



LAPISARDI  
AVOCATS



**Retour sur le colloque MEDEF sur la commande publique du 18 janvier 2018 :  
l'achat public au cœur de l'économie, un indispensable partenariat entre acheteurs  
et entreprises**



**Introduction du colloque par Emmanuelle Perron (présidente du pôle droit public de l'entreprise au MEDEF) et Gilles de Bagnaux (président du comité de la commande publique du MEDEF)**

La commande publique est au cœur de notre économie. Les contrats de la commande publique sont profitables aux acheteurs publics mais également aux opérateurs économiques.

La commande publique a une certaine attractivité pour les opérateurs économiques même si les PME et TPE en sont encore trop écartées. Par ailleurs, la commande publique n'est pas qu'un instrument économique, elle permet également de véhiculer des exigences sociales et environnementales.

Cette matinale est l'occasion de faire le point sur la commande publique après les importantes réformes qui ont modifié le paysage de l'achat public. De même, c'est l'occasion d'échanger entre techniciens de la commande publique afin de tirer un maximum d'opportunités des textes.



Le MEDEF est investi dans cette mission de performance de la commande publique notamment grâce au comité de la commande publique qui a pour mission d'accompagner les entreprises dans la compréhension de la commande publique, et d'aider les praticiens (des grands groupes aux TPE).

A cet effet, le MEDEF a publié un guide pratique à destination des entreprises, intitulé « les bonnes pratiques partagées dans les marchés publics » :

- [Guide des bonnes pratiques partagées dans les marchés publics du MEDEF](#)

## Présentation des projets de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances (DAJ)

---

Laure Bédier, directrice des affaires juridiques au ministère de l'économie et des finances et Benoit Dingremont, sous-directeur du droit de la commande publique à la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances ont indiqué que la DAJ mène actuellement trois chantiers majeurs concernant la commande publique :

**1. La codification des règles de la commande publique (fin année 2018)** : le but est d'aboutir à un corpus simplifié tout en assurant la sécurité de la passation et de l'exécution des contrats de la commande publique. Le projet sera envoyé au Conseil d'Etat, pour avis, en juillet 2018. Ce projet est suivi par une association d'expert (le cercle des experts). Le choix a été fait de partir sur une structure classique avec une partie législative et une partie réglementaire. Par ailleurs, la première partie du code sera consacrée aux marchés publics alors que la seconde sera consacrée aux concessions. Les règles particulières liées au secteur des transports n'y figureront pas tout comme celles liées au CAO (CGCT).

**2. La transformation numérique de la commande publique (octobre 2018)** : la dématérialisation sera obligatoire pour les marchés publics et facultative, dans un premier temps, pour les concessions. La DAJ insiste bien sur les gains espérés de cette dématérialisation à savoir environ 392 euros par procédure de passation, sans pouvoir chiffrer précisément son coût. Par ailleurs, les acheteurs seront obligés de s'équiper d'un profil d'acheteur et de publier les données essentielles de leur profil.

La DAJ a mis en place un plan d'accompagnement pour la dématérialisation :

Le plan s'articule autour de trois axes – la simplicité, la lisibilité et l'exemplarité -, et comporte dix mesures :

1. Rendre obligatoire la dématérialisation de l'ensemble de la procédure de passation des marchés publics de plus de 25 000 euros hors taxes, dès octobre 2018.
2. Encourager la mutualisation des profils d'acheteurs et élargir les services rendus.
3. Imposer les fonctionnalités minimum des profils d'acheteurs.
4. Simplifier les rubriques obligatoires des avis de publicité, limiter la publicité aux seules rubriques renseignées et systématiser l'avis d'attribution (ou de non attribution).
5. Créer des formulaires nationaux électroniques, généralisés et standardisés et notamment par le Document unique de candidature – dans sa version européenne (Dume) ou dans une version nationale (Dum) qui reprendra toutes les fonctionnalités du MPS et qui sera très nettement simplifié par rapport au DUME. La première version est attendue pour avril 2018.
6. Généraliser la réponse électronique aux marchés publics avec le Siret.

