

Maîtrise d'ouvrage publique **Changement de culture dans les relations** **avec les opérateurs économiques**

La réforme des marchés publics entrée en vigueur le 1^{er} avril pousse désormais à développer les échanges en amont des procédures, à négocier, à communiquer.



Finis le temps d'une frilosité extrême dans les relations - même lointaines - entre un acheteur public et un opérateur économique ? La réforme des marchés publics consacre la technique du « sourçage », qui consiste à étudier l'état de l'art d'un secteur économique, les différents produits et techniques existants avant de lancer un marché. Elle autorise le développement de la négociation pour tous les marchés, y compris les plus importants. Désormais, les pouvoirs adjudicateurs peuvent largement recourir à la procédure concurrentielle avec négociation au-delà de 5,225 millions d'euros HT en travaux. Elle oblige à la publication des données essentielles d'un marché, à une certaine transparence. Bref, cette réforme pousse les acheteurs publics, et donc la maîtrise d'ouvrage publique, à communiquer et à dialoguer autrement avec les opérateurs économiques.

Un acte économique. Les maîtres d'ouvrage publics, comme les entreprises, vont devoir s'y faire. « L'acte d'achat est un acte économique avant d'être un acte juridique, répète à l'envi le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Économie, Jean Maïa, pilote de la réforme des marchés publics. Pour une bonne définition du besoin, connaître l'état de l'offre est essentiel. » D'où la consécration du *sourcing* ou « sourçage », ou « études et échanges préalables avec les opérateurs économiques » : on ne sait plus très bien, le terme vanté par Bercy de « sourçage » ayant disparu entre le projet initial et la version publiée du décret du 25 mars 2016 sur les marchés publics. Le principe a cependant survécu à l'article 4 de ce décret.

Encadrer des pratiques existantes. La pratique existait en fait déjà, relèvent plusieurs observateurs avisés. Lorsque les responsables techniques sont démarchés par les entreprises, quand ils se rendent sur des salons professionnels, lorsqu'ils échangent avec leurs homologues d'autres structures, lorsqu'il y a des organismes de qualification qui donnent des indications sur les modes opératoires des entreprises... c'est déjà du *sourcing* ! Jusqu'à maintenant, ces démarches « pouvaient indirectement influencer le jugement de celui qui analyse les offres et parfois même la rédaction d'un cahier des charges. Il est très bien que désormais un texte intègre la réalité. C'est du bon sens. Celui qui commande n'est pas hors-sol. Il vit dans un environnement

technique », fait valoir Patrick Berger, président de l'Association des ingénieurs territoriaux de France (AITF), dont les adhérents sont responsables techniques dans les collectivités locales.

