

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

**LIENS ENTRE PASSATION ET
DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION DANS
LES CONTRATS PUBLICS**

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR FRANÇOIS LICHÈRE

**SYNTHÈSE DU RAPPORT | 2021
VERSION FRANÇAISE**

PERCEPTION DE LA NOTION DE DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION

1. NOTION LARGE

Globalement, **la notion de difficultés d'exécution n'est pas aisément appréhendée par les praticiens** de la commande publique. Si tous en ont une perception instinctive, il leur est difficile d'en livrer une définition juridique précise ou de la catégoriser.

En réalité, une **confusion** est souvent faite entre les difficultés d'exécution en elles-mêmes, leurs causes et leurs conséquences. Ceci s'explique aisément : la notion de difficulté d'exécution n'est entrée que récemment dans le vocabulaire du droit des contrats publics. Si elle est mentionnée dans les CCAG dans un sens commun, ce n'est véritablement qu'avec la jurisprudence *Haute Normandie* de 2013 qu'elle acquiert une assise juridique plus solide avant d'être consacrée aux chapitres sur les circonstances exceptionnelles intégrés au Code de la commande publique par la Loi ASAP du 7 décembre 2020.

Ainsi, **deux catégories** de personnes se distinguent grâce aux interviews.

D'une part, celles qui **limitent la notion de difficultés d'exécution** à l'application de la jurisprudence *Haute Normandie* et pour lesquelles **la notion couvre l'ensemble des sujétions imprévues ou des fautes du maître d'ouvrage** ouvrant droit à indemnisation pour le titulaire.

D'autre part, celles qui **considèrent que la notion englobe toutes les divergences entre les prévisions contractuelles et leurs réalisations concrètes.**

Cependant, face à certaines difficultés d'exécution, les participants aux deux enquêtes ont bien semblé adhérer à une notion recoupant l'ensemble des difficultés matérielles, juridiques ou financières pouvant affecter la vie d'un contrat public.

La notion semble donc recouvrir un champ large, tel que le laisse à penser la lecture des dispositions du Code de la commande publique relatives aux circonstances exceptionnelles.

2. NOTION À INTENSITÉ VARIABLE

Si, au plan horizontal la notion de difficulté d'exécution semble bel et bien large, il faut aussi souligner qu'au plan vertical, elle est susceptible d'une intensité variable. Ceci est attesté par les deux enquêtes puisqu'à la question de savoir si une **difficulté d'exécution était nécessairement génératrice de surcoûts**, les **avis** ont été **globalement partagés.**

Dès alors, apparaît une représentation de la notion de difficulté d'exécution en la forme d'une **échelle graduée qui part de la bonne exécution du contrat et dont le barreau ultime est l'inexécution contractuelle.**

MISE EN CONCURRENCE ET DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION

1. ABSENCE APPARENTE DE LIEN

D'avis partagés, **le principe même de la mise en concurrence, tout comme l'absence de mise en concurrence, sont en eux-mêmes indifférents à la bonne ou la mauvaise exécution du contrat.**

Ainsi, les entretiens indiquent que le principe de mise en concurrence est étranger à l'exécution du contrat. Il a été pensé et façonné à d'autres fins : protection des deniers publics, respect de la concurrence sur le marché intérieur de l'Union, lutte contre la corruption.

Cette déconnexion a priori entre mise en concurrence et difficultés d'exécution est par ailleurs corroborée par l'enquête quantitative puisqu'une majorité de participants estime que la mise en concurrence est en elle-même indifférente à la bonne exécution du contrat.

2. INFLUENCE POTENTIELLE DE LA MISE EN CONCURRENCE

Si le principe de la mise en concurrence ne semble pas influencer outre mesure sur l'exécution du contrat, il reste que sa mise en application pratique, notamment au travers de la mise en œuvre des règles particulières qui ont vocation à le rendre effectif, peut aisément engendrer de telles difficultés.

