

Ratification de l'ordonnance sur les marchés publics Le SNSO en première ligne avec un succès à confirmer

Dans le cadre de l'examen devant le Parlement du projet de loi «Sapin 2», le Gouvernement a introduit un alinéa lui permettant de ratifier en force et sans modification l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, transposant les directives européennes sur les marchés publics. Ce texte est présenté comme devant favoriser un meilleur accès des artisans, des Pme et des entreprises de spécialité à la commande publique. En fait, une série de passe-droits accordés d'office aux marchés artificiellement globalisés les en écarte en faveur des majors du bâtiment. Il était indispensable que le texte soit modifié pour leur garantir un accès libre et direct à la commande publique. C'est le défi qu'a relevé, pour l'instant avec succès, le SNSO en pleine collaboration avec la Capeb et grâce à des parlementaires défenseurs des Pme comme le député Alain ROUSSET ou le Sénateur Jean-Pierre SUEUR. L'Assemblée Nationale a restreint l'usage de la conception réalisation et le Sénat a voté la suppression des offres variables. Ces acquis devront être confirmés en Commission Paritaire Mixte lors de la prochaine rentrée parlementaire.

UNE ORDONNANCE TOXIQUE sous bien des aspects

Parmi toutes les dispositions contenues dans l'ordonnance, le SNSO avait ciblé les plus dangereuses pour nos entreprises.

Les offres variables

L'article 32 pose le principe de l'allotissement mais permet à l'acheteur public d'autoriser un candidat à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Rappelons que cela était formellement interdit par l'article 10 du code des marchés publics de 2006, en vigueur jusqu'au 31 mars dernier.

Désormais un candidat peut donc s'avérer, pour son lot, financièrement le moins cher et techniquement le meilleur, sans pour autant se retrouver attributaire. En effet, une grande entreprise générale aura pu présenter des offres pour une multiplicité d'autres lots avec l'engagement d'un rabais si tous lui étaient attribués. Il lui suffira ensuite de les sous-traiter dans des conditions que trop souvent la morale réproouve ou en faisant intervenir des travailleurs détachés dans des conditions hélas trop connues.

Il est donc capital de rétablir l'intangibilité de l'allotissement.

Les marchés globaux sur performance

L'article 33, alinéa 1, permet le recours à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, si

des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Par ailleurs, l'article 34 autorise la conclusion de marchés globaux qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis en terme de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

Or, un marché de conception-réalisation ou sur performance est certes susceptible d'impliquer une agrégation de prestations sans pour autant justifier, par principe, sa forme globale. Dans le BTP, il peut en aller ainsi pour l'association du clos, du couvert et de l'équipement énergétique sans que l'aménagement intérieur soit concerné. Que cette nécessité d'intégration soit totale ou partielle, elle peut parfaitement être traitée sans faire l'objet d'une dérogation d'office.

Dès lors, le SNSO a milité pour cantonner la conclusion en conception-réalisation des marchés globaux sur performance aux ouvrages de dimensions exceptionnelles ou présentant des difficultés techniques particulières à leur réalisation.

Les bailleurs sociaux dispensés d'allotir

Si l'ordonnance rappelle le principe de l'allotissement des marchés par l'article 32, son article 33 permet toutefois aux organismes HLM et aux SEM de construction de

logements sociaux de recourir librement à des marchés globaux jusqu'au décembre 2018.

C'est à l'évidence discriminer les entreprises n'ayant pas la capacité de fournir une offre tous corps d'état. Or, il s'agit surtout des Pme locales se trouvant ainsi artificiellement privés d'un accès direct à leurs marchés de proximité.

C'est également favoriser à leur détriment le recours aux travailleurs détachés qu'utilisent largement les grandes entreprises générales.

Le SNSO plaide donc pour supprimer cette dérogation incompréhensible à l'allotissement afin de permettre l'accès de toutes les entreprises aux chantiers de logements sociaux correspondants.

Les marchés globaux sectoriels

L'article 35 vient contrarier l'article 32 qui pose le principe d'allotissement. Il accorde d'office un passe-droit à différentes catégories de marchés dispensées de justifier leur globalité, pour des raisons autres que la complexité technique ou le surcoût financier.