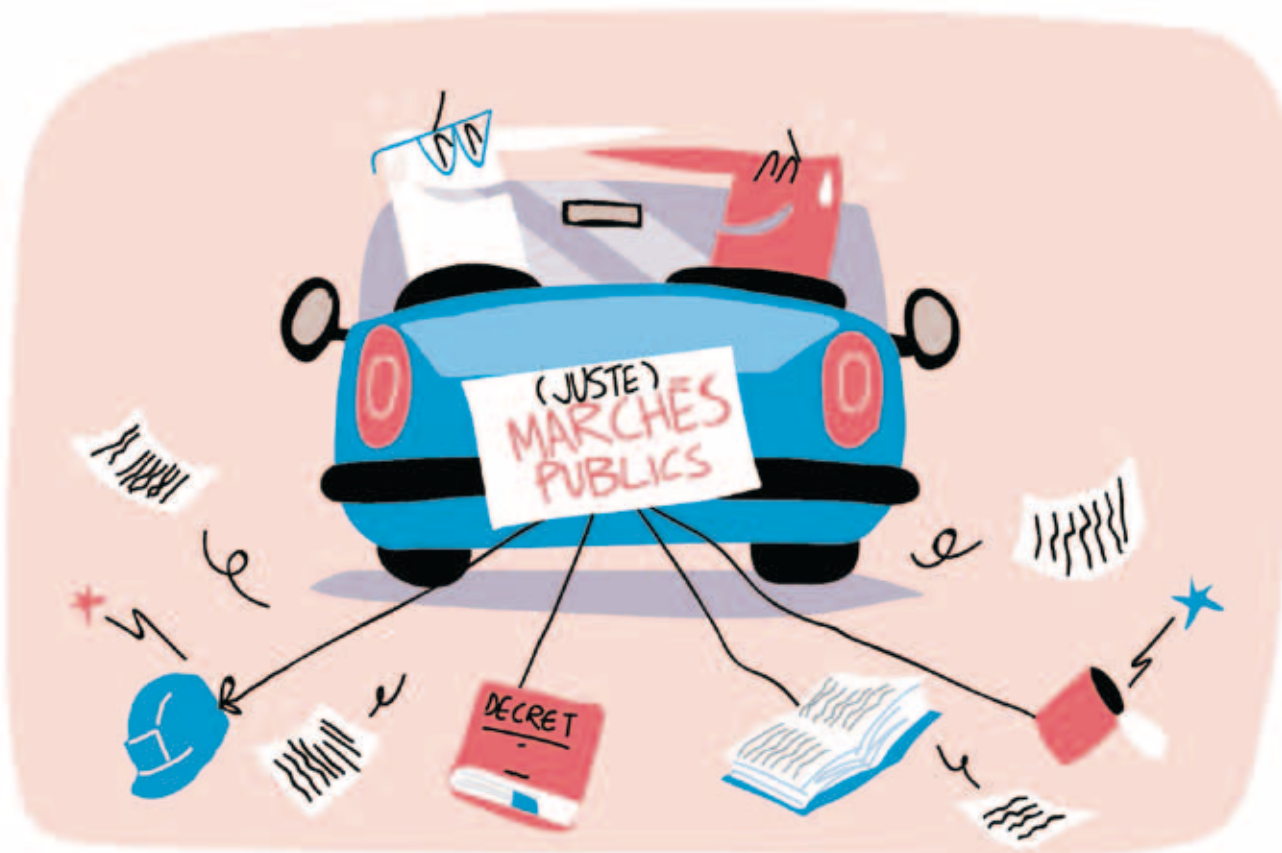
« Mettre dans un texte une pratique qui existait antérieurement permet d'avoir en tête l'idée d'un nécessaire séquençage de la commande publique (avant consultation, mise en concurrence, attribution). C'est utile car la réflexion est ainsi décorrélée de l'acte d'achat et de la consultation », entérine Christophe Mérienne, président de la commission juridique de Syntec-Ingénierie.

Le décret marchés publics autorise, encadre ces échanges préalables, mais pose des limites (*lire l'encadré ci-dessous*). En clair, une entreprise ne peut pas rédiger un cahier des charges ! En revanche, le décret n'exclut pas automatiquement d'une procédure les entreprises ayant participé à la préparation d'un marché (art. 5). Ce ne sera le cas que « lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens », indique la nouvelle réglementation.

« Nous souhaitons voir comment tout cela va se passer car c'est à la main du maître d'ouvrage. La valorisation de notre

La lettre des textes

Le décret du 25 mars 2016 sur les marchés publics autorise l'acheteur à effectuer des consultations ou à réaliser des études de marché, à solliciter des avis ou à informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences en amont des consultations (art.4). Seules conditions : ne pas fausser la concurrence et ne pas violer les principes de la commande publique (liberté d'accès aux marchés, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures). La négociation devient possible au-delà des seuils européens (5,225 millions d'euros HT en travaux) à travers la toute nouvelle procédure concurrentielle avec négociation (art. 25). Celle-ci, au même titre que le dialogue compétitif, peut être utilisée dans six cas assez larges. La négociation reste une solution pour attribuer un marché en procédure adaptée (en dessous des seuils) (art. 27). A cela s'ajoutent d'autres outils, comme les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable (art. 30), parmi lesquels figurent les marchés de moins de 25 000 euros HT.



COLCANOFA

savoir-faire est importante pour nous, mais il y a toujours la crainte de voir la concurrence faussée», s'inquiète cependant Alain Piquet, président de la commission marchés de la Fédération française du bâtiment (FFB). Autre crainte pour Patrick Berger : « Nous découvrons le décret marchés publics. Il nous faut le temps de bien l'interpréter. Je serai prudent pour l'instant. Il pourrait exister certaines fragilités : faudra-t-il faire état de ce travail de sourçage pour conforter le choix d'une entreprise, l'écriture d'un cahier des charges devant une commission d'appel d'offres ? Cela ne va-t-il pas déclencher davantage de recours lors desquels il faudra démontrer qu'un *sourcing* a bien été réalisé ? ».