7. Développer l'usage des certificats d'identification/authentification et de signature électronique et adapter et proportionner le niveau de sécurité des certificats électroniques aux besoins de la commande publique.
8. Adopter des mesures de simplification tendant à diminuer la charge administrative des entreprises.
9. Renforcer l'efficacité de la commande publique en publiant les données relatives aux marchés publics.
10. Mettre en place et promouvoir un archivage sûr.

**3. Faciliter l'accès des TPE et PME** notamment grâce à une mission confiée au médiateur des entreprises chargé de collecter un retour opérationnel de la part des opérateurs économiques

## **Table ronde n°1 : Le sourcing, un outil aux services d'une innovation partagée**

---

*-Alain Bénard (président de l'Association des acheteurs publics)*

*-Didier-Arnaud Boréa (directeur général adjoint, Eurosit)*

*-Jacques-Olivier Boudin (directeur juridique, Pomona)*

*-Lionel Rafalowicz (directeur commercial grands comptes, Lenovo)*

*-Christophe Mérienne (responsable juridique, Egis)*

Christophe Mérienne, a rappelé qu'une des nouveautés de la réforme est relative à la possibilité de recourir pour les acheteurs publics, au sourcing. Cette technique consiste à pouvoir réaliser des études et échanges préalables sur le fonctionnement d'un marché déterminé. Cela permet une meilleure identification des besoins de l'acheteur et une meilleure structuration de l'achat. Il s'agit donc d'une démarche active avant le lancement des procédures de passation.

Tant du côté des acheteurs publics, représentés par Alain Bénard (président de l'Association des acheteurs publics) que des opérateurs économiques, représentés par Didier-Arnaud Boréa (directeur général adjoint d'Eurosit), Jacques-Olivier Boudin (directeur juridique de Pomona) et Lionel Rafalowicz (directeur commercial grands comptes de Lenovo), on se satisfait de cette nouveauté.

Alain Bénard n'a pas hésité à rappeler que les acheteurs publics ne sont pas habitués à cette démarche et devront dès lors se l'approprier. Il s'agit bien d'organiser des rencontres, des dialogues avec les opérateurs économiques. Les collectivités vont donc devoir mettre en place des dispositifs et des moyens techniques et humains pour bénéficier de cette technique de perfectionnement de l'achat public. Même si on peut s'interroger sur la mise en œuvre pratique de cette technique pour les plus petites collectivités territoriales.

A l'inverse, pour Jacques-Olivier Boudin, cette technique est connue dans le secteur privé, il s'agira juste de l'adapter à une relation avec des acheteurs publics.

Didier-Arnaud Boréa s'est satisfait de cette nouveauté tant l'absence de sourcing avec les acheteurs publics était vécue comme une véritable frustration au regard des parts de marchés en jeu.

Pour Lionel Rafalowicz, le sourcing avec les acheteurs publics est donc perçu comme une véritable opportunité permettant de développer son activité. Une nouveauté d'autant mieux accueillie dans le secteur du high-tech dans lequel les choses évoluent très vite, et où l'adaptation rapide est de rigueur, même si, pour Jacques-Olivier Boudin, le sourcing peut aussi jouer un rôle concernant des besoins plus ordinaires (exemple : des fruits de bonne qualité et murs dans les hôpitaux).

Tous les intervenants se sont entendus sur le fait que le sourcing doit toutefois être particulièrement encadré :

- le dialogue ne doit pas être précipité mais doit permettre de nouer une relation de confiance certaine entre un acheteur public et un opérateur économique
- la formulation optimale des besoins nécessite un dialogue bien en amont d'une procédure de passation
- la nécessité de mettre en place des rencontres encadrées entre acheteur et opérateur (exemple : mettre en place des chartes de bonnes pratiques,...) afin de respecter au mieux l'exigence de traçabilité

## **Table ronde n°2 : L'équilibre contractuel en commande publique, est-ce possible ?**

---

*-Laurent Bougard (juriste, Transdev)*

*-Yves Gaudemet (professeur des universités, Paris 2)*

*-Maitre Sophie Lapisardi (avocat au Barreau de Paris, Lapisardi Avocats)*

*-Marie Eiller-Chapeaux (directrice des affaires juridiques et européennes, Fédération Nationale des Travaux Publics)*

Marie Eiller-Chapeaux, s'est interrogée sur la question de l'équilibre contractuel aujourd'hui.

