

**Projet d'ordonnance relative aux marchés publics
Observations du Conseil national de l'Ordre des architectes**

Première partie – Dispositions générales

1) L'absence de dispositions spécifiques à la maîtrise d'œuvre et l'absence de définition du concours

Projet ordonnance version avril 2015	Observations / Propositions
<p align="center">Procédures de mise en concurrence</p> <p align="center">Article 35</p> <p>Sous réserve des hypothèses dans lesquelles un marché public peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence ou passé selon une procédure adaptée quel que soit son montant, les marchés publics sont passés selon une procédure formalisée dans les conditions et selon les modalités fixées par voie réglementaire lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens. Les seuils européens sont repris dans un avis publié au <i>Journal officiel</i> de la République française. Une procédure adaptée est une procédure dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes mentionnés à l'article 1^{er}.</p>	<p>Cet article appelle plusieurs observations :</p> <p>1^{ère} observation : Le choix de la procédure à mettre en œuvre, qu'elle soit formalisée ou adaptée, dépend de la nature et de la spécificité des marchés.</p> <p>C'est un principe qu'il conviendrait de rappeler dans cet article. Cette précision est d'autant plus importante car l'ordonnance ne comprend aucune définition des procédures qui pourront être utilisées par les acheteurs. Ainsi le concours, qui figure dans la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 dans le titre III relatif aux systèmes spéciaux de passation des marchés, n'est évoqué à aucun moment dans ce projet.</p> <p>Selon une réponse écrite du Ministre de l'Economie, datée du 7 mai 2015, que nous a communiquée un parlementaire, « les conditions de recours à la procédure de concours ainsi que la description de son déroulement seront précisées dans les décrets d'application ».</p> <p>Notre crainte de la disparition du caractère obligatoire du concours n'en est aujourd'hui que plus fondée.</p> <p>L'introduction de règles plus contraignantes que celles prévues par les directives ne pourront pas être introduites au niveau du décret d'application si elles ne sont pas prévues dans l'ordonnance.</p> <p>Il en est ainsi de l'obligation de concours pour certaines catégories d'ouvrage, de l'obligation d'instituer un jury pour diverses procédures de sélection de maîtrise d'œuvre ou de consultation en conception réalisation, de l'obligation d'indemniser les prestations demandées à hauteur de 80 % de leur valeur.</p> <p>2^{ème} observation : Une procédure adaptée même si elle librement déterminée par l'acheteur public, doit être mise en œuvre selon des modalités</p>

déterminées par voie réglementaire.

La dernière phrase de l'article 35 renvoie pour aux principes définis à l'article 1^{er} de l'ordonnance. Ce renvoi n'apporte rien puisque les principes issus de cet article s'appliquent à tous les marchés publics. Il convient donc de supprimer et de s'inspirer d'une rédaction proche de celle de l'article 28 du CMP.

3^{ème} observation : Dans la 1^{ère} phrase de l'article 35 il est indiqué « ou passé selon une procédure adaptée quel que soit son montant », cette précision n'est pas claire, d'autant qu'une procédure adaptée n'est possible qu'en dessous des seuils européens, ce que l'article 35 ne rappelle pas. Cette rédaction va générer des confusions. Il conviendrait de supprimer les termes « quel que soit son montant »

4^{ème} observation : A l'instar de l'article 49 du CMP, il faudrait poser le principe selon lequel, quel que soit le montant du marché, toute demande de prestation impliquant un investissement significatif pour les candidats donne lieu au versement d'une prime.

Proposition

Modifier l'article 35 de la manière suivante :

Sous réserve des hypothèses dans lesquelles un marché public peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence ou passé selon une procédure adaptée, les marchés publics sont passés selon une procédure formalisée, dans les conditions et selon des modalités fixées par voie réglementaire, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens.

Ces modalités tiennent compte de la nature du besoin et de la spécificité des marchés.

Les seuils européens sont repris dans un avis publié au *Journal officiel* de la République française.

Une procédure adaptée est une procédure dont les modalités sont déterminées par l'acheteur, dans le respect des dispositions réglementaires, en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Quel que soit le montant du marché, toute demande de prestation impliquant un investissement significatif pour les candidats donne lieu au versement d'une prime.

