

Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales



Livre Blanc de la Commande Publique

Septembre 2008

SOMMAIRE

Avant-propos	3
La présentation et la sélection des candidatures	5
La publicité et la mise en concurrence	7
Les procédures de passation	11
Les cahiers des charges	15
Les critères de jugement des offres et leur pondération	17
La signature du marché et des avenants	18
La gestion des aléas d'exécution	20
Le paiement des sous-traitants	21
Les informations sur les marchés	22
<i>Annexe : les participants à la rédaction du livre blanc</i>	23

Avant-propos

L'efficacité de la commande publique est l'ambition affirmée dès l'article 1^{er} du code des marchés publics et celle de tous les acheteurs. Or, dans la pratique quotidienne, de nombreux freins semblent réduire la portée de cet objectif.

C'est la raison pour laquelle l'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales (AACT) a élaboré ce livre blanc. Dans toutes les phases du processus d'achat public, ont été constatés des dysfonctionnements qui pénalisent, par une lourdeur administrative injustifiée, l'acte d'achat.

L'AACT ne se contente pas de dresser des constats mais agit en faisant des propositions concrètes d'amélioration. Ces améliorations impliquent des modifications, parfois mineures, des textes nationaux, qu'ils soient d'origine réglementaire ou législative, mais aussi des directives européennes.

En effet, il convient, selon nous, d'adapter le droit à l'objectif premier de l'achat qui est avant tout un objectif économique, tout en respectant les grands principes que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats ou la transparence des procédures.

Ces propositions qui émanent de praticiens de la commande publique visent à en simplifier les règles et sont donc de nature à satisfaire aussi les entreprises candidates aux marchés publics. C'est dans cet état d'esprit que le groupe de travail chargé de l'élaboration du livre blanc a agi.

Nous sommes conscients que certaines de ces propositions peuvent susciter le débat. Nous y sommes prêts, surtout si cela peut aider à apporter les bonnes réponses aux problèmes rencontrés par les acheteurs et leurs fournisseurs.

Marc FALIZE
Président de l'AACT

La présentation et la sélection des candidatures

Le constat

Les règles applicables à la présentation et à la sélection des candidatures sont inefficaces car lourdes et inopérantes.

Elles sont lourdes tant pour les entreprises que pour les acheteurs même si les évolutions successives du code des marchés publics les ont allégées sensiblement.

Dans les procédures formalisées, toute entreprise doit fournir des attestations et documents relatifs à ses capacités dans une première enveloppe et répéter cette opération à chaque consultation. L'entreprise sur le point d'être retenue (toutes les entreprises en fait doivent s'y préparer puisque si elles concourent c'est dans l'espoir de remporter le marché) doit ensuite transmettre au pouvoir adjudicateur les certificats fiscaux et sociaux nécessaires à l'accomplissement du marché. De plus certains documents (imprimé DC 6) doivent être transmis tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché.

Cette procédure est lourde et décourage un certain nombre d'entreprises et bien évidemment les plus petites d'entre elles. De ce fait, un certain nombre d'entreprises (et souvent de grande qualité) ont renoncé à présenter leur candidature à un marché public.

La procédure est lourde aussi pour les acheteurs qui doivent vérifier la régularité des pièces qui leurs sont transmises alors que cette tâche incombe normalement aux services de l'Etat ou organismes compétents.

Le principal grief porte sur l'inefficacité d'un tel contrôle puisqu'un décalage existe entre la situation de l'entreprise à la date d'établissement des documents et celle du jour de dépôt de l'offre. La procédure de contrôle n'apporte donc pas la garantie absolue d'une régularité fiscale et sociale des candidats lors de la consultation.

Concernant les capacités techniques ou financières ainsi que les références, le système actuel, encadré par des textes contraignants

(article 45 du code des marchés publics et arrêté d'application du 28 août 2006), ne permet pas une appréciation réelle de la valeur des candidatures qui pourrait offrir un référencement ultérieur.

Nos propositions

1/ Création d'une banque de données nationale (ou régionale dans un premier temps) accessible gratuitement aux pouvoirs adjudicateurs, intégrant les éléments de régularité fiscale et sociale, les éléments relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, se substituant à terme à la première enveloppe.

2/ Suppression de l'obligation de fournir le DC 6 tous les six mois.

3/ Modification de l'article 45 du code des marchés publics et l'arrêté du 26 août 2006 afin de pouvoir intégrer certaines informations en fonction de l'objet du marché (informations en matière de développement durable par exemple).

