

DIRECTIVE EUROPÉENNE

Marchés publics : cinq points qui agitent le BTP

1

La nouvelle directive européenne sur les marchés publics vient d'être adoptée. Parmi les quelque 300 pages que compte le texte, certaines mesures interpellent tout particulièrement les professionnels du BTP.

Deux années rythmées par d'âpres négociations auront été nécessaires à l'élaboration de la nouvelle directive marchés publics dite «secteurs classiques». Après le vote du Parlement européen le 15 janvier, ce texte, ainsi que l'ensemble du «paquet législatif» visant à moderniser la commande publique (1), ont été définitivement adoptés par le Conseil le 11 février. Objectifs principaux de la directive : simplifier l'achat public, favoriser l'accès des PME à la commande publique et mettre en avant l'achat vert, social et innovant. Parmi les mesures qui interpellent les représentants des professionnels du BTP, la consécration de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'assouplissement de l'octroi des marchés entre entités publiques, la détection des offres anormalement basses ou encore la mise en avant de la négociation et de l'innovation dans les procédures.

Après la publication prochaine de la directive, les Etats membres auront deux ans pour la transposer, et trente mois de plus concernant les dispositions en matière de dématérialisation. La France a d'ores et (●●●)

Attribution des marchés

OFFRE ANORMALEMENT BASSE (OAB)

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLE 69)

La directive prévoit que lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur public doit demander des explications au candidat. Si les justifications apportées ne sont pas suffisantes pour démontrer le sérieux de l'offre, le donneur d'ordre est autorisé à la rejeter, ce que prévoit déjà le droit français.

Le texte européen rend par ailleurs ce rejet obligatoire lorsque l'acheteur public constate que ce prix anormalement bas est dû à des manquements aux obligations en matière de droit social et du travail (par exemple, le non-respect de conventions collectives nationales) ou de droit environnemental.

LES REACTIONS

«Ce texte a le mérite de poser les principes et de responsabiliser l'acheteur public», souligne François Asselin, président de la commission des marchés de la FFB. Mais «la directive ne donne pas de méthode de détection des OAB», regrette Frédéric Lafage, vice-président de Cinov. Même son de cloche du côté du SNSO : «C'est une occasion manquée de clarifier les choses en la matière.» Sabine Basili, vice-présidente de la Capeb, regrette que le texte s'en tienne «au rejet systématique des OAB non justifiées au regard des obligations sociales et environnementales».

OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLES 67 ET 68)

Le principe de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse est consacré. Liberté est laissée aux Etats membres d'interdire le recours au seul critère du prix, ou de le réserver à certains types d'entités publiques ou de marchés. Le Code français n'autorise pour l'heure le critère unique de prix que si l'objet du marché le justifie.