Projet ordonnance version avril 2015	Observations / Propositions
	<p>Ajouter une Sous-section 3 pour le concours</p> <p>Le concours figure au titre III de la Directive, il est présenté comme un système spécial de passation de marché.</p> <p>L'article 1 de la directive précise par ailleurs que « 1. La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours, dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils établis à l'article 4 ».</p> <p>Le concours est donc clairement un instrument distinct des marchés publics.</p> <p>Or, le projet d'ordonnance ne l'évoque pas.</p> <p>Sauf à considérer que la France ne souhaite plus de concours, ce qui est impensable en particulier en matière de passation de marchés de maîtrise d'œuvre, l'ordonnance doit donc expressément viser le concours, en le distinguant des procédures de mise en concurrence, comme le fait la directive.</p> <p>Le concours crée une émulation qui a fait ses preuves en matière de qualité architecturale et en matière d'innovation, il a aussi ouvert l'accès à la commande pour la maîtrise d'œuvre. Il est en conséquence fondamental que le concours demeure obligatoire eu égard aux enjeux attachés à la réalisation des bâtiments publics et assimilés (logements) de demain qui doivent répondre aux exigences de développement durable et servir durablement la qualité.</p> <p>Proposition</p> <p>Créer une sous-section 3 et introduire un article 35 bis sur le concours :</p> <p>« Sous-section 3 : Systèmes spéciaux de passation de marchés</p> <p>Article 35 bis</p> <p>I. Le concours est la procédure qui permet aux acheteurs publics d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi après mise en concurrence et avis d'un jury.</p> <p>Les concours organisés dans le cadre d'une procédure aboutissant à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre sont rendus obligatoires par</p>

	<p>voie réglementaire pour la construction de certaines catégories d'ouvrages qui en raison de leur nature ou de leur importance présentent un enjeu en matière de qualité architecturale, de protection de l'environnement ou d'exigence sociale.</p> <p>Les prestations, objet d'un concours de maîtrise d'œuvre donnent lieu au versement d'une prime dans les conditions définies par voie réglementaire.</p>
	<p>Ajouter une Sous-section 4 pour les marchés de maîtrise d'œuvre</p> <p>L'ordonnance ne comprend aucune disposition spécifique relative aux marchés de maîtrise d'œuvre qui, semble-t-il, ne figureront qu'au niveau réglementaire.</p> <p>Or, l'introduction de règles plus contraignantes que celles prévues par les directives ne pourront pas être introduites au niveau du décret d'application si elles ne sont pas prévues dans l'ordonnance. Il en est ainsi de l'obligation de concours pour certaines catégories d'ouvrage, de l'obligation d'instituer un jury pour diverses procédures de sélection de maîtrise d'œuvre ou de consultation en conception réalisation, de l'obligation d'indemniser les prestations demandées à hauteur de 80 % de leur valeur.</p> <p>La vision libérale de la boîte à outil procédurale, à disposition de tous, pour tous les types ou nature d'achat, n'est pas un service à rendre aux maîtres d'ouvrage occasionnels qui seront tentés d'utiliser la procédure la plus simple, fut-elle inappropriée à la commande de maîtrise d'œuvre.</p> <p>L'économie qu'ils penseront réaliser sur le marché de maîtrise d'œuvre conduira en fait à un renchérissement beaucoup plus important du coût de l'ouvrage à construire puisque les moyens donnés à la maîtrise d'œuvre ne lui permettront pas de procéder à l'optimisation technique de l'ouvrage à réaliser. La qualité de l'ouvrage sera également en diminution du fait d'un temps réduit de présence sur le chantier.</p> <p>La commande de maîtrise d'œuvre est une commande complexe qui nécessite de surcroît le regard de professionnels et l'instauration d'un débat entre toutes les parties prenantes au sein d'un jury ou d'un comité de sélection ad hoc.</p>

	<p>Proposition : Créer une sous-section 4 et ajouter un article 35 ter</p> <p>Sous-section 4 : Marchés de maîtrise d'œuvre</p> <p>Article 35 ter Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission prévus par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée.</p> <p>Les procédures de passation de ces marchés et les conditions dans lesquelles les acheteurs publics sont tenus de constituer un jury sont déterminées par voie réglementaire. Ce décret définit également la composition et le rôle du jury pour chaque procédure.</p>
--	--

2) La généralisation des contrats globaux et l'indépendance de la maîtrise d'œuvre

Projet ordonnance version avril 2015	Observations / Propositions
<p>Section 4 : Marchés publics globaux</p> <p>Sous-section 1 : Marchés publics de conception-réalisation</p> <p>Article 28</p> <p>I. - Un marché public de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.</p> <p>Les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.</p> <p>II. – Pour la réalisation de logements locatifs aidés par l'État financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation, soumis à la loi du 12 juillet 1985 susvisée, les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés</p>	<p>1^{ère} observation : Jusqu'à la rédaction de ce projet d'ordonnance, les contrats globaux concernaient les contrats incluant le financement des opérations type PPP, BEA, AOT. C'est également sous cette acception qu'ils figurent dans l'article 42 de la loi de simplification. En utilisant les termes de « marchés publics globaux » pour les marchés de « conception réalisation » et de « marchés publics globaux de performance » pour les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, la rédaction de l'ordonnance n'est pas en cohérence avec l'article 42 de la loi de simplification ni avec l'article 18 de la loi MOP. Pour clarifier et rendre cohérent l'ordonnance avec le cadre législatif, nous demandons que soient conservées les terminologies actuelles des textes, et que les « marchés globaux » ne continuent à désigner que les différents marchés de partenariat.</p> <p>2^{ème} observation : L'indépendance de la maîtrise d'œuvre a toujours été un élément de garantie de la qualité technique et architecturale de la conception et de la réalisation d'un projet de construction. Il conviendrait de conforter cette indépendance en l'affirmant dans l'ordonnance et en renvoyant à un décret l'organisation des missions de maîtrise d'œuvre dans cette hypothèse.</p>

