai, les 5 % doivent être effectivement remboursés sous peine de sanction. En toute illégalité, certains acheteurs publics retiennent le montant de la garantie et ainsi ne paye que 95 % du marché. L'ordonnance devrait affirmer avec force l'obligation de rembourser la garantie, le cas échéant.

Par ailleurs, on relève l'absence de mention des délais de paiement, or un code de la commande publique ne peut ignorer ce droit essentiel des entreprises d'être payées en temps et en heure. Pour rappel, la loi du 28 janvier 2013<sup>26</sup> et son décret d'application du 29 mars 2013<sup>27</sup> ont harmonisé le régime des délais de paiement des contrats publics :

- à trente jours pour l'État et ses établissements publics (hormis ceux ayant un caractère industriel et commercial), les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, les entités adjudicatrices ;
- à cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;
- à soixante jours pour les entreprises publiques.

#### **PROPOSITION N°10 :**

**Poser dans le nouvel article 53 le principe de non cumul des garanties**

#### **PROPOSITION N°11 :**

**Confirmer la limite de retenue de garantie à un maximum de 5 % du montant du marché et sanctionner plus sévèrement l'absence de remboursement à l'issue du délai imparti**

#### **PROPOSITION N°12 :**

**Prévoir un paiement à 100 % lorsque la retenue de garantie a été remplacée par une caution**

<sup>25</sup> « Pour un management performant de l'exécution des marchés publics », Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 6 mars 2014, préc. p.22 et s.

<sup>26</sup> Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

<sup>27</sup> Décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

### 3. Préciser les limites entourant la modification en cours d'exécution du contrat

- Projet d'ordonnance

L'article 56 dispose que « dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché public ni en changer l'objet ».

- Observations de la CCI Paris Ile-de-France

Très courte, la disposition ne reprend ni l'énoncé de l'actuel article 20 du CMP ni le texte de la directive. Or, les modifications du contrat en cours d'exécution sont souvent nécessaires mais peuvent aussi s'avérer dangereuses. Dès lors, leur encadrement est fondamental. L'une des plus-values de la directive réside précisément dans le soin apporté à l'encadrement des avenants. Son article 72, particulièrement dense, définit la modification substantielle et fixe des seuils pour déterminer si un avenant est envisageable ou s'il faut avoir recours à une nouvelle mise en concurrence. Il précise aussi que les marchés peuvent être modifiés sans qu'une procédure de passation ne soit nécessaire lorsque la valeur de la modification est inférieure à 10 % de la valeur du marché initial pour ceux de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour ceux de travaux.

Compte tenu des enjeux, de telles conditions devraient être précisées dans l'ordonnance.

Par ailleurs, les entreprises tiennent au régime des sujétions techniques imprévues qui fait l'objet de l'actuel alinéa de l'article 20 du CMP, il conviendrait, là aussi, qu'il soit réintégré dans l'ordonnance.

#### **PROPOSITION N°13 :**

**Compléter le régime de la modification en cours d'exécution du contrat en incluant les seuils communautaires**

#### **PROPOSITION N 14 :**

**Prévoir un alinéa réservé à la sujétion technique imprévue**

### 4. Insérer le partenariat d'innovation dans l'ordonnance

- Projet d'ordonnance

Il n'intègre pas le partenariat d'innovation transposé en droit français par le décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics.

- Observations de la CCI Paris Ile-de-France

L'État s'est engagé à effectuer 2 % de ses achats à l'horizon 2020<sup>28</sup> auprès des PME et TPE innovantes. Pour ce faire, il dispose d'un outil inédit grâce à la nouvelle directive : le partenariat d'innovation. Ce contrat global se découpe en plusieurs phases depuis la R&D jusqu'à l'acquisition par l'acheteur public de fournitures, services ou travaux en découlant. Ce dernier peut contracter avec plusieurs entreprises pour un même partenariat et conserve la prérogative de ne pas actionner la phase d'acquisition si les objectifs intermédiaires stipulés ne sont pas atteints. Toutefois, le mécanisme comporte des freins intrinsèques qui risquent de mettre en cause son effectivité. Il en est ainsi du flou concernant son champ d'application et des

---

<sup>28</sup> Conformément à la mesure n°32 du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, 2 % de la commande publique de l'État doivent bénéficier aux PME et ETI innovantes. Les besoins d'achats innovants des ministères et des établissements publics font par ailleurs l'objet de feuilles de route dûment rédigées et consultables en ligne.

lacunes concernant la protection de la propriété intellectuelle de l'entreprise partenaire. L'ordonnance devrait lever ces freins<sup>29</sup>.