La publicité et la mise en concurrence

Le constat

Nombre de contentieux ces dernières années concernent la publicité et les modalités de mise en concurrence. Pour autant les pouvoirs adjudicateurs incriminés ne peuvent être suspectés d'avoir délibérément contrevenu aux règles de publicité afin de restreindre la concurrence.

Concernant les marchés passés selon la procédure adaptée communément appelés MAPA, la dispersion des supports de publicité est un facteur de confusion provoquant le mécontentement des candidats éventuels aux marchés publics.

L'absence d'indication formelle de supports de publicité (pour les MAPA dont le montant est inférieur à 90 000 €H.T.) ou de contenu de mentions minimum génère pour les acheteurs une insécurité juridique préjudiciable à une consultation sereine.

Néanmoins, il convient de rappeler que pour les marchés à procédure adaptée (dont le montant est inférieur à 206 000€H.T.), la publication de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) doit se faire dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Pour autant que cette insertion n'a pas l'obligation de s'intégrer dans la rubrique « annonces légales » de ce journal.

La multiplication du nombre d'annonces et l'augmentation de leur contenu (faute d'indication précise, les pouvoirs adjudicateurs, par sécurité, font figurer des rubriques qui ne sont pas toujours indispensables) ont fait exploser les crédits budgétaires des collectivités territoriales et paradoxalement sans atteindre le but recherché puisque les entreprises ne s'y retrouvent plus.

Par ailleurs, les tarifications de la ligne de publication des annonces légales étant fixés dans chaque département par arrêté préfectoral sont hétérogènes sans aucune raison.

Concernant les procédures formalisées, l'inobservation même mineure des mentions relatives à la publicité est très lourdement sanctionnée par l'annulation de la procédure de passation du marché par le juge administratif. S'il n'est nullement question de contester ces décisions, on peut néanmoins s'interroger sur la proportionnalité entre la faute et la sanction. Dans nombre de cas, le non respect des formulaires n'a aucune incidence sur la mise en concurrence elle même (exemple : erreur ou omission relative à l'accord AMP), sur le fait qu'un candidat ne sera pas en mesure de concourir à égalité avec les autres concurrents. Pour autant, les conséquences sont importantes pour les collectivités territoriales (délais de réalisation repoussés, surcoûts liés au lancement de nouvelles procédures et à l'évolution des prix) mais aussi pour l'entreprise initialement retenue (perte de chiffre d'affaires).

En conclusion, il convient de souligner que l'un des effets pervers d'une trop grande rigueur de la réglementation est que le pouvoir adjudicateur s'attache davantage à rechercher le « juridiquement correct » et la minimisation des coûts que l'efficacité même de la commande publique.

Cette attitude est contraire aux principes posés à l'article 1^{er} - II du code des marchés publics.

Nos propositions

- 1/ Création de sites régionaux (plateformes) pour les publicités interconnectés entre eux pour aboutir, à terme, à un maillage des différents sites, voire à un site national unique.
- 2/ Adoption d'un avis d'appel public à la concurrence pour les MAPA (mentions minimum adaptées aux types de prestations).
- 3/ Harmonisation de la tarification des annonces légales sur l'ensemble du territoire.
- 4/ Distinction et différenciation des conséquences d'une erreur « vénielle » ou substantielle dans les avis d'appel public à la concurrence.
- 5/ Simplification et allègement des avis d'appel public à la concurrence au JOUE.
- 6/ Autorisation pour les MAPA (d'un montant inférieur à 206 000 € H.T.) de publier, à titre d'information n'ayant pas valeur de publicité ou d'annonces légales (au sens de l'article 40 du code des marchés publics), des éléments de renseignements sommaires dans les journaux spécialisés correspondant au secteur économique concerné ; ces éléments renvoyant à la publicité officielle.

Les procédures de passation

Le constat

Si la plupart des procédures de passation sont décrites explicitement dans le code des marchés publics, certaines zones d'ombres subsistent créant un climat d'insécurité juridique.

L'accord-cadre est un excellent outil pour les acheteurs mais sa définition (article 76 du code) peu claire n'incite pas à son utilisation. Des interrogations subsistent à propos des marchés subséquents (faut-il publier un avis d'attribution ? Quel organe est compétent pour les attribuer ?) et la lourdeur de la procédure ainsi que les délais nuisent à l'intérêt même de l'accord-cadre.

Plus préoccupante encore est le cas de certains marchés de services et plus particulièrement les marchés de service financiers parmi lesquels on distinguera les emprunts contractés par les collectivités territoriales. Des interprétations contradictoires quant à leur soumission au code placent les acheteurs dans une situation embarrassante. D'autres interrogations concernent les marchés de services. Ainsi en est-il des marchés de services sociaux : s'agit-il de la gestion ou de l'organisation ?