Ce passe-droit concerne notamment la Défense, la police, la gendarmerie, le pénitencier et l'hospitalier. Il ne répond à aucune nécessité particulière.

Ramener dans le droit commun ces marchés sectoriels n'implique aucune restriction d'utilisation du marché global, pour autant que ce dernier réponde à une justification technique ou financière. En revanche, les conserver consacrerait leur effet discriminatoire de nature à restreindre la concurrence et d'affecter le bon usage des deniers publics.

Le SNSO a donc proposé la suppression des marchés globaux sectoriels.

Les PPP

L'ordonnance autorise le recours à un marché de partenariat (nouvelle dénomination d'un PPP) s'il présente «*un bilan plus favorable*», notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. On ne peut par ailleurs recourir à un PPP en deçà d'un seuil de 2, 5 ou 10 millions d'euros HT, selon la nature du marché.

Or, le «*bilan favorable*» est apprécié par un rapport d'évaluation comparant le coût d'un PPP qu'on ne peut connaître a priori avec celui d'une procédure classique qu'on ne connaîtra jamais puisqu'elle ne sera pas lancée. C'est la raison pour laquelle on relève que la plupart des rapports d'évaluation sont des documents de complaisance justifiant le choix prédéterminé du PPP.

Faute de garde-fou, l'ordonnance ne respecte pas le cadre que lui avait donné sa loi d'habilitation en imposant des conditions de recours et de mise en œuvre des marchés de partenariat de nature à circonscrire leur utilisation.

Pourtant, un excellent rapport sénatorial «*Sueur-Portelli*» avait formulé de sages préconisations en ce sens et relégué les PPP au delà d'un seuil de 50 millions d'euros.

L'ordonnance ne satisfait pas davantage aux conditions qu'avait posées le Conseil Constitutionnel, en particu-

lier par sa décision n°2008-567 DC du 24 juillet 2008. Il rappelait que le recours généralisé aux PPP était de nature à «*priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics, raison pour laquelle les contrats de partenariat doit rester des procédures d'exécution de la commande publique*».

C'est la raison pour laquelle le SNSO plaide pour un recadrage du recours aux PPP, limité aux motifs d'urgence impérieuse ou de la particulière complexité et pour les cantonner aux opérations dont la valeur estimée est supérieure à 50 millions d'euros.

UN DÉBAT CONFISQUÉ DEVANT L'ASSEMBLÉE NATIONALE

La volonté du gouvernement de passer en force

Le Gouvernement avait souhaité donner une valeur législative à l'ordonnance en la faisant ratifier par le Parlement. Ainsi un premier projet de ratification avait été déposé devant le Sénat. Une délégation du SNSO avait d'ailleurs été préalablement reçue par le rapporteur du texte, le Sénateur André REICHARDT qui avait parfaitement compris les dangers du texte.

Le 16 mars 2016, la Commission des lois du Sénat a donc examiné l'ordonnance et en a modifié le contenu. Elle a souhaité que sa ratification prenne en compte un meilleur équilibre entre marchés allotis et marchés globaux.

Elle a également supprimé le dispositif des «*offres variables*» qui auraient permis à de grands groupes de proposer des «*prix de gros*» et d'obtenir un avantage concurrentiel disproportionné.

Après que le texte eût été amendé et adopté par la Commission, le Gouvernement devait inscrire son projet de ratification à l'ordre du jour de la séance publique du Sénat.

En fait, par un profond mépris pour le Parlement et ne daignant pas aller au bout du débat législatif, il n'a jamais procédé à cette inscription. Il a fait entrer en vigueur l'ordonnance par un simple décret du 25 mars 2016 modifiant le code des marchés publics à effet du premier avril suivant.

Souhaitant tout de même régulariser la valeur législative de la réforme, le Gouvernement a introduit, cette fois à l'Assemblée Nationale, un amendement au projet de loi «*Sapin 2*», l'autorisant à ratifier l'ordonnance sans modification.