La commande publique est un mode d'intervention et de régulation de l'économie. Elle recoupe donc tant des aspects juridiques qu'économiques.

L'achat public repose sur un contrat atypique où 3 parties sont en jeu :

- L'acheteur (Etat, collectivités, EPIC...) qui doit respecter les règles de la commande publique
- Les entreprises candidates pour lesquelles le marché proposé doit être suffisamment attractif, cela suppose aussi que le transfert des risques du public vers le privé puisse être suffisamment connu et maîtrisé dans l'offre des entreprises et au cours de l'exécution.
- L'utilisateur-contribuable qui bénéficie d'un service ou d'un bien mis à sa disposition par la collectivité.

Le professeur Yves Gaudemet a rappelé qu'historiquement, la commande publique prime sur le contrat administratif qui n'en est qu'une modalité particulière. C'est un moyen, parmi d'autres, pour l'administration de réaliser et de satisfaire les besoins d'intérêt général. La passation des marchés correspond ainsi à une procédure administrative de nature réglementaire.

Aujourd'hui, sous l'impulsion de l'Europe, c'est l'acte de commande publique qui doit se loger dans la forme du contrat. Et c'est d'ailleurs dans ce cadre que se situe désormais la négociation contractuelle.

Interrogée à cet effet sur la pratique de la négociation, Sophie Lapisardi, avocat au Barreau de Paris et associée du cabinet Lapisardi Avocats, a indiqué que la négociation est un élément clé si l'on évoque la question de l'équilibre contractuel. A l'exception des marchés de travaux et de services courants, un marché équilibré est dans la grande majorité des cas, un marché qui a été négocié.

Or, la négociation est encore aujourd'hui un parcours du combattant où il faut franchir 4 étapes pour qu'une bonne négociation ait lieu

**1. La négociation doit, tout d'abord, être possible**

- En marchés publics, si la négociation a toute sa place dans les procédures adaptées, elle reste l'exception en procédure formalisée car l'appel d'offres est encore la procédure de principe et prohibe toute négociation.
- En concession, la négociation est naturellement possible ; on notera toutefois qu'elle n'est plus obligatoire, qu'elle n'est qu'une faculté.

**2. Si elle est possible, encore faut-il que les acheteurs publics souhaitent négocier.**

Il existe toutefois des freins à cette négociation :

- Le temps : une procédure avec une négociation dure plus longtemps. Il faut donc qu'il y ait eu un minimum d'anticipation dans le lancement de la procédure de passation, une bonne définition des besoins est primordiale.
- La crainte : pour encore beaucoup d'acheteurs, pas ou peu habitués à la négociation, la rencontre avec les opérateurs est source d'inquiétudes : complexité de la procédure, risques de poursuites pénales,...
- Les habitudes : la négociation ne fait pas encore partie de l'ADN des acheteurs publics.

**3. Quand la négociation est envisagée, encore faut-il qu'une marge de manœuvre satisfaisante existe pour négocier.**

Mais là encore, il existe des freins :

- Caractéristiques et conditions minimales /caractéristiques essentielles selon les contrats : les conditions minimales sont parfois irréalistes
- Les modifications apportées en cours de procédure de passation doivent être de portée limitée, dans l'intérêt du service et non discriminatoires

**4. Et enfin, pour que la négociation soit efficace, elle doit être réelle et équilibrée**

- Réelle : il faut négocier sur tous les critères et pas seulement le prix. Du point de vue des entreprises, la négociation est souvent perçue comme un marchandage, destinée à obtenir le prix le plus bas (le guide des bonnes pratiques du MEDEF recommande d'ailleurs de négocier sur tous les critères et non pas seulement sur le prix)
- Équilibrée : il est nécessaire de traiter de manière équilibrée les intervenants, par exemple par une symétrie du nombre d'intervenants autour de la table des négociations

Marie Eiller-Chapeaux a également interrogé Laurent Bougard (juriste, Transdev) sur les caractéristiques de la relation d'une entreprise délégataire avec la collectivité concédante. Ce dernier a alors indiqué que pour distinguer les concessions des marchés publics dits « classiques », la directive européenne de 2014 a retenu une définition des concessions fondée sur la notion de « risque d'exploitation », allant au-delà de ce qui était prévu auparavant.

Il a poursuivi en indiquant que dans le cas des concessions « classiques » (hors transports) on peut considérer que la durée maximale des contrats est difficilement compatible avec cette prise de risques. Dans le secteur du transport, la règle des 5 ans ne s'impose pas, du fait du régime dérogatoire prévu par le règlement européen concernant les obligations de service public dans les transports adopté en 2007.

En pratique, la réforme de 2016 du droit des concessions n'a pas modifié la durée des contrats. Ils portent sur 7 à 8 ans en moyenne pour le secteur du transport public urbain de voyageurs, ce qui est relativement court pour les opérateurs-investisseurs.

La France a été très réticente à l'adoption d'une directive européenne sur les concessions, car elle était soucieuse de préserver un modèle qui avait fait ses preuves sur le plan économique.

Interrogé sur la pratique des autorités concédantes depuis la transposition de la directive de 2014, Laurent Bougard estime que les autorités organisatrices de la mobilité ont tendance à transférer la totalité des risques au titre de la fréquentation du réseau, des recettes de trafic, de la qualité des services (régularité, disponibilité, propreté, vandalisme ...), soit des pertes potentielles importantes pour l'opérateur. En application de la nouvelle directive, les cahiers des charges laissent aussi moins de place à la négociation.

Dès lors, la directive sur l'attribution des contrats de concession a eu plutôt tendance à « standardiser » les pratiques de la commande publique dans certains pays de l'UE (alignement des règles de passation sur celles des marchés publics, développement du sourcing,...).

Le professeur Yves Gaudemet a eu l'occasion, au cours de cette table de ronde, d'évoquer également les clauses dites de « paysage ». Pour ce dernier, ces clauses sont relativement récentes et sont liées à l'évolution évoquée précédemment. Elles permettent aux parties de modifier le contrat.

Mais les choses se passent presque toujours autrement que ce qui était prévu, d'où la supériorité des solutions anciennes, malheureusement révolues.

Sophie Lapisardi, a eu, également l'occasion de préciser l'évolution des comportements des acheteurs sur la maîtrise de ces modifications en cours d'exécution. Ainsi, avant la réforme, sauf sujétions techniques imprévues, l'avenant ne pouvait pas changer l'objet du marché et en bouleverser l'économie générale.

Avec la réforme, on a désormais 6 hypothèses avec des éléments quantitatifs et/ou qualitatifs. Les modifications sont plus encadrées qu'avant. Les acteurs ont eu d'abord l'impression d'une restriction de leur liberté puis ils y ont vu des opportunités, y compris pour maintenir l'équilibre contractuel. Sophie Lapisardi s'interroge toutefois sur le sens de la jurisprudence sur des notions parfois complexes (modifications non-substantielles,...) ce qui est une source incontestable d'insécurité juridique.

Cette table ronde s'est finalement conclue sur une question relative au caractère trop « bavard » des contrats administratifs. Réponse à laquelle le professeur Yves Gaudemet a répondu en rappelant que les autorités communautaires se préoccupent aujourd'hui, ainsi que les autorités nationales,

d'une surtransposition des directives européennes consistant à surcharger encore la réglementation des marchés publics et des concessions.

Pour ce dernier, les « modernes fabriques du droit », qui font florès, ont tendance à construire les contrats sur un modèle standard accumulant les expériences, c'est-à-dire les surchargeant de clauses et dispositions collectées au fil du temps dans des contrats plus ou moins analogues, ce qui est finalement source de difficultés d'interprétation.

Les contrats cherchent donc à traiter de la « vie du marché » sur la durée avec une certaine rigidité, chaque partie cherchant à envisager toutes les hypothèses.

A ce sujet, les dispositifs de médiation peuvent présenter un intérêt.

### **Table ronde n°3 : Comment faciliter l'accès des TPE-PME à la commande publique ?**

---

*-Martial Bourquin (sénateur du Doubs)*

*-Edward Jossa (président directeur général, UGAP)*

*-Thibaut Lanxade, (vice-président, MEDEF)*

*-Pierre Pelouzet, (médiateur des entreprises)*

Pour Gilles de Bagnaux, le constat est clair : les TPE-PME n'ont pas un accès suffisant à la commande publique. Il est évident qu'il faut faire des progrès pour améliorer l'accessibilité de ces entreprises à la commande publique.

Martial Bourquin, sénateur du Doubs et spécialiste de cette question, a également pointé du doigt le fait que les TPE-PME ont beaucoup de mal à exécuter de gros marchés (au-dessus de 1 million d'euros). Dès lors, elles ne candidatent pas à ces marchés.

C'est pourquoi, pour le sénateur, il faut encourager et privilégier le groupement d'entreprises. Si les petites entreprises n'arrivent pas à y accéder seule, elles peuvent y accéder en se rassemblant en groupement. La pratique prouve que cela fonctionne très bien.

De même, les TPE- PME peuvent passer par des centrales d'achat telles que l'UGAP, dont les méthodes ont été exposées lors de cette table ronde par le président directeur général Edward Jossa, pour accéder à la commande publique. Cette démarche est présentée comme plus sécurisante pour ces entreprises.

Pour le sénateur Bourquin, les élus ont également une part de responsabilité, ils doivent en effet avoir une vision plus économique que juridique. Les risques de recours et de poursuites pénales font encore trop peur aux élus.

La culture du moins-disant joue également en la défaveur des TPE-PME. Toutefois, le PDG de l'UGAP a rappelé qu'il ne fallait pas négliger que de véritables contraintes économiques pèsent sur les acheteurs publics qui sont parfois obligés de privilégier le critère prix.

Pour Thibault Lanxade, vice-président du MEDEF, il faut impérativement rendre plus accessible la procédure de passation des contrats de la commande publique. Ces difficultés peuvent parfois casser l'action d'entreprendre pour les plus petites entreprises.



Toutefois, les entreprises doivent mettre en avant leur valeur ajoutée, ce qu'elles ont tendance à négliger.

Enfin, un des chantiers majeurs consiste à alerter, à nouveau, les acheteurs publics sur les délais de paiement avec un constat plus qu'alarmant dans les territoires d'Outre-mer. Cela affecte très singulièrement les entreprises parfois contraintes de cesser leur activité du fait de retard de paiement.

L'idée d'une subrogation de créance, évoquée par le vice-président du MEDEF, par un organisme tel que la BPI pourrait être une solution, assurant ainsi un paiement dans les délais aux opérateurs économiques intervenus sur un marché.

L'observatoire économique de la commande publique (OECPC) a d'ailleurs confié au médiateur des entreprises un autre mandat portant sur cette problématique des délais de paiement.

Le médiateur des entreprises, Pierre Pelouzet, a ainsi clôturé cette table ronde en indiquant que la médiation porte ses fruits mais se trouve encore confrontée aux rigidités de la transaction en droit public : les parties trouvent un accord mais ne peuvent parfois pas le formaliser.

\*

*Article rédigé par Matthieu Holzer, élève-avocat (ERAGE) au cabinet Lapisardi Avocats.*