<p>d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux peuvent jusqu'au 31 décembre 2018 conclure, par dérogation au deuxième alinéa du I, des marchés publics portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.</p>	<p>Proposition : Compléter l'article 28-I de la manière suivante : Le groupement d'opérateurs économiques attributaire du marché comprend obligatoirement une équipe de maîtrise d'œuvre indépendante des équipes chargées de la réalisation. La mission de l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire.</p>
<p>Sous-section 2 : Marchés publics globaux de performance</p> <p>Article 28 bis</p> <p>Nonobstant les dispositions de l'article 28, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance 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 notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables.</p>	<p>L'article 28 bis dispense l'acheteur public, pour la passation des marchés publics globaux de performance, des règles contraignantes précisées à l'article 28.</p> <p>Or, ces marchés globaux de performance dès lors qu'ils associent la conception et la réalisation doivent respecter les conditions imposées par l'article 18-1 de la loi MOP, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 73 de l'actuel CMP rappelle les dispositions de l'article 18-1 de la loi MOP.</p> <p>La passation des marchés publics globaux de performance ne peut être dispensée du respect de ces dispositions, d'autant que l'article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification des entreprises n'a pas habilité le gouvernement à modifier la loi MOP.</p> <p>Dans sa rédaction actuelle, l'article 28 bis est contraire à la loi MOP. Il convient donc de remplacer les termes « nonobstant les dispositions de l'article 28 » par « dans le respect des dispositions de l'article 28-I ».</p> <p>Proposition : modifier l'article 28 bis <i>Dans le respect des dispositions de l'article 28-I, les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance 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 notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables.</i></p>

3) Allotissement

Projet ordonnance version avril 2015	Observations / Propositions
<p>Section 3 : Obligation d'allotissement</p> <p>Article 27</p> <p>I. – Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que de défense ou de sécurité sont passés</p>	<p>Même si la rédaction de l'article 27 a été améliorée, elle n'est toutefois pas encore satisfaisante car elle semble évacuer d'office la possibilité d'allotir pour les marchés globaux.</p> <p>Or, l'article 10 du CMP, prévoit que l'acheteur,</p>

en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. **A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots.** Ils peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils estiment que la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement **plus** coûteuse l'exécution des prestations ou encore s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Les offres sont appréciées lot par lot. Toutefois, l'acheteur peut autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

II. – Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer un marché public, il motive son choix selon des modalités fixées par voie réglementaire.

lorsqu'il décide d'allouer, doit tenir compte des règles applicables à certaines professions (par exemple la profession réglementée d'architecte). Cette obligation s'applique aux contrats de conception-réalisation y compris lorsqu'ils comprennent l'entretien et la maintenance, l'acheteur devant distinguer à minima, la conception de la réalisation. Il convient donc de compléter cet article.

Nous regrettons également que l'article 27 ne reprenne pas les dispositions du 3^{ème} alinéa de l'article 10 du CMP qui imposent d'identifier les prix respectifs de la construction et de la maintenance dans le marché global afin de se prémunir d'un dumping sur les prix.

Proposition : modifier l'article 27 de la manière suivante

1) Modifier le paragraphe 27-I

I. Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes, les marchés publics sont passés en lots séparés, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions.

Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils estiment que la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ou encore s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

2) Ajouter un paragraphe III rédigé de la manière suivante :

Article 27-III : Si les acheteurs publics recourent à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'ils recourent à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction.