Une séance chaotique et un débat tronqué

Le SNSO a alors repris son bâton de pèlerin à l'Assemblée. Une délégation a notamment été reçue par le Rapporteur de la Commission des affaires économiques afin de lui présenter ses propositions et d'appeler son attention sur le caractère dévastateur de l'ordonnance pour nos entreprises, si elle restait en l'état.

Par ailleurs, une seconde délégation a été reçue par le député Alain ROUSSET, soutien indéfectible des Pme du

bâtiment. Ce dernier a accepté de déposer des amendements prenant en compte nos préoccupations et avait obtenu le soutien de nombreux députés parmi lesquels M. Gilles SAVARY (qui les a soutenus en séance), Mme Carole DELGA, MM. Gérard BAPT et Michel VAUZELLE.

Parallèlement à l'initiative de la Capeb, d'autres députés dont MM. Damien ABAD, Olivier MARLEIX, Nicolas Dhucq ou Mme Laurence ARRIBAGE déposaient ou soutenaient des amendements allant dans le même sens. Qu'ils en soient tous remerciés.

Alors que la réforme de la commande publique au regard des enjeux économiques considérables qui en découlent constituait un sujet essentiel, son examen a été complètement bâclé.

Le Gouvernement a trouvé dans le Rapporteur de la commission des lois M. Sébastien DENAJA, un complice, sans doute inconscient de l'importance de l'enjeu. A cela s'est ajouté un Président de séance dépassé et le ministre Michel SAPIN, ne maîtrisant pas un sujet qui avait été sous-traité à M. MACRON.

Cela a amené une séance chaotique, un examen des amendements bâclés et un débat tronqué.

La plupart des amendements furent rejetés, y compris le plus important, celui prévoyant la suppression des offres variables.

Toutefois, heureuse surprise, l'un d'entre eux a été adopté. Il limite la faculté de passer un marché sur performance en conception réalisation. Outre un engagement contractuel de performance, le projet doit présenter une grande complexité ou des difficultés techniques particulières de réalisation, comme le défendait le SNSO.

Malgré tout, ce débat a été l'occasion pour certains députés de faire entendre la voie du bon sens et de défendre les Pme et artisans du bâtiment.

Le débat à l'Assemblée Nationale

Les TOPS

Madame Véronique Louwagie rappelant certaines vérités :

«L'étude d'impact qui accompagne l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise que es PME auraient beaucoup à gagner à un élargissement de la règle de l'allotissement obligatoire. Le volume d'achats particulièrement important des structures soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005, ainsi que l'objectif d'unification des règles applicables, plaident pour une extension du principe de l'allotissement».

Monsieur Olivier Marleix

«On ne peut pas répéter sans cesse, comme le fait la majorité depuis trois jours, que l'ennemi c'est la finance et qu'il faut pourchasser les entreprises qui font de l'optimisation fiscale, et ne pas avoir dans le même temps le souci permanent de protéger nos artisans et les petites et moyennes entreprises de nos territoires. L'allotissement des marchés publics est pour elles une chance d'exister, alors qu'el-

les sont évincées des marchés globaux au profit des très grands groupes du bâtiment et des travaux publics.

Monsieur le ministre, il faut savoir ce qu'on veut : si on ne veut plus, ni de la finance, ni des artisans, ni des PME, je ne sais pas ce qui restera pour faire tourner l'économie française !»

Monsieur Nicolas Dhucq qui plaide pour la suppression des offres variables:

« Il s'agit en effet de défendre un tissu local d'entreprises qui puissent répondre à des demandes de financement et d'investissements des collectivités territoriales.

Si le Gouvernement a véritablement pour objectif de favoriser l'emploi en France dans un secteur tel que celui du bâtiment et des travaux publics, qui a été très touché (...) il serait urgent, Monsieur le ministre, d'adopter un tel amendement, qui va dans le sens d'une économie de proximité et de l'emploi local».

Monsieur Gilles Savary, soutenant un amendement équivalent :

« (...) Nous avons l'occasion de trouver dans notre Assemblée une très large majorité sur ce point, au-delà de la diversité des sensibilités politiques, comme cela a été le cas au Sénat.