Traçabilité. L'accompagnement, la formation des acheteurs, voire la mise en place de lignes éthiques, de la traçabilité des échanges (comptes-rendus de rencontres, par exemple, pour pouvoir justifier du respect des principes de la commande publique) vont devenir plus que nécessaires, jugent les experts. Car il s'agira bien de fixer des frontières sur ce qu'il est possible de faire ou de ne pas faire et d'éviter que l'acheteur mette le projet et/ou se mette en danger. Les recours devant le juge administratif, voire pénal, pourraient se multiplier. Le délit de favoritisme plane encore au-dessus des têtes, même si un consensus politique semble se dégager pour le réformer en élargissant son champ d'application, mais surtout en supprimant le caractère non intentionnel du délit (*lire l'interview p. 15*). Objectif : lever les blocages psychologiques pour mieux acheter. Le régime du conflit d'intérêts, lui, en revanche, a déjà été clarifié. L'article 48 de l'ordonnance marchés publics du 23 juillet 2015

prévoit de ne pas exclure automatiquement un candidat dans une telle situation. Il laisse la possibilité d'y remédier avant de se résoudre à l'exclusion.

Négociation d'usage. La négociation suscite moins de peur, car elle aussi existe déjà depuis un certain temps en procédure adaptée, c'est-à-dire en dessous de 5,225 millions d'euros HT pour les travaux. Mais la grande majorité des acteurs du BTP constate qu'elle se résume souvent à une négociation sur les prix. Et la position des entreprises n'apparaît pas toujours aisée. Celles-ci

Il s'agira de fixer des frontières sur ce qu'il est possible de faire ou de ne pas faire.

« sont plutôt timorées. Elles n'osent pas en général demander une amélioration du cahier des charges, par exemple », constate Christophe Mérienne. Les plus petits candidats ne sont pas forcément armés pour cela (*lire p. 16 à 18*).

Avec la réforme, la négociation est utilisable quel que soit le montant du marché. « Nous craignons que le recours à la négociation en tant que procédure d'usage ne devienne dans la réalité simplement le moyen de vider la réglementation actuelle des marchés publics de sa substance en remettant en cause sa mission de garante du respect des parties. Il est impératif que les principes fondamentaux d'égalité, d'accès et de transparence, mais également de respect de la confidentialité des offres soient strictement respectés dans la conduite des négociations », prévient Emmanuèle Perron, vice-présidente de la Fédération nationale des travaux publics →

→ (FNTF). « Oui à la négociation, si elle est qualitative et ne se résume pas à un marchandage », ajoute Alain Piquet, de la FFB.

De leur côté, les maîtres d'ouvrage ne semblent pas vouloir se précipiter sur ce type de procédure pour des enjeux importants. « Les acheteurs publics vont certainement continuer à utiliser encore pour un certain temps l'appel d'offres en procédure formalisée (montants de marchés égaux ou supérieurs aux seuils européens fixés à l'art. 42 de l'ordonnance) plutôt que la procédure concurrentielle avec négociation », prévoit Chantal Brunet, secrétaire de l'Association des acheteurs publics (AAP). Un sentiment que confirme Patrick Berger : « Nous allons y aller très prudemment car il s'agit de sommes élevées, d'enjeux forts. On préfère éviter les recours dus à une mauvaise application éventuelle des textes qui retarderaient les projets. »

«Se réserver la possibilité de». Le décret, justement, n'apparaît pas d'une grande limpidité aux acteurs de la commande publique. Outre la diversité des dénominations des différentes procédures autorisant la négociation, dans bien des cas de procédures de négociation l'acheteur public peut « se réserver la possibilité de » finalement ne pas négocier le marché, à condition de l'avoir

indiqué dans les documents de la consultation (art. 73 pour la procédure concurrentielle avec négociation, art. 27 pour la procédure adaptée, par exemple). Dans ce cas, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation. Chez Syntec-Ingénierie, on craint que cela puisse « poser des difficultés aux opérateurs économiques pour calibrer leurs offres. Il faut

convaincre les maîtres d'ouvrage qu'en faisant varier certaines clauses du cahier des charges, il est possible de susciter des offres différenciantes ». L'organisation professionnelle lance même un appel à une certaine moralisation : « Il est préférable d'indiquer des règles du jeu claires dès le début, par exemple le nombre de tours de négociation ». Un rapport post-négociation peut aussi montrer que la négociation n'a pas porté uniquement sur le prix...