La distinction entre marchés des pouvoirs adjudicateurs et marchés des entités adjudicatrices n'est pas toujours claire. Ainsi, le Conseil d'Etat (CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP, req. n° 297711) affirme que les actes par lesquels une collectivité confie l'exploitation d'un réseau fixe à un tiers ne relèvent pas de la partie du code applicable aux entités adjudicatrices, alors que la circulaire d'application indique que les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport sont des activités d'opérateurs de réseaux relevant de la deuxième partie du code.

L'intérêt même d'une procédure peut être mis en doute : les marchés de définition en sont un exemple du fait de l'obligation de remettre en concurrence les candidats lors de la deuxième phase.

Enfin les procédures « classiques » telle l'appel d'offres, dans quelques cas, sont inopérantes, retardent la dévolution des marchés générant des coûts inutiles. Le niveau européen de l'appel d'offres n'est pas pertinent lorsque la proximité géographique est obligatoire. Les marchés d'approvisionnement en carburants (en station-service proches des centres d'incendie et de secours) des services départementaux d'incendie et de secours (S.D.I.S.) illustrent cette affirmation. Aucun candidat d'un pays étranger ne remplit les conditions pour présenter sa candidature et cependant c'est la règle de l'appel d'offres avec les délais prévus qui s'impose selon le montant des marchés.

Nos propositions

1/ Revenir à la définition de la directive européenne de l'accord cadre.
2/ Laisser les pouvoirs adjudicateurs organiser librement la procédure des marchés subséquents de l'accord-cadre dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

3/ Clarifier la situation des marchés de services en adaptant la procédure aux contraintes inhérentes à certaines prestations (réduction des délais afin de tenir compte de la fluctuation des taux d'intérêts pour les marchés financiers par exemple).

4/ Révision de la procédure du marché de définition ou intégration en tant que dialogue compétitif.

5/ Clarification urgente du partage entre les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs et ceux passés par les entités adjudicatrices, notamment en matière de marché d'exploitation d'un réseau de transports.

6/ Prévoir des dérogations à la règle de l'appel d'offres lorsque les conditions d'exécution du marché imposent une proximité géographique ou une disponibilité excluant de fait des concurrents étrangers (contrôles à prévoir).

7/ Définir, pour les marchés de fournitures et de services, un seuil intermédiaire (ex : 750 000 € H.T.), en deçà duquel le pouvoir adjudicateur pourrait librement choisir entre toutes les procédures formalisées, énumérées à l'article 26 - I du code des marchés publics, afin de permettre une plus grande flexibilité et une harmonisation avec les procédures prévues pour les travaux.

Les cahiers des charges

Le constat

Les différents Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) ont été élaborés depuis plus de trente ans. Depuis plusieurs réformes du code des marchés publics ou autres textes législatifs ou réglementaires se sont succédés rendant caduques ceux-ci et leur intégration dans les dossiers de consultation peut s'avérer dangereuse du point de vue juridique tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les entreprises titulaires. De nouveaux projets ont été soumis à la concertation depuis plusieurs années et si le principe de la concertation est tout à fait louable il n'en demeure pas moins qu'il y a urgence à publier ces nouveaux CCAG afin que tous les acteurs de la commande publique (collectivités, entreprises, maîtres d'œuvre...) puissent les assimiler avant leur entrée en vigueur.

Il convient de rappeler qu'à l'occasion de l'entrée en vigueur du code des marchés publics de 2006, de nombreux éditeurs de logiciels spécialisés en marchés publics ont engagés des sommes considérables afin de modifier lesdits logiciels avant la date d'entrée en vigueur du code alors que la consultation publique était encore en cours. Or, la version obtenue à l'issue de la consultation s'est avérée être très différente de la version initiale, les éditeurs se retrouvant dans une situation financière très critique.

Concernant les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP), un problème récurrent apparaît pour tous les acheteurs : celui de l'interdiction de déterminer des marques dans ces CCTP. Pour résoudre cette difficulté vécue lors de chaque consultation les acheteurs doivent définir un niveau de performance souhaitable correspondant au produit envisagé. Outre le fait que cette pratique alourdit inutilement le cahier des charges, on peut douter de son efficacité et la qualifier même d'hypocrite. L'inobservation de cette

règle est néanmoins très lourde pour le pouvoir adjudicateur puisqu'elle conduit à l'annulation de la procédure.