La raison en est simple : il se trouve que cette ordonnance vise à transposer une directive européenne relative aux marchés publics qui, pour la première fois, introduit dans la réglementation européenne des marchés publics la possibilité de l'allotissement. Il est très curieux qu'au moment où une directive introduit cette possibilité, la France semble reculer devant cette perspective, alors que nous avons besoin de faire travailler nos artisans, nos PME et nos petites entreprises(...).

En outre, Monsieur le Président, le programme de la plupart de ceux qui ont été élus lors des régionales, qu'ils soient de droite ou de gauche, comportait la promesse de recourir chaque fois que cela était possible à l'allotissement pour faire vivre les tissus industriels locaux.

Enfin, les grandes entreprises sont celles qui emploient le plus de travailleurs détachés»

Monsieur Xavier Breton défendant un amendement restreignant le recours à la conception-réalisation et finalement adopté :

«.....cet amendement de M. Damien Abad tend à circonscrire le recours aux marchés publics globaux, notamment de conception-réalisation aux seuls projets qui le méritent, c'est-à-dire ceux qui d'une dimension exceptionnelle et d'une difficulté technique particulière. On sait en effet que le recours aux marchés publics globaux peut entraîner des dérives contraires aux intérêts des petites ou moyennes entreprises....»

Les FLOPS

Monsieur Sébastien DENAJA,

- sur le sujet capital de la suppression des offres variables :

Réponse laconique: *«Défavorable.»*

Ce qui fait réagir le Député Olivier MARLEIX : *«Merci pour cette réponse étayée»*

Si le débat devant l'Assemblée Nationale a été particulièrement décevant, l'examen du projet de loi devant le Sénat a été d'une remarquable qualité, constituant un grand moment de vie parlementaire.

Les amendements de la Commission des lois repris

Le texte en lui-même a été modifié après son passage en Commission des lois. En effet les modifications découlant de son premier examen ont été intégralement reprises, en particulier la suppression des offres variables. Toutefois cela a également entraîné l'abandon du seul amendement obtenu devant l'Assemblée Nationale visant à restreindre le recours aux marchés de conception-réalisation.

M. Macron déstabilisé

Devant le Sénat, Michel SAPIN ne maîtrisant nullement le sujet, avait laissé la place au vrai initiateur du texte, Emmanuel MACRON. Ce dernier, refusant toutes les modifications apportées par la Commission des lois, s'est borné à demander un retour au projet de loi initial et en particulier de rétablir le système des offres variables.

A l'unisson, majorité et opposition lui ont fait grief d'ignorer, voire de mépriser le travail de fond entrepris par le Sénat pour améliorer l'ordonnance.

Déstabilisé, le ministre a cependant été soutenu par de nombreux sénateurs mobilisés à l'appel des organismes HLM, tenant absolument à refuser toute contrainte.

Les offres variables supprimées

Deux sénateurs, aux visions assez proches, ont principalement animé le débat, André Reichardt (majorité) et Jean-Pierre Sueur (opposition).

André Reichardt, rapporteur initial du projet de ratification a permis l'amélioration du texte notamment par la suppression des offres variables et s'est fait le défenseur vigilant du travail parlementaire.

Jean-Pierre SUEUR, particulièrement attentif aux préoccupations de nos entreprises et conscient que la suppression des offres variables n'est pas suffisante pour parfaire l'ordonnance, a défendu avec panache et argumentation particulièrement étayée d'autres amendements visant à encadrer plus strictement les marchés globaux et notamment les PPP. Il a été soutenu par le sénateur Jacques MEZARD (qui avait reçu une délégation du SNSO conduite par son Président).

Jean-Pierre SUEUR, a aussi donné une véritable leçon de droit constitutionnel au ministre de l'économie ; qu'il en soit vivement remercié.

Finalement, au terme d'un véritable débat de fond, haletant et intense, le vote s'avérait serré. Il a donné lieu à trois scrutins publics et un vote par «assis-levé». La suppression des offres variables ainsi qu'une meilleure détection des offres anormalement basses ont été adoptées. Les autres amendements n'ont pas recueilli un suffrage suffisant, notamment celui restreignant l'usage des PPP.