Pour être efficacement mis en œuvre, ce montage nécessite par ailleurs un environnement propice. Pour ce faire, la France pourrait s'inspirer des stratégies pour l'achat public innovant mises en place en Allemagne et aux États-Unis.

- En Allemagne<sup>30</sup>, une stratégie globale entoure la promotion de l'innovation par l'achat public qui confère une place particulière au Ministère fédéral de l'Économie et de l'Énergie (BMWi). Le système comporte en outre : un centre d'excellence auquel est attribué un rôle de conseil des donneurs d'ordre publics dans leur démarche d'achats innovants s'étendant aussi aux achats avant commercialisation ; une plate-forme électronique diffusant les informations relatives aux innovations ; une place des marchés virtuelle permettant les échanges entre les acheteurs publics et les opérateurs économiques, accompagnée de meetings régionaux ; une rencontre annuelle entre acheteurs publics pour échanger sur leurs pratiques ; un prix « *Innovation schafftVorsprung* » (Une longueur d'avance grâce à l'innovation) ;
- Aux États-Unis<sup>31</sup>, la loi sur la rationalisation des achats fédéraux exige une performance économique du fournisseur dans l'exécution du contrat, laquelle peut être ensuite prise en compte dans l'attribution de marchés ultérieurs<sup>32</sup>. Pour mieux mettre en œuvre ce principe, le gouvernement américain a mis en place une base de données électronique<sup>33</sup> mettant en commun toutes les fiches d'évaluation (« *score cards* ») des fournisseurs pour tout contrat dépassant 100 000 \$<sup>34</sup>.

**PROPOSITION N 15 :**

**Inscrire le partenariat d'innovation dans l'ordonnance**

**PROPOSITION N 16 :**

**Sauvegarder les droits de propriété intellectuelle de l'entreprise contractante**

**PROPOSITION N 17 :**

**Promouvoir l'usage des plates-formes dédiées à l'achat public innovant**

**PROPOSITION N 18 :**

**Généraliser l'évaluation pluriannuelle et systématique des performances des marchés publics innovants**

<sup>29</sup> « Débrider l'innovation : enjeux pour les entreprises et l'emploi, défi pour les politiques publiques », Rapport de la CCI Paris Ile-de-France du 20 novembre 2014 présenté par Daniel Schaefer.

<sup>30</sup> Voir : <http://www.bmwi.de/FR/Sujets/Technologie/Environnement/innovation-dans-le-domaine-des-marches-publics.html>

<sup>31</sup> Thierry KIRAT, Laurent VIDAL, André DELION, Dionysios KELESIDES, Frédéric MARTY et Didier URI (Préc.) ; Ludovic MYHIE, « L'évaluation fournisseurs dans les marchés : l'exemple américain » ([www.acheteurs-publics.com/actualite-des-acheteurs-publics/evaluationfournisseursdanslesmarcheslexempleamericain](http://www.acheteurs-publics.com/actualite-des-acheteurs-publics/evaluationfournisseursdanslesmarcheslexempleamericain)).

<sup>32</sup> Federal Acquisition Streamlining Act of 1994, 25 January 1994, Part. III "Acquisitions generally".

<sup>33</sup> PRIRS – past performance information retrieval system (<http://www.ppirs.gov/default.htm>).

<sup>34</sup> Pour utiliser le critère de performance, les agents doivent le pondérer au regard d'éléments tels que la complexité ou le caractère répétitif de l'achat. Le formulaire contient cinq niveaux (exceptionnel, très bon, satisfaisant, peu satisfaisant, non satisfaisant) sous l'angle de 4 critères de performance : technique, contrôle des coûts, respect des délais, relations commerciales (y compris gestion de la sous-traitance).