Il faut noter que cette contrainte ne pèse pas sur les marchés privés et que cela ne semble poser aucun problème ni aux candidats ni aux donneurs d'ordre.

Nos propositions

1/ Publication immédiate des nouveaux CCAG avec une date d'entrée en vigueur différée de 1 an afin de permettre aux collectivités et éditeurs de logiciels d'intégrer les nouvelles clauses et d'effectuer les formations informatiques nécessaires.

2/ Suppression de l'interdiction absolue de référence aux marques après concertation entre professionnels (constructeurs, organisations professionnelles) et acheteurs en vue d'aboutir à une formulation acceptable par tous.

Les critères de jugement des offres et leur pondération

Le constat

Les pouvoirs adjudicateurs disposent, pour classer les offres des candidats, d'un choix important de critères énumérés par le code des marchés publics et peuvent en sélectionner d'autres à condition qu'ils ne soient pas étrangers à l'objet du marché. Ils sont habitués, par ailleurs, à pondérer ces critères depuis plusieurs années. On peut donc considérer que cette situation est globalement satisfaisante.

Au regard d'un des objectifs les plus importants de la commande publique, l'efficacité économique, on peut s'interroger néanmoins sur la pertinence du critère prix, critère unique ou critère compris dans un ensemble d'autres critères. En effet ce critère est trop restrictif en lui-même et peut inciter à la recherche du moins-disant sans se préoccuper du coût de revient ou du coût global. Une telle dérive est préjudiciable tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les candidats.

Concernant l'obligation de pondération des critères, l'incertitude n'est pas levée pour les marchés de maîtrise d'œuvre, puisque le Minefe et la juridiction administrative ont une appréciation contradictoire. Cependant si l'on considère que les marchés de maîtrise d'œuvre sont des marchés de service (la catégorie des marchés de maîtrise d'œuvre n'existe pas dans la directive européenne) la règle de la pondération doit s'imposer.

Nos propositions

1/ Suppression du critère « prix » et remplacement par le critère déjà existant de coût global.

2/ Obligation de pondérer les critères pour les marchés de maîtrise d'œuvre, au même titre et dans les mêmes conditions que les autres marchés.

La signature du marché et des avenants

Le constat

La signature du marché par l'exécutif local doit être autorisée par l'assemblée délibérante. La seule dérogation à cette règle concerne les MAPA et seulement si l'exécutif a obtenu cette délégation temporairement ou pour la durée du mandat.

Cette situation est pour le moins paradoxale puisque la décision la plus importante pour le pouvoir adjudicateur, celle d'attribuer le marché, n'appartient pas à l'assemblée délibérante mais à la commission d'appel d'offres. Cette commission, il faut le rappeler, est composée de membres de l'assemblée délibérante élus par elle à la représentation proportionnelle au plus fort reste, ce qui implique la présence de l'opposition locale.

La décision d'autorisation de l'exécutif à signer le marché apparaît comme une simple formalité, l'assemblée délibérante n'étant plus alors qu'une chambre d'enregistrement d'une décision déjà prise.

A ce jour, il n'existe heureusement pas d'exemple, à notre connaissance, d'une assemblée délibérante ayant refusé une telle autorisation, attitude qui aurait eu pour effet de bloquer l'attribution avec les conséquences que l'on imagine pour les parties en présence.

La procédure actuelle retarde donc, inutilement selon nous, la signature des marchés formalisés surtout lorsque la fréquence des réunions de l'assemblée délibérante est faible (une réunion par trimestre pour nombre d'entre elles).

Cette procédure s'applique aussi aux avenants puisque ceux-ci modifient le contrat initial.

Nos propositions

1/ Possibilité (sans obligation, au choix de la collectivité territoriale) de déléguer à la commission d'appel d'offres l'autorisation de signer le marché à l'exécutif consécutivement à la décision d'attribution avec obligation d'en rendre compte à la prochaine réunion de l'assemblée délibérante. *Modification législative en ce sens.*

2/ Alignement de la procédure des avenants sur celle des marchés telle que décrite ci-dessus. *Modification législative en ce sens.*

La gestion des aléas d'exécution

Le constat

La survenance d'imprévus en cours d'exécution est fréquente. Ceux-ci ne sont pas toujours la conséquence d'une mauvaise appréhension préalable des besoins. Compte tenu de la lourdeur de leur mise en œuvre, l'avenant, les marchés complémentaires ou les marchés de prestations similaires ne permettent pas toujours de gérer ces aléas rapidement (à titre d'exemple en cas de dépassement du montant du marché de plus de 5 % nécessité de recueillir l'avis préalable de la CAO, de solliciter l'autorisation de l'assemblée délibérante).