En réalité, il ressort tant de l'enquête qualitative que de l'enquête quantitative que **la concrétisation du principe de mise en concurrence à travers la mise en place de procédures bien souvent rigides est un obstacle à la bonne compréhension mutuelle des contractants**, laquelle apparaît nécessaire à une bonne exécution.

Ce n'est pas un hasard si les participants à l'enquête quantitative ont, pour une très large majorité, souligné que **l'absence ou l'insuffisance de négociation était une cause majeure des difficultés d'exécution.**

Il faut dire que l'insuffisant recours à la négociation dans les contrats de la commande publique ne permet pas de rattraper d'éventuelles imprécisions dans la définition du besoin ou d'éventuelles maladresses dans la rédaction des clauses techniques ou administratives particulières alors que précisément, c'est souvent là que se terrent les germes des difficultés d'exécution.

DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION LIÉES AUX RÈGLES DE PASSATION

1. DÉFINITION DU BESOIN

La définition des besoins constitue, selon les résultats des enquêtes, une **source importante de difficultés d'exécution**. Toutefois, il apparaît que ce n'est pas tant la règle de droit qui doit être mise en cause, mais bien son application au sein des différents services de la commande publique.

Étape proprement essentielle, la définition du besoin présente des difficultés intrinsèques de mise en œuvre opérationnelle puisqu'elle **impose à l'acheteur de faire le lien entre les besoins effectifs des services prescripteurs et la réalité du marché**. Elle suppose donc, pour l'acheteur d'être parfaitement au diapason avec les services opérationnels de sa collectivité et d'avoir une fine connaissance de l'offre sur un marché donné.

Les deux enquêtes relèvent qu'en pratique, la définition des besoins n'est pas conduite de manière optimale. Les causes en sont multiples avec notamment des **difficultés de communication** entre les services de la commande publique et les services prescripteurs, un **manque de temps** du fait de procédures contraintes par des délais administratifs ou politiques qui peuvent empêcher les agents d'affiner les besoins ou encore une **relation contractuelle à venir s'inscrivant sur le temps long**, rendant corrélativement incertains les contours sur le long terme du besoin lui-même.

Les avis recueillis lors des deux enquêtes s'accordent pour dire que le **sourcing** est un **moyen efficace pour désamorcer d'éventuelles difficultés** d'exécution qui auraient été engendrées par une définition du besoin mal diligente. En effet, il permet tout à la fois d'affiner la connaissance des offres des opérateurs économiques sur un marché donné pour le service de la commande publique et d'accroître la pertinence de la mise en concurrence.

Cependant, il apparaît nettement que des **pistes d'amélioration** soient encore à explorer. D'abord en termes de sécurisation juridique, les **dispositions du Code de la commande publique** relatives au **sourcing** apparaissent à certains acheteurs comme **trop imprécises** et laissant planer le spectre de l'atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Ensuite, **certaines difficultés pratiques apparaissent inhérentes au fonctionnement des services**. Il peut s'agir, par exemple, d'un manque de temps pour mettre en place le sourcing ou, là encore, d'un manque d'implication des services prescripteurs dans l'accompagnement des agents du service de la commande publique dans la conduite du **sourcing**.

En tout état de cause, il s'agit d'une pratique qui semble véritablement à même de favoriser une bonne exécution du contrat.

Enfin, la **traduction du besoin par le recours à des normes techniques ou des performances ou exigences fonctionnelles n'apparaît pas comme une source de difficultés** d'exécution. Les spécifications techniques constituent généralement un référentiel commun qui permet aux opérateurs économiques de facilement saisir les besoins de l'autorité contractante. Ce n'est, en réalité, que **lorsque la définition du besoin en tant que telle est incorrectement réalisée que cela contamine les spécifications techniques**.

DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION LIÉES AUX RÈGLES DE PASSATION

2. CONTENU DU CONTRAT

Le **caractère unilatéral de la rédaction des clauses** des contrats publics est ressorti assez nettement de l'enquête qualitative comme étant une **importante source de difficultés** d'exécution. Cet élément est indirectement corroboré par l'enquête quantitative puisque les participants à cette dernière ont massivement souligné que l'absence ou l'insuffisance de négociation constituait la principale source de difficultés d'exécution.