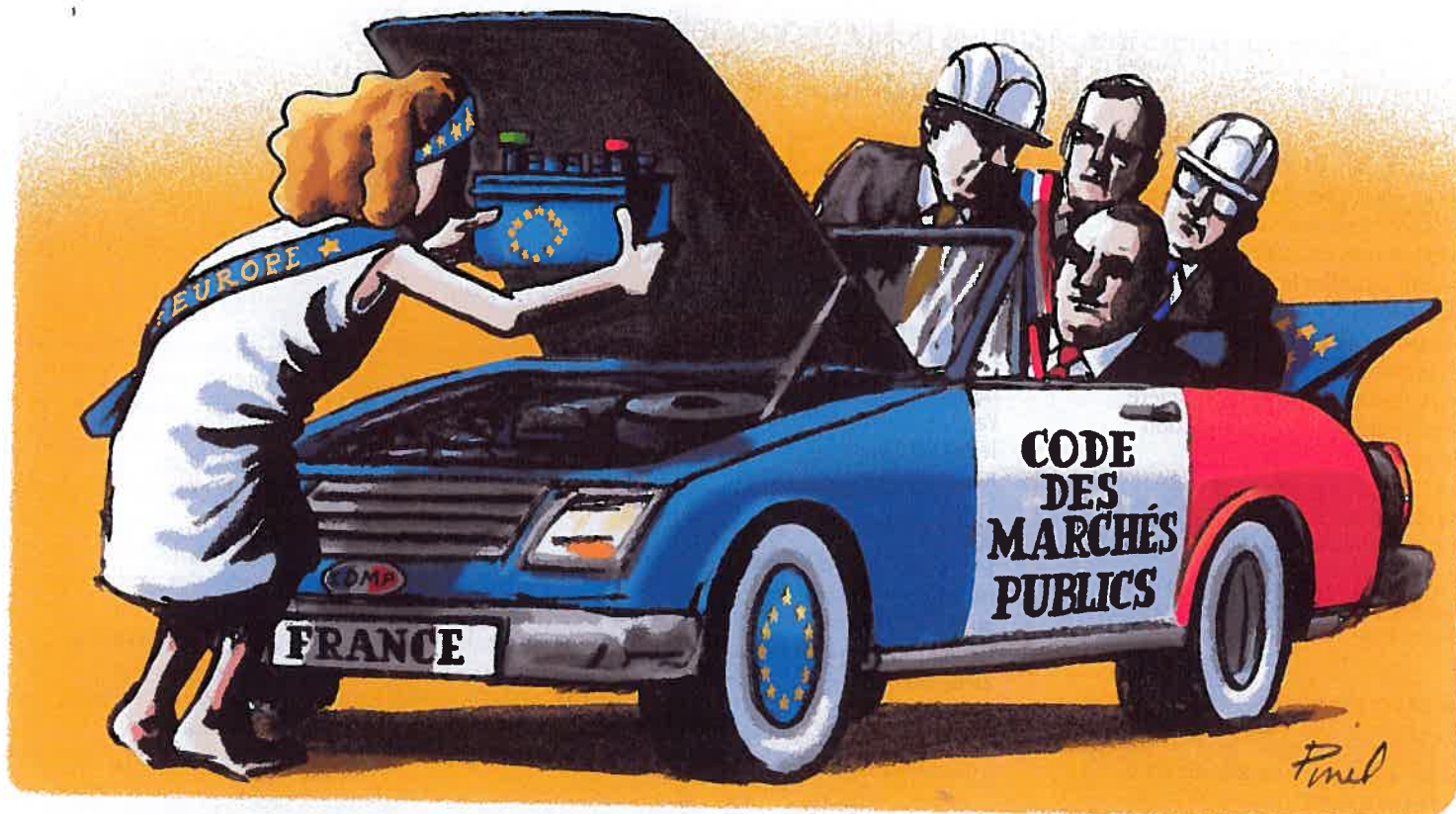
L'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée, précise la directive, en évaluant le rapport coût/efficacité, intégrant la prise en compte du coût du cycle de vie.

LES REACTIONS

Tout en regrettant que soit maintenue la possibilité de conserver le seul critère de prix dans certains cas, François Asselin (FFB) salue «l'accent mis sur les critères qualitatifs, les considérations environnementales et sociales, le coût du cycle de vie». «Faire des méthodes d'analyse du cycle de vie un critère de jugement des offres est une avancée notable», s'enthousiasme Karine Leverger, délégué général de Syntec-Ingénierie. Emmanuelle Perron, vice-présidente de la FNTP, souhaite que «l'attribution de principe à l'offre présentant le meilleur ratio qualité/prix soit effectivement mise en œuvre lors de la transposition de la directive».

Glossaire

- AAP, Association des acheteurs publics
- Apasp, Association pour l'achat dans les services publics
- Capeb, Confédération de l'artisanat et des petites entreprises du bâtiment
- Cinov, Fédération des syndicats des métiers du conseil, de l'ingénierie et du numérique
- Cnoa, Conseil national de l'ordre des architectes
- EGF-BTP, Syndicat des entreprises générales du BTP
- FFB, Fédération française du bâtiment
- FNTP, Fédération nationale des travaux publics
- SNSO, Syndicat national du second œuvre
- Syntec-Ingénierie, Fédération des professionnels de l'ingénierie



Procédures

MODERNISATION DES PROCÉDURES

LES NOUVEAUTÉS (ARTICLES 27, 28, 40 ET 41)

Première mesure, la réduction des délais minimaux de procédures en appels d'offres ouverts (35 jours pour la réception des offres, au lieu de 52) et restreints (30 jours au lieu de 37 pour la réception des candidatures, et 30 jours au lieu de 40 pour la réception des offres). Certaines circonstances engendrent des réductions de délai. Autre nouveauté, le *sourcing* fait son apparition dans le droit européen. Les acheteurs publics pourront ainsi réaliser des consultations, par exemple auprès d'experts indépendants ou d'acteurs du marché, afin de préparer en amont la passation du contrat.

