

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

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

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR FRANÇOIS LICHÈRE

RAPPORT D'OCTOBRE 2021



Sous la direction du Professeur François LICHERE
Fanette AKOKA, Chercheuse post-doctorale
Valentin LAMY, Chercheur post-doctoral
Adeline MEYNIER POZZI, Chercheuse post-doctorale

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin – Lyon 3 et approuvé par le conseil scientifique de la Chaire, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

PRÉSENTATION DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

TOUTES LES RAPPORTS SONT DISPONIBLES SUR : [HTTPS://CHAIREDCP.UNIV-LYON3.FR](https://CHAIREDCP.UNIV-LYON3.FR)

CHRONIQUES

Revue mensuelle d'actualité du droit des contrats publics : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/revue-dactualite-1>

POUR SUIVRE L'ACTIVITÉ DE LA CHAIRE EN LIGNE

Site internet	https://chairedcp.univ-lyon3.fr
Linkedin	https://www.linkedin.com/company/chairedcp/
Twitter	@chairedcp

DATE : OCTOBRE 2021

PHOTO DE COUVERTURE : DAN ASAKI / UNSPLASH

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

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

SOUS LA DIRECTION DE FRANÇOIS LICHÈRE

OCTOBRE 2021



SOUS LA DIRECTION DES PR. FRANÇOIS LICHÈRE

AVEC LES CONTRIBUTIONS DE FANETTE AKOKA,
VALENTIN LAMY ET ADELINE MEYNIER POZZI,
CHERCHEURS À LA CHAIRE DE DROIT DES
CONTRATS PUBLICS

* * * * *

Ce rapport a été codirigé par le directeur et deux membres du comité scientifique de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin - Lyon 3.

Ce rapport a été rédigé par les chercheurs de la Chaire et approuvé par le comité scientifique, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire et des participants aux enquêtes de terrain.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire.

Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

* * * * *

Date : Octobre 2021.

L'ensemble des photographies du rapport proviennent de : Dan Asaki, Unsplash.

REMERCIEMENTS

Le présent rapport présente les résultats d'une étude menée durant le premier semestre de l'année 2021 auprès de plusieurs dizaines d'acteurs du droit des contrats publics.

Les participants aux 21 entretiens individuels sont particulièrement remerciés. Il s'agit, par ordre chronologique, de J.-B. Barboux et M. Gay (Colas), T. Amselek et B. Dupuis (SGP), F. Cazaban et

C. Merienne (Egis), A. Morey (TELT), S. Jeannot et C. Lescure (Demathieu Bard), X. Françoise (Clear Channel), O. Giannoni (UGAP), I. Hazard, C. Jouannaux, F. Duchene, et B. Vovelle (SNCF Réseau), M. Mascot (CH de Châlons-sur-Saône), R. Gallinier et J.-B. Morel (Enedis), Y. Camel, X. Debosque et C. Hatem (Eiffage Génie civil), J.-V. d'Halluin (Vinci Autoroutes), P. Jubert (NGE),

V. Bertrand (UniHA), D. Enjolras (Grand Lyon), Me C. Lapp (Altana Avocats), V. Baillat et C. Roux (FNTP), G. Hamaide (Centre d'Études des Tunnels), J. Grataloup et G. Vella (Conseil Départemental des Bouches-du-Rhône), Me N. Symchowicz (SW Avocats), Me B. Martor, Me R. Weiss et Me A. Jenayah (Bird&Bird).

Les correspondants bénévoles qui ont participé au questionnaire en ligne sont également vivement remerciés, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par la Fédération Nationale des Travaux publics grâce à l'entremise de M. Petitjean, par la Fédération des Entreprises Publiques Locales grâce à l'entremise de M. Courrouyan, par l'Association Nationale des Juristes Territoriaux grâce à l'entremise de D. Enjolras, et par France Urbaine, grâce à l'entremise de C. Hannequin.

Enfin, l'ensemble des partenaires financiers de la Chaire doivent également être remerciés puisqu'ils permettent notamment le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

SOMMAIRE

Introduction	9
§I. L'objet de la recherche.....	10
A – La notion de difficultés d'exécution.....	10
1. Approche théorique.....	10
2. Approche pratique.....	16
B – Une approche large des règles de passation.....	18
§II. L'état de la recherche.....	19
A – Une doctrine juridique quasi-silencieuse.....	19
B – Les apports de la doctrine économiste.....	22
C – Approches statistique et jurisprudentielle.....	26
D – La prise en compte de la question de l'application pratique des règles du droit de la commande publique.....	33
§III. L'intérêt de la recherche.....	34
§IV. La méthode employée.....	44
Partie 1 : Synthèse des entretiens – Enquête qualitative	46
Section I : Approche générale.....	47
§I. La perception de la notion de difficulté d'exécution.....	47
§II. Mise en concurrence et difficultés d'exécution.....	48
Section II : Approche particulière.....	50
§I. La définition du besoin.....	50
A – Définition du besoin et difficultés d'exécution.....	51
1. Approche pratique des risques de difficultés d'exécution induits d'une mauvaise définition des besoins.....	51