Deuxième partie – Dispositions spécifiques aux marchés de partenariat

Projet ordonnance version avril 2015	Observations / Propositions
<p>DEUXIEME PARTIE :</p> <p>DISPOSITIONS SPECIFIQUES AUX MARCHES DE PARTENARIAT</p>	
<p style="text-align: center;">TITRE IER :</p> <p style="text-align: center;">DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION</p> <p style="text-align: center;">Article 59</p> <p>I. – Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :</p> <p>1° La construction, la transformation, la rénovation ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général;</p> <p>2° Tout ou partie de leur financement.</p> <p>II. – Cette mission globale peut également avoir pour objet :</p> <p>1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;</p> <p>2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;</p> <p>3° La gestion d'une mission de service public pour le compte de la personne publique ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.</p> <p>III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat.</p>	<p>L'article 59 du projet d'ordonnance fait la synthèse de la définition du contrat de partenariat issue de l'ordonnance 2004-559 du 6 de juin 2004 et des baux emphytéotiques (article L1311-2 du CGCT, etc.).</p> <p>Cet article comporte toutefois des différences importantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels font partie de la mission globale confiée dans le cadre d'un contrat de partenariat alors qu'ils deviennent optionnels dans l'article 59. - Dans un contrat de partenariat, la personne publique peut participer en tout ou partie au financement du CP <u>à l'exception de toute participation au capital.</u> <p>1^{ère} observation :</p> <p>Dans leur rapport sur les partenariats publics-privés du 16 juillet 2014, les sénateurs Jean-Pierre Sueur et Hugues Portelli préconisent « <i>d'exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ d'application de ces contrats et d'organiser la concurrence pour leur passation sur la base d'un projet architectural préalablement défini et adopté</i> ».</p> <p>Il conviendrait donc de modifier le 1° de l'article 59-II pour exclure la conception des ouvrages et équipements de la mission globale.</p> <p>2^{ème} observation :</p> <p>Le caractère facultatif de « l'aménagement, l'entretien, la maintenance, ... » vide de son sens la notion de contrat de partenariat qui est de concevoir un contrat global avec une prise en compte des enjeux de maintenance des bâtiments ou équipements, permettant une rémunération sur performance.</p> <p>Le contrat de partenariat a été justifié par la volonté d'assurer une meilleure intégration des phases conception/ construction/ exploitation, étroitement liées pour permettre une baisse des coûts des services rendus sur la durée du contrat ; ce caractère global est le gage d'un ouvrage de qualité.</p>

En n'incluant plus la maintenance, tous les risques liés à la performance énergétique seront cristallisés sur les concepteurs.

Le fait que l'exploitation soit sortie du marché de partenariat, aboutit à un partage de responsabilité plus défavorable au concepteur, du fait de l'absence du mainteneur dans la société titulaire.

Il conviendrait donc de supprimer le 2° de l'article 59-II pour que ces missions d'exploitation/maintenance relèvent obligatoirement du marché de partenariat.

3^{ème} observation

La participation de la personne publique au capital de la société attributaire du marché de partenariat va générer de nombreux problèmes.

Dans un avis du 1^{er} décembre 2009, le conseil d'Etat a émis des réserves sur la possibilité d'introduire dans le droit français une formule de « partenariat public privé institutionnalisé » (PPPI) prenant la forme de la constitution de sociétés où se trouveraient associés les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs choisis par eux (Conseil d'Etat, Section de l'administration, avis n°383264). Il a notamment évoqué les inconvénients liés à l'indétermination accrue dans l'attribution des responsabilités en cas de litige sur l'exécution du contrat, le fait que le conflit d'intérêt serait inévitable au cas où le pouvoir adjudicateur serait amené à agir contre un cocontractant dont il serait actionnaire et co-décisionnaire (paragraphe 1.2 de l'avis du Conseil d'Etat).

Il conviendrait donc de réintroduire l'interdiction pour l'acheteur public de participer au capital de la société attributaire, en modifiant le paragraphe 2° de l'article 59-I.

Proposition : l'article 59 est modifié de la manière suivante

I. – Un marché de partenariat est un marché qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général, ainsi qu'à leur aménagement, leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion ;

2° Tout ou partie de leur financement, à l'exception de toute participation au capital.