La fixation par l'autorité contractante de **la durée** du contrat apparaît comme une source importante de difficultés d'exécution, à la fois en marchés publics et en concessions. Concernant les **marchés publics**, les deux enquêtes ont confirmé qu'**une durée trop courte n'est généralement pas tenable et induit nécessairement un allongement des délais** et qu'**une durée trop longue fait planer un risque de devoir recourir à un avenant** pour prendre en considérations l'évolution des circonstances de fait ou de droit postérieures à la conclusion du marché. Pour ce qui est des **concessions**, il est communément admis que **la limitation de leur durée créé une tension** entre, d'une part, l'exigence de remise en concurrence périodique et, d'autre part, la stabilité de l'exploitation qui, d'un point de vue strictement économique, est bien plus confortable si elle peut s'inscrire dans la durée.

En ce qui concerne **le prix** dans les **marchés publics**, deux éléments essentiels doivent être rappelés. D'abord, il ressort tout à la fois de l'enquête qualitative et de l'enquête quantitative que l'un des **effets pervers de la mise en concurrence** est de **trop tirer les prix vers le bas**. Ceci n'est pas simplement lié aux règles imposant aux acheteurs de fixer dès le début de la procédure la valeur estimée du marché, mais il s'agit aussi d'une conséquence d'une **trop grande pondération du critère prix**. La recherche trop fréquente du prix le plus bas a pour conséquence mécanique d'abaisser les exigences qualitatives ou d'inviter les entreprises à rogner sur certains coûts, ce qui est une source potentielle de difficultés d'exécution. Ensuite, là où l'enquête qualitative avait révélé que les marchés conclus selon un prix forfaitaire étaient davantage sujets à difficultés d'exécution du fait des trop grandes incertitudes sur le contenu des prix, l'enquête quantitative n'a pas confirmé ce point. En réalité, la réunion des données recueillies à ces deux stades laisse à penser que c'est davantage la mauvaise utilisation du forfait et le manque de transparence qu'une telle utilisation peut induire qui est la véritable source des difficultés d'exécution.

Pour les **concessions**, si les clauses relatives aux **redevances** dues à l'autorité concédante ne semblent pas susciter de difficultés particulières, il ressort de l'enquête quantitative que la fixation des tarifs que le concessionnaire peut percevoir sur les usagers **obéissent davantage à des considérations politiques** qu'à un principe de réalité économique. Ceci est lié à la nature hybride de la concession : tout à la fois exploitation économique et, bien souvent, mission de service public.

DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION LIÉES AUX RÈGLES DE PASSATION

3. ORGANISATION DES ACHATS/SÉPARATION DES FONCTIONS

Si l'**allotissement**, notamment technique, garantit un accès plus facile aux PME à la commande publique et permet d'identifier plus facilement les responsabilités de chacun, il est souvent cité comme **générateur des difficultés** d'exécution. En particulier, la multiplication des interfaces qu'il induit nécessairement et le fractionnement dans le temps de l'exécution des lots est une source naturelle de telles difficultés. Toutefois, le sondage en ligne semble témoigner qu'en réalité l'allotissement n'est une source de difficulté d'exécution que si la division des lots est mal pensée ou si les missions de coordination sont incorrectement réalisées. Ce faisant, l'allotissement apparaît davantage comme un facteur de risque que comme une source en elle-même de difficultés d'exécution.

La **séparation des fonctions de maître d'œuvre et d'entrepreneur** par application du schéma issu de la loi MOP ne semble pas poser de difficulté en tant que telle. Les acteurs sont accoutumés à ce mode de fonctionnement et le considèrent même bien souvent comme bénéfique. Néanmoins, la mise en œuvre du schéma peut poser des difficultés et des participants ont rapporté que, dans de nombreux cas, la mission de maîtrise d'œuvre était quelque peu délaissée en étant inconvenablement rémunérée. Or, **des défaillances dans la conception rejouent nécessairement au moment de l'exécution des travaux**, d'où la nécessité de **rémunérer au juste prix le maître d'œuvre**.