---

## TITRE 3

### Ouvrir la commande publique aux PME

---

## 1. Généraliser le principe d'allotissement

### ➤ Projet d'ordonnance

L'article 27 énonce le principe de l'allotissement, réaffirmant une règle inscrite dans l'article 10 du CMP qui exige la passation des contrats en lots séparés. Par exception, le pouvoir adjudicateur peut décider d'y renoncer si ce mode de dévolution est de nature à restreindre la concurrence ou qu'il risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations, ou encore, si le cocontractant n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Ainsi, n'est pas retenue l'option offerte par l'article 46 de la directive 2014/24 consistant en l'affirmation de la liberté de choisir ou non d'allotir sous réserve de justifier la décision de ne pas subdiviser et d'en faire figurer les motifs dans les documents du marché.

Cela étant, l'ordonnance innove en étendant le principe aux entités adjudicatrices, jusque-là non concernées<sup>35</sup>. Son étude d'impact énonce que les PME devraient obtenir au minimum 7,8 % en plus du nombre des marchés publics attribués par des « opérateurs de réseaux », ce qui représenterait une opportunité supplémentaire de près de 1 205 000 000 euros hors taxe.

### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

L'élargissement de l'obligation d'allotir aux entités adjudicatrices devrait emporter un meilleur accès à la commande publique au profit des PME/TPE, sachant que seule une évaluation du dispositif le dira...

Cependant, le choix de conserver l'obligation d'allotissement soulève des questions. La pratique a démontré que la mise en œuvre d'exceptions à la règle ainsi énoncée faisait légion. Dès lors, il pourrait être intéressant d'ajouter au dispositif une obligation de justification lorsque l'acheteur renonce *a posteriori* à la subdivision en lots. Certes, l'article 46 de la directive énonce clairement que la justification n'est pas nécessaire dans cette hypothèse, néanmoins, rien n'empêche l'État de la prévoir.

Par ailleurs, afin de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence, là encore au profit des PME/TPE, le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître les principes de la commande publique, limiter le nombre de lots susceptibles d'être attribués à une même entreprise<sup>36</sup>. La CCI Paris Ile-de-France est favorable à cette opportunité, très efficace en pratique, qui est désormais prévue par l'article 27 de la future ordonnance.

#### PROPOSITION N°19 :

Étendre le principe d'allotissement aux entités adjudicatrices et mesurer l'efficacité de cette mesure

#### PROPOSITION N°20 :

Exiger la justification des exceptions au principe

#### PROPOSITION N°21 :

Encourager dans le texte les pouvoirs adjudicateurs à limiter le nombre de lots attribuables à une même entreprise

<sup>35</sup> CE, 23 décembre 2011, Etablissement public d'aménagement euroméditerranée, req. n°351505.

<sup>36</sup> CE, 20 février 2013 Société Laboratoire Bionnis, req. 363656.

## 2. Renforcer le critère d'attribution tiré de la part des marchés de partenariat confiée aux PME

### ➤ Projet d'ordonnance

Dans la continuité de l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>37</sup>, le « marché de partenariat », n'est pas soumis à l'obligation générale d'allotissement, il s'agit d'une simple faculté offerte aux acheteurs<sup>38</sup>. Toutefois, l'article 8 de la même ordonnance prévoyait que parmi les critères d'attribution figurait nécessairement « la part d'exécution du contrat, (...) que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises<sup>39</sup> et à des artisans ». Cette obligation équivaut en substance à exiger du cocontractant public qu'il vérifie, en cours d'exécution, cet engagement pris par son partenaire. La future ordonnance porte le même dispositif dans son article 80.

### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

La CCI Paris-Ile-de-France ne peut qu'être favorable à l'engagement du titulaire du marché de partenariat à confier à des PME une part minimale de l'exécution du contrat et à sa qualité de critère d'attribution. Cependant, la pratique a démontré que cette disposition n'était pas efficace. Comme l'a souligné le rapport précité du Sénat de 2014<sup>40</sup>, ce dispositif en faveur des PME ne fonctionne pas et, notamment, en ce qu'il n'entraîne pas de sanction. C'est la raison pour laquelle le même rapport proposait<sup>41</sup> de chiffrer par la loi ou le règlement une part minimale de l'exécution du contrat de partenariat confiée aux PME et artisans. En vain, le projet d'ordonnance a préféré le statu quo.

La CCI Paris Ile-de France souhaiterait en ce sens que le titulaire soit tenu de justifier, dans le bilan annuel prévu par l'article 81, les raisons qui expliquent que la part de PME initialement déterminée et sur laquelle s'est en partie fondé l'attribution du contrat a été méconnu.