	<p>II. – Cette mission globale peut également avoir pour objet :</p> <p>1° Tout ou partie de la conception de biens immatériels, à l'exclusion de la conception d'ouvrages ou d'équipements ;</p> <p>2° La gestion d'une mission de service public pour le compte de la personne publique ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.</p> <p>III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'utilisateur de prestations exécutées en vertu du contrat.</p>
<p style="text-align: center;">Article 61</p> <p>Lorsque l'acheteur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception de l'ouvrage, il peut lui-même, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume.</p>	<p>Dans leur rapport sur les partenariats publics-privés, les sénateurs Jean-Pierre Sueur et Hugues Portelli préconisent « <i>d'exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ d'application de ces contrats et d'organiser la concurrence pour leur passation sur la base d'un projet architectural préalablement défini et adopté</i> »</p> <p>Proposition principale : modifier l'article 61 de la manière suivante :</p> <p>Pour les ouvrages de bâtiment et d'infrastructure, le marché de partenariat est passé sur la base d'un projet d'architecture préalablement défini et adopté.</p> <p>Observation subsidiaire : Dans l'hypothèse où la conception ne serait pas exclue des marchés de partenariat, reprendre les principes posés par les articles 12 et 14 de l'ordonnance du 17 juin 2004.</p> <p>En effet, la rédaction de l'article 61 n'est toujours pas complète car elle ne reprend un principe essentiel posé par les articles 12 et 14 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat qui encadrent les conditions de passation de ces contrats lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au cocontractant.</p> <p>Ainsi, toutes les clauses destinées à favoriser la qualité des ouvrages, figurant, pour les marchés de l'État, dans l'article 12 de l'ordonnance de 2004, disparaissent, sauf son dernier alinéa. Ces conditions figurent dans les mêmes termes à l'article L 1414-13 du CGCT (rédigé conformément à l'article 14 de l'ordonnance de 2004).</p> <p>Il convient de rappeler que ces dispositions ont été le fruit d'une très longue négociation des maîtres d'œuvre avec les pouvoirs publics en 2003 et 2004.</p>

	<p>Il est donc essentiel de compléter l'article 61 pour intégrer ces obligations, d'autant qu'elles ont valeur législative.</p> <p>Par ailleurs, pour évaluer au mieux les besoins en investissement et par conséquent assurer la qualité de l'ouvrage et sa conformité aux besoins du partenaire public, il faut que l'offre comporte obligatoirement un projet technique et économique. Il conviendrait donc de le préciser.</p> <p>Proposition subsidiaire : Modifier l'article 61 de la manière suivante :</p> <p>Lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au cocontractant, les dispositions suivantes sont applicables:</p> <p>a) Parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels et du suivi de leur réalisation ;</p> <p>b) Les offres comportent nécessairement un projet technique et économique ;</p> <p>c) Les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ;</p> <p>d) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.</p> <p>Lorsque la personne publique ne confie au cocontractant qu'une partie de la conception des ouvrages, elle peut elle-même, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume.</p>
<p>L'article 67 qui prévoyait l'instauration d'un seuil au-dessous duquel il n'était pas possible d'avoir recours aux marchés de partenariat ne figure plus dans ce projet d'ordonnance.</p>	<p>L'article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification des entreprises définit le champ d'habilitation du gouvernement dans le cadre de la transposition des directives et de la refonte des contrats globaux.</p> <p>Ainsi, l'article 42-I précise que :</p> <p><i>« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi (...) :</i></p> <p><i>4o Prévoyant pour les contrats globaux:</i></p> <p><i>a) Les modalités d'élaboration des évaluations préalables à leur passation afin de renforcer la sécurité juridique et financière de ces contrats;</i></p>

	<p><i>b) Les conditions de recours et de mise en œuvre de ces contrats de nature à circonscrire leur utilisation;</i> <i>c) La fixation d'un seuil financier à partir duquel le recours à un contrat global est possible; (...) »</i></p> <p>Cet article fixe donc des objectifs précis au gouvernement, dans un cadre contraignant auquel il ne peut déroger.</p> <p>Force est de constater que deux objectifs ont clairement été « oubliés » dans ce projet d'ordonnance :</p> <ul style="list-style-type: none"> - aucune disposition du projet ne vise à circonscrire l'utilisation des contrats globaux, - l'article 67 du projet initial qui prévoyait le seuil financier à partir duquel le recours à un contrat global était possible a été supprimé. Il convient de rappeler d'ailleurs que le législateur n'a pas entendu réserver ce seuil à une catégorie particulière d'opérations mais à prévu un seuil généralisé. <p>Proposition : réintroduire l'article 67 du projet prévu par la version initiale du projet d'ordonnance « Un marché de partenariat ne peut être conclu pour la réalisation d'une opération dont la valeur estimée hors taxe est inférieure à un montant fixé par décret ».</p>
--	--

Projet ordonnance version avril 2015	Observations / Propositions
<p style="text-align: center;">Article 68</p> <p>La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'évaluation préalable démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui d'autres contrats de la commande publique. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par voie réglementaire.</p>	<p>L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour l'Etat (et l'article L.1414-2 du CGCT) définissent les critères de recours au contrat de partenariat.</p> <p><i>« II. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :</i></p> <p><i>1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;</i></p> <p><i>2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible;</i></p> <p><i>3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».</i></p>

L'article 68 ne conserve que le seul le critère de l'efficacité économique.

1) La rédaction de l'article 68 est contraire aux principes énoncés par le Conseil Constitutionnel.