LES REACTIONS

«Descendre à 35 jours le délai de remise des offres nous semble particulièrement court: cela va à l'encontre de la volonté de faciliter l'accès des PME à la commande publique», regrette Renaud Marquié, délégué général du SNSO. Guillaume Laffineur, administrateur de l'AAP, y voit, lui, «un gain de temps qui va alléger les process et faire gagner en souplesse». Il se réjouit que «l'encouragement à la prise d'avis auprès des fournisseurs soit encore plus explicite, sans que cela puisse être assimilé à du favoritisme».

PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLES 26 ET 29)

Véritable tournant, la directive redonne de la souplesse aux acheteurs, par l'instauration de la procédure concurrentielle avec négociation. Elle autorise la négociation au-delà des seuils communautaires, dans certaines hypothèses, telles que: le besoin de solutions innovantes, une complexité rendant nécessaire la négociation, l'impossibilité de définir ses besoins par référence à des spécifications techniques, ou encore l'infructuosité d'un appel d'offres. Les négociations ne pourront toutefois pas porter sur les exigences minimales et les critères d'attribution.

LES REACTIONS

«C'est une avancée considérable! s'enthousiasme Guillaume Laffineur (AAP). Des pans entiers de domaines d'achat vont pouvoir se prêter à la négociation au-delà des seuils européens, et notamment toute la sphère des travaux publics.» Gare toutefois à la marge de manœuvre laissée quant aux modalités de négociation: Jean-Marc Peyrival, président de l'Apasp, attire en effet l'attention sur la place importante laissée à l'appréciation de l'acheteur public et aurait souhaité davantage de précisions.

2

« In house »

EXEMPTION DE L'APPLICATION DES RÈGLES

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLE 12)

Les règles relatives à la quasi-régie (ou «in house») sont assouplies. Un contrat attribué par une autorité contractante à une autre entité publique, sur laquelle l'autorité exerce un contrôle analogue à celui dont elle dispose sur ses propres services, échappera au champ d'application de la directive (et donc aux procédures concurrentielles) quand, notamment, plus de 80% de son activité sont exercés au profit de cette autorité contractante ou d'autres personnes morales contrôlées par celles-ci.

LES REACTIONS

«Les entités publiques pourront désormais intervenir sur le marché privé à hauteur de 20% de leurs activités», s'inquiète Emmanuèle Perron, présidente de la commission des marchés de la FNTP. Crainte partagée par Jean-François Simon, président de Cinov Coordination: «Nous serons confrontés à une concurrence d'organismes publics qui réaliseront eux-mêmes leurs prestations, au moment où les carnets de commande continuent à se contracter.» Du côté de Xavier Bezançon, délégué général d'EGF-BTP, c'est le branle-bas de combat: «Nous sommes scandalisés par ce texte qui est contraire aux principes fondamentaux du droit européen et qui donne un mode d'emploi pour échapper aux règles de la concurrence.»

3

(●●●) déjà prévu de transposer de façon accélérée certaines dispositions. En effet, un décret devrait modifier le Code des marchés publics au premier semestre 2014 pour y introduire un plafonnement des exigences en matière de capacité financière des candidats ; la généralisation du système de déclaration sur l'honneur au stade de la candidature ; et le partenariat d'innovation. ■ **Elodie Cloâtre**

(1) Comprenant aussi la directive « marchés publics secteurs spéciaux » et la directive « concessions ».

EN SAVOIR PLUS

A lire dans « Le Moniteur » du 28 février, une analyse détaillée des dispositions de la directive et de leur impact en droit français.

4

Allotissement

PRINCIPE DE LA DÉVOLUTION EN LOTS

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLE 46)

La directive promeut l'allotissement : les acheteurs publics qui décident de ne pas attribuer un marché par lots doivent le justifier. Elle permet aussi aux Etats membres de rendre l'allotissement obligatoire. La France a déjà fait ce choix dans le Code des marchés publics, le marché global n'étant autorisé qu'au titre de dérogations précisément définies. Reste à voir si elle étendra ce principe aux marchés de l'ordonnance du 6 juin 2005.