En outre, sur l'exemple particulier des marchés de travaux, le recours aux procédés du CCAG Travaux (tels que la notification et le paiement sur la base de prix provisoires arrêtés par le pouvoir adjudicateur, la décision de poursuivre) pourtant efficaces, sont parfois refusés par les comptables et montrés du doigt comme n'étant pas juridiquement fiables.

Dès lors, l'avenant, présenté comme étant la seule voie, intervient a posteriori.

Nos propositions

1/ Consolider juridiquement et généraliser la possibilité de recourir aux décisions unilatérales pour gérer les aléas d'exécution qui méritent d'être réglés rapidement.

2/ Permettre à l'exécutif d'être autorisé, en même que temps que la signature du marché, à prendre toutes les décisions nécessaires à la bonne exécution du marché y compris celles qui entraînent un dépassement sous réserve que les crédits soient inscrits au budget de la collectivité.

Le paiement des sous-traitants

Le constat

Le circuit actuel de paiement des sous-traitants est très lourd puisqu'il impose un double envoi des factures (article 116 du code des marchés publics). Dans ces conditions, il devient difficile au pouvoir adjudicateur de respecter les délais de paiement (réduits à 30 jours désormais pour les marchés de l'Etat). Cette procédure est donc préjudiciable aux sous-traitants, parmi lesquels se trouvent nombre de PME.

Par ailleurs, la jurisprudence du juge administratif exige la signature de l'acte spécial par le sous-traitant. Toutefois, le Minefe refuse cette décision et soutient que la signature n'est pas obligatoire. Le modèle de DC13 n'est donc pas conforme à la jurisprudence.

Nos propositions

- 1/ Retour aux anciennes règles (code des marchés publics de 2004) de paiement des sous-traitants
- 2/ Modifier le formulaire DC13 en ajoutant la mention de la signature du sous-traitant ou modifier la loi sur la sous-traitance en précisant que la signature du sous-traitant n'est pas requise.
- 3/ Accélérer le processus de paiement en facilitant l'utilisation des factures dématérialisées.

Les informations sur les marchés

Le constat

Chaque pouvoir adjudicateur doit publier, au cours du premier trimestre, une liste des marchés conclus l'année précédente. Cette liste qui concerne tous les marchés supérieurs à 4 000 € H.T. (une quantité impressionnante pour les grandes collectivités territoriales) ne présente que peu d'intérêt dans la mesure où les renseignements portés sur cette liste (objet et date du marché, nom de l'attributaire et code postal) ne donnent pas d'indication sur la gestion des marchés publics dans la collectivité territoriale, enjeu autrement plus important qu'une simple liste qui n'apportera que des éléments statistiques et dont l'utilité pour les tiers reste à démontrer.

Notre proposition

Publication, à l'occasion de l'examen du compte administratif de la collectivité, d'un rapport annuel d'exécution des marchés publics contenant, pour les procédures formalisées, des informations générales pertinentes telles que le nombre de consultations, le nombre de candidats, de consultations infructueuses, l'objet et le montant des avenants... et, pour les MAPA, le nom des entreprises et le montant cumulé des marchés attribués pour l'année considérée.

Ont participé à l'élaboration de ce Livre blanc :

M. Marc FALIZE, *Président de l'AACT*, S.D.I.S. 65

M. Jean Marie HERON, *Vice-président de l'AACT*, Ville d'Etrechy (91)

M. Eric DOFFIN, *Trésorier de l'AACT*, Département de la Côte d'Or

Mme Chantal BRUNET, *Secrétaire de l'AACT*, Département d'Ile et Vilaine

M. Alain BENARD, Ville de Meaux (77)

Mlle Vanessa COROSINE, Ville de Noisy-le-Sec (93)

M. Xavier DE LA GUERIVIERE, Ville de Neuilly-sur-Seine (92)

M. Christian DURANT, Département du Doubs

Mme Béatrice JARGOIS, Département du Cher

Mme Catherine LAMBERT, Département de la Côte d'Or

M. Arnaud LATRECHE, Département de la Côte d'Or

M. Jean Lou LEMAINDRE, Ville d'Hérimoncourt (25)

M. Romuald RIVIERE, Ville de Saint Flour (15)

M. Olivier SELOSSE, Ville de Roubaix (59)

M. Alain TRAVAILLOT, Département de la Côte d'Or

Mme Dominique VIUDES, CHI Créteil (94)

et

Julie PIROTTE, chargée de mission de l'AACT