- Dans sa décision 2003-473 DC du 23 juin 2003, il a précisé que « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé»

- Dans sa décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004, le Conseil Constitutionnel précise de nouveau que « l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs ; qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle que, comme l'énonce le a) des deux articles critiqués, la personne publique n'est pas objectivement en mesure 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 »

2) Cette rédaction est en contradiction avec les recommandations formulées par messieurs Sueur et Portelli, dans leur rapport d'information sur les partenariats publics-privés.

Les 3 premières recommandations de leur rapport consistent en effet à :

- préciser la définition du critère de complexité pour le restreindre à la complexité intrinsèque du projet

- préciser la définition du critère de l'urgence pour éviter que l'acheteur public puisse se prévaloir de sa propre turpitude pour justifier le recours au contrat de partenariat

	<p>- supprimer le critère de l'efficacité économique qui présente un caractère très arbitraire en raison de la définition très large qu'il recouvre. Ces recommandations visaient à revenir aux critères initiaux validés par la jurisprudence constitutionnelle.</p> <p>3) L'article 68 ne tient pas compte des observations formulées dans le rapport de la mission nationale d'évaluation de l'opération campus (juillet – octobre 2012), présidée par M Roland Peylet.</p> <p>Proposition : modifier l'article 68 de la manière suivante :</p> <p>La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'évaluation préalable démontre que, compte tenu de la complexité du projet, le pouvoir adjudicateur n'est pas objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence.</p>
<p>CHAPITRE IER : FINANCEMENT DES INVESTISSEMENTS Article 73</p> <p>I. – Une personne publique peut concourir au financement des investissements.</p> <p>II. – Les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat.</p> <p>III. – Le concours de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics au financement des investissements peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société. Dans ce cas, les statuts de cette société précisent la répartition des risques entre les actionnaires ainsi que les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêt.</p>	<p>Les principes posés par l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat sont remis en cause, le paragraphe III de l'article 73 prévoyant expressément que le concours de l'Etat ou la collectivité peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire.</p> <p>En effet, pour les contrats de partenariat, les modalités de financements sont précisées :</p> <ul style="list-style-type: none"> - pour l'Etat, à l'article 1er de l'ordonnance de 2004: l'Etat peut confier que tout ou partie du financement à l'exception de toute participation au capital - pour les collectivités, à l'article L.1414-1 du CGCT: la collectivité peut confier tout ou partie du financement, à l'exception du toute participation au capital, ajoutant que, toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret (l'article D.1414-9 du CGCT fixe un seuil supérieur à 40 millions d'euros hors taxes). <p>Les limites à la participation au financement par la personne publique doivent figurer dans l'ordonnance, ce sont des principes d'ordre législatif.</p>

	<p>Proposition</p> <p>L'article 73 est modifié de la manière suivante : Supprimer le paragraphe III et modifier le paragraphe I pour imposer l'obligation d'un financement majoritaire par la titulaire du contrat, sous réserve du montant du seuil défini à l'article 67.</p> <p>Article 73</p> <p>I. Une personne publique peut concourir au financement des investissements. Le financement définitif d'un projet doit toutefois être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret.</p> <p>II. Les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat.</p>
<p>Article 81 bis</p> <p>Le marché de partenariat peut prévoir une clause indemnitaire spécifique, réputée divisible du contrat, ou un accord indemnitaire distinct permettant au titulaire, en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, de prétendre, après déduction des éventuelles pénalités, des réfections résultant de ses manquements contractuels, du préjudice subi par la personne publique et de toute autre somme prévue par les parties, au remboursement des dépenses, directes et indirectes, qu'il a exposées pour l'exécution du contrat et qui ont été utiles à l'acheteur.</p> <p>Sauf mention contraire des parties, cette clause ou cet accord indemnitaire conserve ses effets nonobstant l'annulation, la résolution ou la résiliation du contrat.</p>	<p>Cet article a été créé spécialement pour protéger les intérêts des titulaires d'un marché de partenariat qui serait annulé ultérieurement par une décision du tribunal administratif, ce dernier pouvant désormais assortir la décision d'annulation de la procédure de passation d'un marché de partenariat de l'annulation du contrat lui-même.</p> <p>Les dispositions prévues par cet article sont du domaine contractuel.</p> <p>En cohérence avec les principes adoptés par les rédacteurs du projet d'ordonnance, cet article n'a pas sa place au niveau législatif.</p> <p>Il s'agit d'une nouvelle clause à prévoir dans la liste des clauses qui doivent figurer dans un marché de partenariat, cette liste étant définie désormais par voie réglementaire puisque le projet d'ordonnance ne reproduit pas l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004 qui a justement pour objet de définir la liste des clauses qui doivent nécessairement figurer dans un contrat de partenariat !</p> <p>Proposition : supprimer cet article</p>