4. PROCÉDURES DE PASSATION ET TECHNIQUES D'ACHAT

L'étude révèle que la **principale source de difficultés** d'exécution est la **trop faible place accordée à la négociation lors de la passation**. La rigidité de l'appel d'offres, l'impossibilité pour les opérateurs économiques de discuter des clauses du futur contrat, voire l'incompréhension que certaines clauses peuvent susciter sont autant de causes qui démontrent que l'appel d'offres est la procédure dans laquelle le souci d'une bonne exécution est le plus mis de côté.

Toutefois, la négociation n'est **pas apparue comme le remède miracle** aux difficultés d'exécution, la faute sans doute à une pratique de la négociation encore trop peu déployée dans l'achat public, sans doute du fait du développement récent de la négociation dans les marchés publics et du manque de professionnalisation des acheteurs en matière de techniques de négociation.

En particulier, le **périmètre de la négociation** apparaît comme restreint et des difficultés opérationnelles à négocier ont pu être mises à jour. Il est apparu dans les enquêtes qu'en matière de marchés publics souvent seuls le prix et les délais d'exécution étaient véritablement négociés, à l'exception donc des clauses administratives ou encore des aspects techniques du contrat. La négociation semble plus large en concession, quoique les données recueillies ne permettent pas de livrer une appréciation certaine.

Du reste, de nombreux acheteurs ont fait état de **difficultés opérationnelles à négocier**, tenant tantôt à la **crainte de porter atteinte à l'égalité de traitement** des candidats, tantôt à des considérations de service comme le **manque de temps** ou les **difficultés de communication** avec les services prescripteurs.

DIFFICULTÉS D'EXÉCUTION LIÉES AUX RÈGLES DE PASSATION

5. CANDIDATURES ET EXCLUSIONS

L'examen des documents de la candidature par l'autorité contractante n'est pas apparu comme une source notable de potentielles difficultés d'exécution.

Cette étape est en effet considérée davantage comme une formalité administrative que comme une réelle phase de sélection des candidats.

Toutefois, un point a été particulièrement évoqué au cours des entretiens et confirmé par le sondage en ligne : les **difficultés pratiques à exclure des candidats**.

De nombreux acheteurs ont fait état de la **complexité** à procéder à une exclusion et du **fort risque contentieux** pesant sur une telle pratique. Les entreprises n'ont pas été en reste et certaines ont également déploré cela puisqu'**admettre des opérateurs économiques qui n'ont pas les épaules assez solides pour assurer l'exécution du marché**, c'est aussi, d'une certaine manière, **altérer le jeu normal de la concurrence**.

Les difficultés à exclure un opérateur économique du fait de mauvaises performances passées ont notamment été évoquées, tout comme la crainte de l'application des nouvelles dispositions issues de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique proscrivant l'exclusion de candidats placés en redressement judiciaire mais disposant d'un plan de redressement.

6. OFFRES ET PONDERATION DES CRITERES

L'offre anormalement basse est le creuset des difficultés d'exécution. Or, si des évolutions ont pu être constatées, il ressort des enquêtes conduites qu'il reste ardu d'exclure une offre comme anormalement basse en l'**absence d'une méthodologie clairement définie et objective**. Plus encore, les acheteurs peuvent être confrontés à des difficultés dans l'appréciation du caractère anormalement bas ou non d'une offre, une appréciation qui peut nécessiter une expertise sur un marché ou un segment de marché que les acheteurs n'ont pas forcément.

Le choix et la pondération des critères de sélection des offres sont très largement reconnus comme une source de difficultés d'exécution, à la fois par la majorité des personnes interviewées lors de l'enquête qualitative et par celle des sondés de l'enquête quantitative. En particulier, la **prépondérance du critère prix** est pointée du doigt comme une source quasi inévitable de difficultés d'exécution. Il semble, sur ce point, que ce soit maintenue dans les services de la commande publique et notamment du fait de la situation dégradée des finances publiques une certaine culture du moins-disant qui aboutit à des pondérations du critère prix à des niveaux qui ne permettent pas de garantir des prestations de qualité et une bonne exécution du contrat.