Le débat au Sénat

• Sur l'allotissement

LES TOPS

Monsieur Éric Bocquet : «...les marchés publics globaux faisaient déjà l'objet de la loi Sapin I il y a vingt ans. Le problème est connu : ce sont les grandes entreprises intégrées du BTP qui en profitent le plus, et les pratiques encouragent la course au moins-disant social dans le contexte d'une explosion du recours aux travailleurs détachés - dont le Premier ministre vient de découvrir les inconvénients... Il faut légiférer avec ces éléments à l'esprit...»

Monsieur Philippe Bonnacarrère : «(...)La suppression du huitième alinéa exclurait la SNCF du régime commun des marchés publics. Or nous souhaitons l'obliger à allotir, pour offrir plus d'opportunités aux PME (...)»

Monsieur Martial Bourquin : «(...)Il faut bien sûr prendre en compte les intérêts des acheteurs publics, mais aussi l'impact sur l'économie de nos territoires. Plus on allotit, plus on favorise les TPE-PME, qui représentent 35 % du chiffre d'affaires des entreprises, mais 25 % des marchés publics. Or la commande publique, c'est 400 milliards d'euros !

Chez moi, dans le nord de la Franche-Comté, les TPE-PME ont été quasiment écartées d'un hôpital à 300 millions d'euros (...)»

• Sur les offres variables

LES TOPS

Monsieur André Reichardt : «Les offres variables ? Elles ne profiteront qu'aux grandes entreprises (...). Plus de 50 amendements ont été déposés sur cet article, cosignés par de nombreux collègues... C'est dire l'intérêt qu'il suscite. Monsieur le ministre, retirez vos amendements.»

Monsieur François Pillet, rapporteur : «...les offres variables, contraires au principe même de l'allotissement, sont défavorables aux PME ; les grands groupes peuvent proposer des prix de gros pour plusieurs lots et acquérir ainsi un avantage compétitif.»

Monsieur Jean-Pierre Sueur : « (...)Les professionnels du bâtiment ont insisté sur les offres variables : la règle du jeu n'est pas correcte.»

Monsieur André Reichardt : « (...)Les offres variables sont un chiffon rouge agité devant les yeux des PME. Les nombreux responsables de collectivité présents dans cet hémicycle le savent, on choisit souvent le moindre prix (...) Les offres variables vont aux seules entreprises générales (...)»

LES FLOPS

Monsieur Emmanuel Macron, ministre : «..... ce mécanisme d'offres variables est une souplesse ouverte

à l'acheteur, en conformité avec la directive, qui a pour finalité de stimuler la concurrence et de favoriser l'émergence d'offres plus compétitives. L'équilibre de la réforme est plus favorable aux PME, on ne saurait postuler que tout acteur de la commande publique ne cherche qu'à les stranguler (...)

Madame Marie-Noëlle Lienemann : «...Les offres variables ne sont pas défavorables aux PME et aux artisans, ils peuvent se regrouper ! Nous avons besoin de consolider le passage de la TPE à la PME, de la PME à l'ETI ; en un mot, à la structure qui durera parce qu'elle pourra concourir directement et absorber le choc de formation plutôt que de recourir à des travailleurs détachés. Nous n'avons pas intérêt à laisser les grands groupes tout prendre, mais nous n'avons pas non plus intérêt à laisser subsister des micro-entreprises hyper spécialisées.

J'ai toujours défendu l'artisanat dans le bâtiment ; c'est le soutenir que de l'obliger à se regrouper pour réduire les coûts de chantier (...)

• Sur les marchés globaux sectoriels

LES TOPS

Monsieur Jean-Pierre Sueur mettant en garde contre des dérogations excessives au droit commun : « L'article 35 de l'ordonnance procède de la même philosophie que celle de Mme Lagarde et M. Novelli: tout est urgent : la conception, la construction, l'entretien et la maintenance des gendarmeries, locaux de la police nationale, centres pénitentiaires, hôpitaux... Si tout relève de la procédure exceptionnelle, la procédure n'est plus exceptionnelle. Allégeons l'ordonnance, elle sera plus facile à digérer (...). Prolonger jusqu'en 2018 la possibilité pour un organisme HLM de globaliser sans motif un marché divisible en lot est de nature à évincer les TPE du bâtiment...»