LES REACTIONS

Sabine Basil, vice-présidente de la Capeb, se réjouit de « la consécration de l'allotissement », qui récompense « un combat de longue date ». Même effervescence du côté de **Cinov Coordination**, ainsi que du **SNSO**, **Renaud Marquié**, son délégué général, voyant là « la reconnaissance de l'allotissement comme condition indispensable à l'accès des PME aux marchés publics avec l'obligation de motiver toute dérogation ». **Xavier Bezançon**, délégué général d'EGF-BTP, prône « une transposition *a minima* en la matière », sans que cela ne remette en cause les projets concernant la transition énergétique et impliquant le recours à un contrat global du type contrat de performance énergétique, mais aussi réalisation/exploitation ou maintenance et conception/réalisation/exploitation ou maintenance.

5

Innovation

PARTENARIAT D'INNOVATION

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLE 31)

Nouvel outil créé par la directive, le partenariat d'innovation. L'acheteur public pourra passer un contrat avec une entreprise sur un projet innovant qu'elle développerait, avec la possibilité, dans un second temps, de passer un marché directement avec cette entreprise sans mise en concurrence. La France a d'ores et déjà prévu de transposer cette disposition par décret d'ici à l'été 2014.

LES REACTIONS

Pour bon nombre des personnes interrogées, l'introduction de cette nouvelle procédure constitue une avancée intéressante, **Xavier Bezançon**, délégué général d'EGF-BTP, allant même jusqu'à la qualifier de « rayon de soleil de la directive ». **Karine Leverger**, délégué général de Syntec-Ingénierie, souligne également l'intérêt de la procédure. Elle précise cependant que certains points seront particulièrement dans la ligne de mire de la fédération lors de la transposition en droit français, tels que « le secret des affaires, la confidentialité, la répartition des risques ou encore la propriété intellectuelle ». **Guillaume Laffineur**, administrateur de l'AAP, quant à lui, « craint d'avoir des projets ou des services innovants mais très éloignés des préoccupations immédiates des collectivités ».

MAQUETTE NUMÉRIQUE

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLE 22)

L'utilisation d'outils électroniques, tels que la maquette numérique ou *Building Information Model* (BIM), est recommandée pour les marchés publics de travaux et les concours. Chaque Etat membre pourra encourager ou imposer l'utilisation du BIM pour les projets de construction financés par des fonds publics. En cas d'obligation, les acheteurs publics devront offrir aux candidats un accès gratuit aux outils électroniques requis jusqu'à ce que ceux-ci soient devenus « communément disponibles ».

LES REACTIONS

« La directive invite à une plus forte utilisation de la maquette numérique, se réjouit **Karine Leverger**, délégué général de Syntec-Ingénierie : les maîtres d'ouvrage vont, de plus en plus introduire cette méthode dans leurs cahiers des charges. » Pour **Frédéric Lafage**, vice-président du **Cinov**, « le principe est louable, mais nous nous inquiétons qu'en utilisant un seul outil pour tous les domaines (architecture, acoustique, énergétique, fluide, structure et gestion), les acteurs ne perdent progressivement la maîtrise de leur cœur de métier. Il faut laisser la main aux spécialistes, faute de quoi cela risque de surenchérisser les projets et d'ouvrir la voie au contentieux ».

DIALOGUE COMPÉTITIF ÉTENDU

LA NOUVEAUTÉ (ARTICLES 26 ET 30)

La procédure de dialogue compétitif, jusque-là réservée à certaines hypothèses (notamment les marchés particulièrement complexes), est étendue aux mêmes situations que celles prévues pour la procédure concurrentielle avec négociation, principalement : le besoin de solutions innovantes, une complexité rendant nécessaire la négociation, l'impossibilité de définir ses besoins par référence à des spécifications techniques, ou encore l'infirmité d'un appel d'offres.

LES REACTIONS

Pour **Denis Dessus**, vice-président du **Cnoa**, la volonté de généraliser le dialogue compétitif pose un problème aigu de préservation de la propriété intellectuelle des concepteurs. « Cette procédure est ainsi très difficile à manipuler et nécessite une maîtrise d'ouvrage structurée. De plus, les maîtres d'ouvrage devront indemniser l'ensemble des études faites dans le cadre du dialogue compétitif. » Même sentiment de déception du côté du **SNSO**, son délégué général, **Renaud Marquié**, regrettant que « les conditions de recours au dialogue compétitif, procédure difficile à manier, soient moins restrictives que dans la précédente directive ».