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT

Les recommandations sont détaillées en fin de rapport, aux pages 118 et suivantes.

PROPOSITION N° 1

Aligner le régime des pouvoirs adjudicateurs sur celui des entités adjudicatrices en matière de recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif et, dans cette attente, inciter à recourir à la procédure négociée ou au dialogue compétitif chaque fois que cela est légalement possible.

Modifier l'article 26 de la directive 2014/24/UE en la rédigeant de manière analogue à l'article 44 de la directive 2014/25/UE.

PROPOSITION N° 3

Préciser les mécanismes de détection et de traitement des offres anormalement basses en distinguant clairement les deux phases au sein des dispositions des articles R. 2152-3 et R. 2152-4 du Code de la commande publique.

PROPOSITION N° 5

Dans les marchés publics de travaux, modifier l'article R. 2152-13 du Code de la commande publique pour rendre obligatoire, à l'achèvement de la procédure de passation, une phase de mise au point du marché dont le délai est fixé par l'acheteur en tenant compte de la complexité du projet.

Ajouter également un article R. 2112-4-2 au Code de la commande publique précisant que, dans les marchés dont l'un des objets porte sur la réalisation de travaux, la durée totale comprend un délai de préparation du chantier fixé par l'acheteur en fonction de la complexité du projet et du délai prévisionnel de réalisation des travaux.

PROPOSITION N° 2

Accroître le périmètre de la négociation dans les procédures de passation des marchés publics et des concessions en modifiant les dispositions des articles R. 2161-17 et R. 3124-1 du Code de la commande publique, notamment pour ouvrir à la discussion les clauses administratives et les éléments techniques du contrat.

PROPOSITION N° 4

Sécuriser le *sourcing* pour éviter le risque d'atteinte à l'égalité des candidats en ajoutant au Code de la commande publique un article R. 2111-1-1 prévoyant pour l'autorité contractante la publication d'un avis d'appel à compétence en vue de sélectionner des opérateurs économiques pour participer à des entretiens collectifs ou individuels dans le cadre du *sourcing*.

PROPOSITION N° 6

Réécrire l'article L. 2141-7 du Code de la commande publique pour préciser la notion d'exclusion d'opérateurs économiques au stade de la candidature du fait de mauvaises performances passées.

AUTRES PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS >>>

SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS DU RAPPORT

Les recommandations sont détaillées en fin de rapport, aux pages 118 et suivantes.

PROPOSITION N° 7

Instaurer, par un nouvel article R. 2151-17 du Code de la commande publique, l'anonymat des offres pour les marchés passés selon un procédure d'appel d'offre, ou le classement anonymisé des offres avant l'engagement des négociations pour les marchés passés selon un procédure avec négociation.

PROPOSITION N° 8

Engager une réflexion globale et à plusieurs niveaux, en concertation avec les partenaires de la Chaire, pour étendre le recours à la conception-réalisation et rédiger un CCAG « conception-réalisation ».

PROPOSITION N° 9

Pour les marchés passé selon une procédure d'appel d'offres, autoriser à l'article R. 2161-5 du Code de la commande publique les acheteurs à procéder des auditions des soumissionnaires pour préciser la teneur de leur offre.

PROPOSITION N° 10

Réduire, en cas de pluralité de critères de notation, le poids des critères financiers en limitant, à l'article R. 2152-12 du Code de la commande publique, la pondération du critères du prix ou du coût à 50 %.

DATE : OCTOBRE 2021

PHOTO DE COUVERTURE : DAN ASAKI / UNSPLASH



SOUS LA DIRECTION DU PR. FRANÇOIS LICHÈRE

Fanette AKOKA, Valentin LAMY et Adeline MEYNIER POZZI

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

Adresse géographique : Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e

Adresse postale : Equipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Courriel : chairedcp@univ-lyon3.fr

Tél. : 04 78 78 70 54

Site : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp