

Commande publique : le droit à la refondation ?

Tribune 28/07/2022 Nicolas Charrel
 [Ajouter aux favoris](#)
[partager](#)
 0 Commentaire

Le droit de la commande publique est-il encore adapté dans ce contexte de crises ? Permet-il de répondre efficacement aux enjeux climatiques ? Maître Nicolas Charrel (Cabinet Charrel) est plutôt sceptique. Voici ses recommandations pour une réglementation plus ancrée dans le réel...



A l'Horizon 2023, il est important d'engager une réflexion, Ensemble, pour s'engager vers une commande publique plus proche des préoccupations Nationales, et plus efficace dans son approche des préoccupations Ecologiques et Sociales, idée qui pourrait s'avérer d'un syncrétisme salvateur en cette période de majorité relative ou de minorités absolues.

La première partie de l'année 2022 a rajouté, au séisme de la COVID 19, le cataclysme de la guerre à nos portes que l'on tente de maintenir étanche pour sauvegarder nos valeurs, nos modes de vie et nos petites habitudes. Et comme dans beaucoup d'autres domaines, la commande publique doit apprivoiser la culture du changement pour mieux se « préparer à l'inattendu » (E. Morin).

Sauf qu'une interrogation fondamentale se profile, au gré des modifications importantes des conditions d'exécution, en terme de délais, de disponibilité des moyens, produits et matériaux, face à la pénurie, la flambée réelle ou feinte des prix, du coût de l'énergie, des exigences en terme de sobriété qui s'annoncent probablement forcées au fil de l'eau du gaz dont les vannes se ferment : la question de savoir si le droit positif (textuel et jurisprudentiel) de notre (très) chère commande publique ne doit pas évoluer pour accroître ses performances.

La critique est facile et l'art difficile. Si force est de reconnaître que le droit des marchés publics a su évoluer, fortement au demeurant à l'occasion de sa réforme en 2015-2016, vers un droit de la commande publique plus efficient, le sentiment de nombreux acteurs semble confirmer une forme d'insatisfaction concernant les outils existants et le souhait d'une évolution plus (re)marquée vers un droit de l'achat public, témoignant d'une meilleure prise en compte des performances systémiques attendues de cet acte d'achat, anciennement juridique, devenu plus économique et désormais sociétal.

L'idée n'est évidemment pas de détricoter le droit existant, mais d'imaginer les évolutions qui peuvent rapidement s'avérer nécessaires sur le plan européen, national, mêlant optimisation des procédures et des techniques d'achat.

Pas d'évolution des directives européennes « Marchés » : une position discutable

La présidence française de l'Union aurait pu être l'occasion d'initier la révision des directives « marchés » pour donner davantage de souplesse et d'outils juridiques pour répondre aux enjeux créés par les situations de crises ouvertes sur plusieurs fronts ces derniers mois et qui risquent de s'accroître en nombre et en intensité. Le calendrier politique et diplomatique n'a pas permis d'accompagner, ni d'ailleurs de penser une telle évolution.

Pour s'en dédouaner d'ailleurs, la cheffe de l'unité marchés publics à la Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME de la Commission européenne (Mme Katharina Knapton-Vierlich) a déclaré qu'une telle réforme n'était pas opportune compte tenu du caractère satisfaisant des outils existants et de la grande difficulté à réunir l'unanimité requise (relire : **Vers une directive Marchés publics 2024... ? Peu probable** !). On ne peut douter de ce dernier motif, mais parfaitement contester le premier tant dix années peuvent, à l'échelle de notre monde actuel, paraître une éternité, sauf à conférer une certaine « religiosité » dans la confiance en un droit constant pour faire face à l'inconstance du monde. Et au demeurant, il n'y pas d'unanimité sans débat ; mais s'il n'y a pas débat, il est irrecevable d'opposer l'absence d'unanimité. Mais un pas est tout de même fait, en faveur de « nouvelles lignes directrices » que de nouvelles directives. Il n'est pas sûr que l'Instrument relatif aux publics internationaux (IPI) visant à garantir une meilleure réciprocité d'accès à la commande publique corresponde réellement aux attentes plus micro-économiques des acheteurs sur leur territoire (relire : **Réciprocité : le règlement IMPI publié au JOUE**).

Or, le souhait de généralisation du libre choix des acheteurs (pouvoirs adjudicateurs en plus des entités adjudicatrices) entre des procédures avec négociation et des procédures d'appel d'offres semble faire consensus dans notre landernau. Les milliards d'euros de commande publique concessive démontrent la pertinence de ce mode de passation, comme les centaines de millions d'euros de commande publique dans les secteurs spécifiques.

La généralisation des procédures négociées en pleine responsabilité des acheteurs s'impose pour s'opposer aux censures, juridiquement légitimes mais socialement obsolètes, des juges administratifs lorsque les spécificités de la prise en compte d'objectifs et critères environnementaux précis peuvent (doivent) réellement justifier la discussion avec des entreprises candidates. La position des juges n'est pas à remettre en cause sur le plan du raisonnement juridique bien sûr, mais eux, qu'en savent-ils, de ces nécessités ? (relire : **La négociation en procédure formalisée : toujours aussi restreinte**) Car de surcroît, il faut arrêter de penser que la négociation (a fortiori raisonnée) serait par principe de nature à faciliter le favoritisme.

D'autres propositions sont également portées par France Urbaine (relire : **PFUE : France Urbaine présente 8 propositions pour "franciser" la commande publique européenne**), à largement prendre en compte, compte tenu de leur pertinence : outre celle déjà évoquée d'élargir le champ des procédures avec négociation, France Urbaine milite en faveur de la mise en place d'un « mécanisme d'ajustement carbone aux frontières », de mesures d'encouragement du développement de l'analyse en cycle de vie à l'échelle européenne, la systématisation des clauses environnementales et sociales, la possibilité de prendre en compte la politique sociale générale des candidats indépendamment du lien avec l'objet du marché...

En somme, le temps est évidemment venu d'ouvrir les discussions sur les évolutions opportunes, sans être de simples opportunités, d'un achat public européen plus performant, tout en laissant le choix aux Etats d'une certaine souplesse vis à vis des modalités de mise en œuvre, en respectant l'esprit de « directive » et non pas de « règlement ».

Et à titre de dernier exemple, la position de la CJUE sur l'obligation de prévoir des quantités ou montants maximaux dans les accords-cadres pourrait être invalidée pour redonner la souplesse opérationnelle indispensable pour bon nombre d'acheteur (même si la CJUE vient de tempérer sa position en autorisant les dépassements non substantiels / relire : **Accord-cadre avec juridum : la CJUE brise la chape de plomb**).

Dépasser le questionnement sur l'intangibilité des prix

Sans revenir sur les termes du débat sur le principe « vintage » d'intangibilité des prix (relire : **Hausse des prix : les 10 propositions chocs du Cabinet Charrel**), il a pu être constaté que la position de la Commission européenne semblait plus modérée sur ce point, que l'Allemagne pratiquait une position plus nuancée que celle de Bercy.

Le ministère de l'Économie et des Finances a finalement décidé, en ce début du mois, d'au moins saisir le Conseil d'Etat pour avis, que l'on espère, pour la rentrée, enrichissant (relire : **Hausse des prix : Bercy saisit le Conseil d'État pour "pallier l'absence de jurisprudence"**).

Les enjeux climatiques bousculent la commande publique

Les effets du dérèglement climatiques sont particulièrement prégnants. Le gaz russe se tarit et à titre d'injonction contradictoire, le charbon redevient un mode de production d'énergie...

L'Etat, condamné par la Haute juridiction administrative à respecter ses engagements à l'Accord de Paris de la COP21, prescrit des mesures à échéance de 5 ans (**Loi Climat et Résilience du 22 août 2021**) alors que le GIEC estime qu'il ne reste que 3 ans pour inverser la tendance. Mais s'il est légitime à titre individuel ou à l'échelle d'un acheteur de préférer le temps de l'appropriation des outils de performance environnementale, c'est au risque de subir l'expropriation de notre climat actuel. Il paraît indispensable de rouvrir le débat dans les plus brefs délais des dispositions à prendre et rendre immédiatement applicables : au moins un critère environnemental d'attribution obligatoire sauf dérogation motivée, interdiction d'interdire des variantes environnementales...

Et oui, cela doit se faire malgré tout au détriment des moins outillés, côté acheteurs ou opérateurs,

Les curseurs de la réglementation doivent pouvoir être plus librement modifiés pour tenir compte de la forte évolution de l'achat public qui s'est amplement professionnalisé ces dernières années et qui demande à l'être davantage.

Les revendications d'un achat public plus local peuvent être entendues même si l'on connaît les limites de l'exercice au regard du droit européen qui, là encore, doit trouver sa 3ième voix, comme une sorte de droit à la discrimination positive liée au maintien d'un tissu économique local, comme instrument d'une plus forte souveraineté économique des territoires qui plus que jamais portent d'importants investissements tournés vers la révolution décarbonée à mener.

Les réflexions portées par les parties prenantes de l'achat public constituent indubitablement des pierres de l'édifice de la refondation qui ne saurait être que virtuelle.

Voilà donc quelques gouttes à l'eau du moulin : l'été sera chaud, mais doit être proche de la réalité, car la rentrée serra à l'aise surchauffé, mais s'annonce pas aussi propice à nos prochains étés qui pourraient ressembler à un enfer tout feu tout flamme.

à propos de l'auteur

Nicolas Charrel
 Avocat au Barreau de ParisCharrel & Associés

Commentaire

Il n'y a actuellement aucun commentaire.

Commenter cet article

MESSAGE*

ENVOYER



OFFRES D'EMPLOI

Instructeur gestionnaire marchés publics (h/f)

28/07/2022 Conseil Départemental De L'Eure

Directeur.trice Adjoint.e Ressources humaines, Finances et Commande publique (h/f)

27/07/2022 EPT Grand-Orly Seine Bièvre

Juriste Acheteur.euse (h/f)

27/07/2022 Communauté D'agglomération De Cergy-Pontoise

NOUVEAUX DOCUMENTS

TA Toulouse 2 mai 2022 Sté R

27/07/22 07h07

TA Nantes 3 mai 2022 Sté Infokey

27/07/22 07h07

TA Caen 30 mai 2022 Sté Socotec Construction

27/07/22 07h07

LES PLUS LUS

Réception "avec" réserves et réception "sous" réserve : le m...

27/06/22 07h06
Yannick Decara

Un contrat n'est pas forcément formalisé

27/06/22 07h07
Yannick Decara

[Au plus près des TA...] La négociation en procédure...

27/07/22 07h07
Nicolas Lafay

L'acheteur public, ce nouveau trader en énergie

21/07/22 07h07
Mathieu Laugier

Marché inférieur à 40 000€ : préférez l'information orale aux 3 devis systématiques

19/07/22 07h07