Confidentialité. Que la réforme encourage les échanges entre acheteurs et opérateurs économiques est « une bonne évolution. Il est juste et bon qu'une entreprise puisse discuter avec le maître d'ouvrage pour améliorer la performance, estime Xavier Bezançon, délégué général d'EGF.BTP. Il y a un peu plus d'une dizaine d'années, nous avons même voulu le dialogue compétitif », toujours d'actualité dans la réforme et encouragé au même titre que la négociation. « Mais on ne peut pas dialoguer, remettre à la fin toutes les offres en compétition sur la base du prix et mélanger les idées. L'article 44 de l'ordonnance marchés publics devrait être à l'esprit de tous », suggère-t-il. Cet article impose à l'acheteur la confidentialité des informations obtenues dans le cadre d'un marché public, notamment de celles relevant du secret industriel et commercial.

A l'opposé, la réforme oblige aussi les maîtres d'ouvrage à communiquer sur d'autres aspects. Ils ont l'obligation minimale de notifier le rejet d'une candidature ou d'une offre, et devront mettre en ligne au plus tard le 1^{er} octobre 2018 les données essentielles de chacun de leurs marchés. ● Bénédicte Rallu

Les maîtres d'ouvrage ne semblent pas vouloir se précipiter sur la négociation pour des enjeux importants.

« Lever les obstacles psychologiques et rassurer les acheteurs publics »

Philippe Bonnacarrère, sénateur (UDI) du Tarn.



TIM SOMERSET/MAXPPP

Les différentes tentatives menées dans le passé pour réformer le délit de favoritisme ont échoué. Etes-vous optimiste pour y parvenir cette fois-ci ?

Le délit de favoritisme a pris un poids important car c'est le juge pénal qui est d'abord historiquement intervenu pour mettre de l'ordre dans le domaine des marchés publics, il y a une trentaine d'années. Depuis, les choses ont changé. Un contrat de commande publique est devenu un contrat comme un autre devant le juge administratif. La possibilité maintenant ouverte aux tiers de le contester en a fait un contrat de droit commun. L'utilisation de l'arme pénale n'est plus le seul moyen d'action. L'utilisation compensatrice du droit pénal n'est plus justifiée. Il y a un consensus politique là-dessus.

Quel est l'objectif de votre amendement déposé au projet de loi de ratification de l'ordonnance marchés publics ?

Il s'agit de passer de la défiance à la confiance, pour que la commande publique soit plus favorable aux PME et à l'économie française. Notre mission sur la commande publique, qui a rendu son rapport en octobre 2015, a eu le sentiment que les obstacles psychologiques liés à la responsabilité pénale constituaient une vraie difficulté. La transposition des directives dans l'ordonnance est tout à fait honorable. Il serait dommage que les acheteurs publics ne s'emparent pas des outils disponibles.

Que proposez-vous ?

Nous voulons lever les blocages, rassurer les acheteurs publics, tout en sécurisant le dispositif. L'amendement propose de recentrer le délit de favoritisme sur son caractère intentionnel, c'est-à-dire dolosif, de mauvaise foi, qui, lui, doit être maintenu. Il propose en outre d'élargir le champ couvert par ce délit pour l'appliquer, en plus des marchés publics, aux concessions et aux marchés de partenariat. C'est ce que recommande la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

Votre proposition est-elle la contrepartie nécessaire au développement du sourçage dans la commande publique ?

C'est ce qui nous a conduits à déposer l'amendement. Avec le sourçage, il y a l'idée que l'acheteur doit bien connaître les entreprises, les produits, les technologies pour bien acheter. C'est à l'antipode de ce qui s'est construit avec le délit de favoritisme. L'approche en amont des consultations est contradictoire avec le droit pénal. Un changement de cadre nous paraît donc justifié. Mais nous ne voulons pas d'une irresponsabilité pénale car le favoritisme intentionnel doit continuer à être sanctionné lourdement.

● Propos recueillis par B. R.