#### PROPOSITION N°22 :

Exiger que soit justifiée, dans le rapport annuel, la méconnaissance par le titulaire de la part du contrat attribuée aux PME

*Amendement proposé :*

#### ARTICLE 80

*« VI. Le titulaire rend compte du respect de la part confiée aux PME et artisans, le cas échéant, il justifie la méconnaissance de cet engagement. »*

<sup>37</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

<sup>38</sup> Article 46-II du projet d'ordonnance.

<sup>39</sup> [Décret n° 2009-245 du 2 mars 2009](#) relatif à la définition des petites et moyennes entreprises dans la réglementation applicable à la commande publique – il renvoie à la définition européenne des PME fixée par l'article 2 de la recommandation de la Commission n° 2003/361/CE du 6 mai 2003 : « les entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ».

<sup>40</sup> « Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ? », Rapport d'information de MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI, fait au nom de la commission des lois du Sénat, préc.

<sup>41</sup> *Ibidem*, Recommandation n°5.

### 3. Privilégier les PME de l'Union européenne sur les entreprises des États qui ne jouent pas la carte de la réciprocité

#### ➤ Projet d'ordonnance

La candidature des entreprises des États tiers aux marchés publics français fait l'objet de trois dispositions formelles dans le projet d'ordonnance. Pour rappel, la Commission européenne avait proposé le 21 mars 2012, un projet de règlement instaurant un mécanisme de restriction, lorsque les accords internationaux existants ne prévoient pas l'accès des produits, services et opérateurs économiques de ces États tiers aux marchés publics dans l'Union, mécanisme que la France a vivement soutenu ; mais ce projet est bloqué au Conseil compte tenu des divergences sur son opportunité au sein des États membres.

L'article 2 de l'ordonnance à venir s'inspire cependant de ce texte et traduit la volonté du Gouvernement de ne pas exiger de la France davantage d'ouverture de ses marchés publics aux États tiers qu'elle n'en a déjà acceptée par le biais de ces engagements internationaux. Partant, les acheteurs publics garantissent aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus des États parties à l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union. Il précise aussi que les marchés publics de défense ou de sécurité exclus ou exemptés de l'AMC ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

Par ailleurs, lorsque les offres présentées dans le cadre de la passation d'un marché public de fournitures conclu par une entité adjudicatrice contiennent des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union n'a conclu aucun accord, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, en vue d'assurer un accès effectif de ses entreprises aux marchés de ces pays, l'article 46 prévoit que ces offres seront appréciées dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Enfin, l'article 31-II du projet d'ordonnance autorise les acheteurs publics à imposer que les moyens utilisés pour exécuter les marchés publics, pour maintenir ou moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres afin notamment de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

#### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

La CCI Paris Ile-de-France partage le constat exposé dans l'étude d'impact selon lequel la France n'est pas tenue d'ouvrir ses marchés aux opérateurs issus de pays qui ne sont pas parties ni à l'AMP ni à un ALE ou avec ceux issus de pays avec lesquels un accord a été conclu pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils des procédures formalisées et ceux passés dans des secteurs que l'Union a exclus de son offre. Dans ces conditions elle ne peut que souscrire au principe inscrit dans l'article 2 de l'ordonnance<sup>42</sup>.

Les limites dans l'accès des marchés de fourniture passés par les entités adjudicatrice des produits originaires de pays tiers prévues par la directive relative aux secteurs spéciaux, ont par ailleurs toute leur place dans l'ordonnance.

Toutefois, pour garantir l'effectivité de ce système, davantage de moyens devraient être affectés et une meilleure coordination des services de l'Etat organisée afin d'aiguiller l'acheteur public.

---

<sup>42</sup> La CCI Paris-Ile-de-France a par ailleurs déjà affirmé sa volonté d'aboutir à l'exclusion des partenaires non réciproques, (« Réciprocité et commerce international. Comment restaurer des conditions de concurrence loyale ? », Rapport de la CCI de Paris du 8 mars 2012 présenté par Jean-Michel DELISLE).

Ces efforts permettraient aussi de faciliter la mise en œuvre de la procédure d'alerte prévue par l'article 86 de la directive<sup>43</sup>, une disposition importante qui devrait trouver sa place dans l'ordonnance. Il prévoit un mécanisme qui permet aux États membres<sup>44</sup> d'informer la Commission des difficultés signalées par leurs entreprises lorsqu'elles ont cherché à remporter des marchés de services dans des pays tiers<sup>45</sup>. La Commission fait un rapport auprès du Conseil et suit l'état d'avancement des négociations à ce sujet avec ces pays, notamment dans le cadre de l'OMC. Elle doit également agir auprès du pays tiers concerné pour remédier à la situation. Surtout, elle peut proposer d'adopter un acte d'exécution visant à suspendre ou à restreindre, pendant une période à déterminer, l'attribution de marchés de services aux entreprises soumises à la législation de cet État tiers ou présentant des offres ayant pour objet des services en étant originaires.

La mise en place d'une base de données type "market access"<sup>46</sup> au niveau national permettrait aux entreprises de faire plus aisément remonter les infractions aux services de l'Etat qui en informeraient ensuite la Commission.

Par ailleurs, la CCI Paris Ile-de-France approuve le contenu du nouvel article 31-II du projet d'ordonnance qui fait œuvre de pédagogie auprès des acheteurs dans l'application des conditions d'exécution relatives aux conditions sociales et environnementales en faveur des PME de l'Union européenne.

**PROPOSITION N°23 :**

**Garantir l'accès à la commande publique aux Etats tiers dans la limite des accords internationaux**

**PROPOSITION N°24 :**

**Affecter des moyens et renforcer la coordination pour mieux informer sur la réciprocité dans l'ouverture des marchés publics aux Etats tiers**

**PROPOSITION N°25 :**

**Encourager la localisation sur le territoire de l'Union des moyens d'exécution des marchés publics, pour maintenir ou moderniser les produits acquis**

---

<sup>43</sup> Directive 2014/25.

<sup>44</sup> Article 86 de la directive 2014/25 ex-article 59 de la directive 2004/17/UE.

<sup>45</sup> La même procédure permet également de saisir du non-respect des dispositions internationales en matière de droit du travail empêchant les États membres de l'Union d'accéder aux marchés de cet État.

<sup>46</sup> Dans le cadre de la Stratégie d'accès aux marchés de la Commission, la base de données d'accès aux marchés (MADB), disponible gratuitement à tous les opérateurs économiques dans l'UE et adhérents / pays candidats via Internet (Cf. « Réciprocité et commerce international... », Rapport de la CCI de Paris du 8 mars 2012, préc.) a été mise en place et a été progressivement développée afin de fournir :

- des informations pour les exportateurs de l'UE ;
- une liste de toutes les barrières commerciales affectant les exportations de l'UE par pays et par secteur ;
- un suivi systématique de la barrière identifiés et
- un moyen de communication interactif entre les entreprises et les autorités européennes, permettant un échange d'informations en ligne.

---

## TITRE 4

### Supprimer les nouveaux freins aux PPP

---

## 1. Evaluer les contrats globaux avant de les favoriser

### ➤ Projet d'ordonnance

L'article 28 autorise le recours aux contrats globaux :

- en cas de complexité technique ou
- en présence de performances mesurables assignées au titulaire
- et lorsque le marché a pour objet de réaliser des logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques ou touche des immeubles ou installations de sécurité, de secours ou de santé.

L'article 51 pose le principe déjà affirmé par l'article 96 du CMP de l'interdiction des paiements différés. Toutefois, il prévoit que dans le cadre du marché global, en présence d'objectifs de performance, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance peut contribuer au paiement de la construction.

### ➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

Les contrats globaux (notamment, les actuels CREM, marchés de conception, réalisation, exploitation/maintenance, et REM, marchés de réalisation et d'exploitation/maintenance) dérogent au principe de séparation de la mission de conception du maître d'œuvre de celle de réalisation de l'entrepreneur. Une mission globale peut ainsi être confiée à un titulaire unique portant soit sur la conception et la construction soit sur la conception et/ou la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance. Des contrats globaux sectoriels sont par ailleurs autorisés dans des domaines particuliers, précisés dans le nouvel article.

L'apport de l'article 28 réside dans :

- une plus grande « modulation » des missions dévolues au cocontractant, là où l'article 73 était plus directif (REM ou CREM) ;
- une harmonisation des dispositifs au profit d'un outil unique ;
- un assouplissement des conditions de recours à ces contrats.

Le projet d'article 51 rompt avec l'actuel article 73 du CMP en autorisant le paiement différé en présence de clauses de performance. Or, les marchés globaux peuvent précisément être mis en œuvre lorsque des objectifs de performance mesurables sont assignés au titulaire. Ces montages sont en particulier prisés pour donner corps aux contrats de performances énergétiques des lois Grenelle I et II des 3 août 2009 et 12 juillet 2010.

Certes, la CCI Paris Ile-de-France ne peut que saluer la volonté de construire une « boîte à outils » simplifiée au profit de l'acheteur public, mais le texte tend *in fine* à faire prévaloir les contrats globaux sur les marchés de partenariat alors même :

- qu'aucune étude ne démontre, en termes de performances ou de respect des délais, que ce choix est plus judicieux ;
- que contrairement aux futurs marchés de partenariat, aucune obligation ne pèse sur les contrats globaux s'agissant du quota de PME participant à l'exécution du marché public tandis qu'ils dérogent au principe d'allotissement ;
- que la fiche d'impact n'explique pas quel bénéfice est tiré, notamment pour les PME, du recours à un marché global plutôt qu'à un PPP de petit montant.

Pour toutes ces raisons, elle souhaiterait qu'une concertation soit ouverte sur cette question avec au préalable des études comparées plus précises et chiffrées.

**PROPOSITION N°26 :**

**Ouvrir une concertation sur les avantages et inconvénients de recourir à un marché global plutôt qu'à un PPP s'agissant tant de la place des PME que de l'utilisation raisonnée des deniers publics**

**2. Atténuer le durcissement des conditions de recours au marché de partenariat**

➤ **Projet d'ordonnance**

Une évaluation préalable (article 66) comportant une étude de soutenabilité budgétaire devra démontrer que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont le pouvoir adjudicateur est chargé ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation d'opérations comparables, le recours à ce montage présente un bilan plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique.

➤ **Observations de la CCI Paris Ile-de-France**

Selon l'ordonnance fondatrice de 2004, le contrat de partenariat est soumis à une évaluation préalable démontrant :

- la complexité du projet telle qu'elle ne permet pas objectivement à la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;
- son caractère d'urgence ;
- ou, depuis la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008, un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres modes de conventionnement.

Pour améliorer cet outil, le rapport du Sénat de 2014 préconisait de préciser ces critères et de supprimer celui de l'efficacité économique.

Le projet choisit opportunément de supprimer l'urgence et relègue la complexité<sup>47</sup> parmi les éléments étudiés dans le cadre de l'évaluation préalable. Le recours au partenariat sera donc largement fondé sur cet examen, lequel comporte désormais une étude de soutenabilité, exigée tant de l'État<sup>48</sup> que des collectivités territoriales.

La CCI Paris Ile-de-France ne peut donc que saluer les garanties d'une bonne utilisation des deniers publics que traduit le projet, en particulier à l'aune de la soutenabilité budgétaire.

**PROPOSITION N°27 :**

**Protéger les deniers publics en conditionnant le recours au marché de partenariat par une évaluation préalable comprenant une étude de soutenabilité budgétaire**

---

<sup>47</sup> Sur la condition de la complexité du projet, voir notamment CE 30 juillet 2014 n°363007 Commune de Biarritz, « La complexité ne se limite pas à l'existence de simples difficultés techniques, juridiques ou financières : elle renvoie à l'impossibilité objective de la personne publique de déterminer seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet. En outre, cette complexité s'apprécie au regard des informations dont dispose la personne publique à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat ».

<sup>48</sup> Décret n°2012-10930 du 27 septembre 2012.

### **3. Supprimer le seuil à partir duquel le recours aux marchés de partenariat est autorisé**

- Projet d'ordonnance

Une nouvelle condition (article 67) réside dans un seuil que doit atteindre la valeur estimée hors taxe de l'opération envisagée.

- Observations de la CCI Paris Ile-de-France

Cette proposition était également présente dans le rapport du Sénat de 2014. Toutefois, comme le rappelle la fiche d'impact, la MAPPP a estimé que plus de 60 % des contrats de partenariat signés ont une valeur en capital inférieure à 50 millions d'euros et que leur valeur moyenne, au niveau local, est de 26 millions d'euros et, au niveau de l'État, de 250 millions d'euros.

Dans le détail, on constate en coût global :

- 1 projet en dessous de 1 million d'euros ;
- 2 projets entre 1 et 2 millions;
- 11 entre 2 et 5 millions;
- 18 entre 5 et 10 millions;
- 37 entre 10 et 20 millions;
- 16 entre 20 et 30 millions;
- 20 entre 30 et 50 millions;
- 32 entre 50 à 100 millions;
- 56 au-delà de 100 millions.

Sur 193 contrats recensés, 56 seulement seraient supérieurs à 100 000 000 d'euros.

Compte tenu de ces chiffres, on peut se demander quel serait l'intérêt d'empêcher le recours aux PPP pour les contrats les moins onéreux, par exemple s'agissant de l'éclairage public, si les collectivités ont pu en tirer d'excellents résultats. L'impact d'un seuil économique pourrait en fait avoir pour seul résultat de priver les acheteurs publics d'un instrument utile et adapté à certaines hypothèses. Finalement, un seuil briserait la logique de « boîte à outils ». La mise en place d'une évaluation préalable prenant dûment en compte la soutenabilité budgétaire paraît tout à fait suffisante pour promouvoir un recours éclairé à ce montage.

#### **PROPOSITION N°28 :**

**Abandonner le seuil conditionnant le recours au marché de partenariat**

### **4. Mesurer l'impact du contrôle de l'État sur les dépenses publiques**

- Projet d'ordonnance

L'article 69 prévoit que l'évaluation préalable est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire, à l'exception de l'étude de soutenabilité budgétaire qui est soumise pour avis au service de l'État.

En marge de la concertation sur le projet d'ordonnance, l'article 34 de la loi de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019<sup>49</sup> a introduit une forme de tutelle de l'État sur les contrats de partenariat, dans la droite ligne des préconisations du rapport du Sénat de 2014.

---

<sup>49</sup> Loi n°2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, JORF n°0301 du 30 décembre 2014.

Les organismes, autres que l'État, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales (ODAC)<sup>50</sup>, ainsi que les établissements publics de santé et les structures publiques de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale ne peuvent plus directement conclure des contrats de partenariat, des baux emphytéotiques administratifs et hospitaliers, des contrats de crédit-bail<sup>51</sup>, ni délivrer d'autorisations d'occupation temporaire<sup>52</sup>. C'est l'État qui peut passer ces contrats pour leur compte à condition que le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet et que l'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la situation financière de la personne publique.

Par ailleurs, la même loi prévoit un avis obligatoire de l'État dans l'hypothèse où les collectivités territoriales et leurs établissements envisagent de contracter un contrat de partenariat. A cette fin, à partir du 1er janvier 2016, une évaluation préalable devra être transmise aux services de l'État compétents. Outre l'avis sur cette évaluation, ils procéderont à une analyse de l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances de la collectivité concernée.

➤ Observations de la CCI Paris Ile-de-France

Le marché de partenariat est très encadré et fait l'objet d'un double niveau d'évaluation et de contrôle qui peut paraître réhibitore et, partant, risque de fausser la liberté de contracter des acheteurs publics désireux d'user de ce montage. A l'heure où les budgets des collectivités s'amenuisent, un peu plus de marge de manœuvre serait bienvenue. En tous les cas, il est nécessaire que l'ordonnance précise que les collectivités territoriales ne sont en aucun cas liées par l'avis de l'État.

**PROPOSITION N°29 :**

**Préciser que les collectivités territoriales ne sont pas liées par les avis de l'État sur l'opportunité d'avoir recours à un marché de partenariat**

---

<sup>50</sup> Cf. Liste établie par l'arrêté mentionné au [I de l'article 12 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010](#) de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014.

<sup>51</sup> Cette interdiction s'applique aux projets dont l'avis d'appel public à la concurrence a été publié à partir du 1er janvier 2015.

<sup>52</sup> Au sens de l'[article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques](#).

**Directeur de la publication :** Etienne GUYOT  
CCI Paris Ile-de-France  
27 avenue de Friedland - 75382 Paris cedex 08  
Rapports consultables ou téléchargeables sur le site :  
[www.cci-paris-idf.fr/etudes](http://www.cci-paris-idf.fr/etudes)  
Dépôt légal : Février 2015  
ISSN : 0995-4457 – Gratuit  
ISBN :