LES FLOPS

Monsieur Éric Doligé défendant les marchés globaux sectoriels: «Les hôpitaux ou les universités sont des cas particuliers. Ceux qui les construisent le font une fois dans leur vie. Ce n'est pas leur métier.

• Sur les PPP

LES TOPS

Monsieur Jean-Pierre Sueur : «Le PPP est un mécanisme dérogatoire au droit commun de la commande publique, qui suscite la crainte légitime des PME et des petites entreprises artisanales. Il est préférable de restreindre son champ (...).

...Lorsque Philippe Seguin est venu ici pour la dernière fois présenter le rapport annuel de la Cour des comptes, il a dit que les partenariats public-privé étaient « le crédit revolving des collectivités territoriales ». J'ai fait un rapport transparent avec Hugues Portelli et nous avons examiné de très nombreux exemples. Il y a beaucoup de dérives : c'est très bien d'inaugurer un stade, ce sont les successeurs, voire les successeurs des successeurs, qui paieront la facture ! ».

Monsieur Jacques Mézard : « Une fois n'est pas coutume, le RDSE s'associe à une croisade du président Sueur. Les partenariats public-privé, utiles, doivent être maniés avec une grande prudence. On voit ici l'intérêt d'assemblées composées d'élus locaux capables de faire entendre au Gouvernement ce qui se passe sur le terrain ».

Monsieur Jean-Pierre Sueur : « Le Conseil constitutionnel a indiqué dans sa première décision sur les contrats de partenariat qu'il fallait considérer deux critères : l'urgence et la complexité.

(...) La loi Lagarde-Novelli a considéré que tout était urgent jusqu'en 2013. Le Conseil constitutionnel, par nous saisi, a supprimé cet artifice;

(...) Il ne s'agit pas de se priver d'outils mais de refuser leur généralisation quand ils excluent notoirement les TPE et les PME (...).

(...) Trois grands groupes sont souvent les seuls soumissionnaires aux contrats de partenariat, mes collègues du Loiret le savent bien. Ils recourent à des PME et à des artisans parce que des clauses le prévoient. Il leur arrive même de s'adresser à des entreprises locales - c'est bien vu. Le tout avec un certain paternalisme... Il suffit pourtant qu'une de ces petites structures refuse de travailler au prix proposé pour que les grands groupes se tournent aussitôt vers une autre. Ce n'est pas digne ! (...)

Monsieur Alain Vasselle soutenant un amendement qui relève le seuil de recours aux PPP :

« Cet amendement a toujours la même source d'inspiration, le rapport Portelli-Sueur... Celui de M. Bourquin, lui, notait que le montant moyen des contrats de partenariat s'élevait à 75 millions d'euros. Cet amendement propose de fixer le seuil à 30 millions d'euros tout en permettant, par voie réglementaire, de déterminer des seuils supérieurs en fonction des catégories de contrats envisagées».

LES FLOPS

Monsieur Philippe Bonnetcarrière défavorable au relèvement du seuil de recours aux PPP: «...Nous sommes nombreux à penser que les partenariats public-privé sont d'un maniement délicat, nous les jugeons néanmoins pertinents dans certains cas. Le Conseil constitutionnel a fixé les critères de complexité et d'urgence. Y ajouter un seuil de 52 millions d'euros, c'est une strangulation légale.....»

LA BALLE DANS LE CAMP D'UNE COMMISSION PARITAIRE MIXTE

Le Gouvernement ayant décidé d'une procédure d'urgence, le projet de loi ne donnera pas lieu à une nouvelle discussion devant l'Assemblée Nationale. L'adoption finale reviendra à une Commission Paritaire Mixte lors de la prochaine rentrée parlementaire.

La sagesse voudrait que cette Commission consacre un meilleur équilibre de l'ordonnance sur les marchés publics en reprenant au moins les améliorations introduites par chacune des deux assemblées : la restriction de l'usage de la conception-réalisation et la suppression des offres variables.