Autres observations concernant la Première partie – Dispositions générales

Projet ordonnance version avril 2015	Observations / Propositions
<p style="text-align: center;">CHAPITRE II : PROCEDURE DE PASSATION</p> <p style="text-align: center;">Section 1 : Évaluation du mode de réalisation du projet</p> <p style="text-align: center;">Article 33</p> <p>Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité portant sur des investissements dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire [montant envisagé : 100 000 000 € HT], l'acheteur réalise, avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte notamment une analyse en coût complet ainsi que tout élément pertinent permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet.</p>	<p>La notion de coût complet a été maintenue dans le texte alors qu'elle ne fait l'objet d'aucune définition connue. C'est la notion de coût global hors taxe qui figure dans l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariats.</p> <p>Par ailleurs il conviendrait de préciser que les modalités de réalisation de l'évaluation sont définies par voie réglementaire.</p> <p>Proposition : Modifier la dernière phrase de l'article 33 Cette évaluation, dont les modalités de réalisation sont définies par voie réglementaire comporte notamment une analyse en coût complet ainsi que tout élément pertinent permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. La notion de coût complet est définie par voie réglementaire.</p>
<p>Sous-section 6 : Hypothèse des groupements d'opérateurs économiques et des sous-traitants</p> <p>Article 43</p> <p>I. – Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.</p> <p>II. – Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant.</p> <p>Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou, en cas de groupement, par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion de la procédure.</p>	<p>Le dispositif proposé dans l'article 43 n'est toujours déclenché qu'à l'initiative de l'acheteur public.</p> <p>Or, il appartient au mandataire dans le cas d'un groupement et au candidat dans le cas d'un sous-traitant de proposer le remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion. Dans ce cas, le délai de 10 jours devrait s'appliquer à la réponse de l'acheteur public à compter de la réception de cette demande, à défaut de quoi le cotraitant ou le sous-traitant est réputé accepté par acheteur public.</p> <p>Par ailleurs, il n'est question que des motifs d'exclusions au sens de l'ordonnance sans envisager les défaillances autres (par exemple : liquidation).</p> <p>Proposition: Reprendre la rédaction de l'article 51-V du CMP.</p> <p>La composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander à l'acheteur public l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation de l'acheteur public un ou</p>

	<p>plusieurs sous-traitants. L'acheteur public se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.</p>
<p style="text-align: center;">Section 7 : Choix de l'offre Sous-section 1 : Critères d'attribution Article 45</p> <p>I. – Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.</p> <p>Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 31.</p> <p>II. – Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence.</p>	<p>L'article 67 de la directive dispose que « <i>les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés</i> ».</p> <p>L'utilisation du seul critère prix ou coût est un réel problème pour l'attribution de certains marchés. La jurisprudence du Conseil d'Etat a d'ailleurs expressément restreint son utilisation à des travaux standardisés, il considère que « le prix ne peut être l'unique critère de choix que dès lors que les prestations à réaliser ne sont pas de nature complexe ».</p> <p>La directive permet désormais de limiter l'utilisation de l'unique critère de prix, il faut donc le préciser dès l'ordonnance.</p> <p>Proposition : Compléter l'article 45 par un IIIème paragraphe rédigé de la manière suivante : <i>III. L'utilisation du seul critère du prix est limitée aux achats de fournitures courantes, standardisées.</i></p>
<p>Section 8 : information des candidats et soumissionnaires évincés Article 47</p> <p>Le choix des acheteurs à l'issue de la procédure de passation est communiqué aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue.</p>	<p>Les modifications apportées à cet article ne sont pas suffisantes pour assurer le droit de recours des candidats et soumissionnaires.</p> <p>Tel qu'il est rédigé, l'acheteur n'informe qu'à l'issue de la procédure de passation en ne distinguant pas si la procédure est ouverte ou restreinte. Or, en cas de procédure restreinte, les candidats doivent être informés du rejet de leur candidature dès ce stade et pas au moment de l'attribution du marché.</p> <p>Par ailleurs, il est nécessaire de communiquer les motifs du rejet, qui permettent aux candidats d'être informés de manière complète.</p> <p>Enfin, en cohérence avec les autres articles de l'ordonnance, il convient de renvoyer à la voie réglementaire les modalités de mise en œuvre de ces dispositions.</p>

	<p>Proposition : Modifier l'article 47 de la manière suivante :</p> <p>Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, en indiquant les motifs de ce rejet. La forme, le contenu de cette information, ses délais et ses effets sont fixés par voie réglementaire.</p>
<p>Suppression de l'article 52 qui prévoyait que « Les sommes dues en exécution d'un marché public sont payées conformément aux dispositions du titre IV de la loi du 28 janvier 2013 susvisée ».</p>	<p>La suppression de cet article ne se comprend que si le titre IV de la 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 est expressément citée dans le visa de l'ordonnance.</p>
<p>CHAPITRE III : MODIFICATION DU MARCHÉ PUBLIC</p> <p>Article 56</p> <p>Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Toutefois, ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public.</p> <p>Lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur.</p> <p>(suppression article 57 du projet initial relatif à la résiliation)</p>	<p>Dans nos propositions suite à la concertation, nous avons notamment demandé qu'il soit tenu compte de la spécificité des marchés de maîtrise d'œuvre.</p> <p>Ainsi, l'article 19 du CMP définit les conditions requises pour la détermination du prix définitif dans les marchés passés à prix provisoires. De même, le décret n° 93-1268 (article 30 III) prévoit que les prestations complémentaires rendues nécessaires par une modification de programme doivent être incorporées dans un avenant « qui arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux concernés par cette modification, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les modalités de son engagement sur le coût prévisionnel »</p> <p>La plupart des marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires (voir article 29 du décret n° 93-1268) comme l'a rappelé le guide Prix de la DAJ.</p> <p>L'ensemble des clauses de détermination de la rémunération définitive, prévu dans les documents de marché initiaux, présente les caractéristiques de clauses de réexamen, au sens de l'article 72 de la directive.</p> <p>Nous insistons donc sur l'importance de préciser dans le prochain décret que « Pour les marchés de maîtrise d'œuvre soumis à la loi 85-704 du 12 juillet 1985, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel assorti d'un seuil de tolérance, sur lesquels s'engage le maître d'œuvre, les conséquences, pour celui-ci, des engagements souscrits et les prestations complémentaires rendues nécessaires en cas de modification de programme sont des clauses de réexamen ».</p>

Les marchés publics exclus

Plusieurs articles du projet d'ordonnance d'avril 2015 (art. 14 à 18) précisent les situations dans lesquelles les acheteurs échappent aux règles de la commande publique pour leurs achats publics (quasi-régie, coopération entre pouvoirs adjudicateurs, contrats attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée ou à une coentreprise, contrats subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs).

- Il en résulte une réduction du champ d'activité des professionnels privés, et cette contraction, qui entraîne déjà des pertes d'emploi, va brider gravement leur potentiel de recherche et développement et commence à nuire à leurs capacités d'exportation.
- En outre, les nouvelles règles autorisent ces structures publiques ou parapubliques (jusqu'à 20 % de leur activité) à concurrencer déloyalement les professionnels privés, ce qui déstabilisera encore plus ces derniers.
- A propos de cette réduction de leur champ d'activité, les professionnels privés français sont dans une situation plus dangereuse que leurs homologues d'autres pays européens (qui eux-aussi, transposent les directives), car depuis des décennies, la France n'a cessé de créer des entités publiques ou parapubliques (et tout dernièrement les SPLA, SPL, SEMOP, etc.) susceptibles d'accomplir, en lieu et place des professionnels privés, toutes sortes d'activités.

De ce bouleversement, il ne résultera évidemment aucune création d'emplois, et le secteur des prestataires intellectuels, de l'ingénierie privée, qui offrait de fortes qualifications et des références de toutes tailles, risque de s'étioler au détriment du savoir-faire français et de ses capacités d'innovation.

Par ailleurs, s'il est vrai que ce type de marchés, pour lesquels les entités publiques ou parapubliques doivent conclure une convention, est une exception au principe de mise en concurrence, ce marché reste une commande de prestation à titre onéreux avec utilisation de deniers publics.

Nous sommes donc bien dans le champ de la commande publique et il est donc nécessaire que ses règles soient appliquées notamment l'égalité de traitement, le libre accès à la commande, la transparence et la bonne utilisation des deniers publics.

Nous proposons donc de ne pas exclure ce type de marchés du champ d'application de l'ordonnance mais d'y consacrer un chapitre spécifique permettant de rappeler les grands principes qui leur sont applicables et de renvoyer à des dispositions réglementaires leur encadrement.

Ces dispositions permettraient de sécuriser les maîtres d'ouvrage dans l'utilisation de ce type de contrat avec des procédures claires et introduites dans un seul texte. Par ailleurs cela permettrait d'éviter les dérives potentielles liées à ce genre de contrats qui bénéficient pour le moment d'une relative opacité et d'un contrôle quasi inexistant (contrôle de légalité par exemple sur les conventions signées).

Il serait également nécessaire d'exiger des collectivités territoriales une totale transparence lorsqu'elles concluent de telles commandes hors du champ concurrentiel : il conviendrait que ces commandes soient recensées (car il s'agit toujours d'achats publics) afin de pouvoir en faire l'inventaire, comme l'OEAP le fait pour les marchés publics soumis aux règles de la commande publique.