2. La pratique du <i>sourcing</i> au soutien de la définition du besoin.....	53
B – Spécifications techniques et difficultés d'exécution	54
§II. Le contenu du contrat.....	55
A – La durée	55
B – Le prix.....	56
C – Les clauses	57
§III. Organisation des achats / séparation des fonctions	60
A – Allotissement et marchés globaux	60
B – Maîtrise d'œuvre et difficultés d'exécution	62
C – Variantes	63
§IV. La procédure de passation	64
A – Choix de la procédure de passation et techniques d'achat	64
B – La temporalité de la procédure de passation	66
C – Pratique de la négociation	67
§V. Les candidatures.....	69
§VI. Les offres	71
Section III : Les remèdes possibles aux difficultés d'exécution liées à la passation ..	73
Partie 2 : Résultats du questionnaire en ligne – Enquête quantitative	77
Section I : Les marchés publics	81
§I. Profils des répondants.....	81
§II. Généralités.....	83
A – La perception de la notion de difficulté d'exécution.....	84
B – Mise en concurrence et difficultés d'exécution.....	86
1. Principe de mise en concurrence et difficultés d'exécution.....	86
2. Règles de passation et difficultés d'exécution.....	88
3. Temporalité de la passation et difficultés d'exécution	90
4. Formes contractuelles et difficultés d'exécution	91

5. Modification du contrat et difficultés d'exécution	92
§III. Analyse des difficultés d'exécution liées aux règles de passation des marchés publics.....	93
A – La définition des besoins et la publicité.....	94
1. Définition du besoin et difficultés d'exécution.....	95
a. La mauvaise définition du besoin, source de difficultés d'exécution.....	95
b. Le sourcing, un palliatif à une mauvaise définition du besoin.....	97
2. Spécifications techniques et difficultés d'exécution.....	100
3. Publicité et difficultés d'exécution	102
B – Le contenu du marché.....	103
1. La durée du marché	103
2. Le prix	104
C – Organisation des achats / séparation des fonctions	106
1. Allotissement et marchés globaux.....	107
2. Maîtrise d'œuvre	109
3. Réservation	110
4. Marchés à tranches	111
5. Variantes.....	112
D – Les procédures de passation et techniques d'achat.....	113
1. Approche comparative des différentes procédures formalisées au prisme des difficultés d'exécution.....	114
2. La négociation	115
a. Le développement de la négociation.....	115
b. La pratique de la négociation.....	116
3. Les accords-cadres	119
E – Les candidatures.....	120
F – Les offres.....	124
1. Offres anormalement basses et difficultés d'exécution	124

2. Critères de sélection des offres et difficultés d'exécution	125
3. Critères et clauses liés aux conditions d'exécution et difficultés d'exécution	127
§IV. Comparaison droit public / droit privé des règles d'exécution des contrats ..	128
Section II : Les concessions	129
§I. Profil des répondants	129
§II. Généralités.....	130
A – La perception de la notion de difficulté d'exécution.....	132
B – Mise en concurrence et difficultés d'exécution.....	133
1. Principe de mise en concurrence et difficultés d'exécution.....	133
2. Règles de passation et difficultés d'exécution.....	134
3. Temporalité de la passation et difficultés d'exécution	134
4. Formes contractuelles et difficultés d'exécution	135
5. Modifications du contrat et difficultés d'exécution.....	135
§III. Analyse des difficultés d'exécution liées aux règles de passation des concessions	136
A – La définition du besoin	137
B – Le contenu de la concession.....	139
C – La procédure de passation et la sélection des offres.....	141
1. Négociation.....	141
2. Sélection des offres	144
§IV. Comparaison droit public / droit privé des règles d'exécution des contrats ..	144
Section III : Les conventions d'occupation du domaine public	145
Partie 3 : Synthèse et recommandations	146
Section I : Synthèse	146
§I. Généralités	146
A – La perception de la notion de difficultés d'exécution	146
B – Mise en concurrence et difficultés d'exécution.....	147

§II. Difficultés d'exécution liées aux règles de passation des contrats publics.....	148
A – La définition du besoin	148
B – Le contenu du contrat.....	150
C – Organisation des achats / séparation des fonctions	151
D – Les procédures de passation et techniques d'achat	153
E – Les candidatures.....	154
F – Les offres.....	154
Section II : Recommandations.....	155
1/ La négociation	156
1.1/ 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.....	156
1.2/ Périmètre de la négociation	158
2/ Les offres anormalement basses	160
3/ Le sourcing	162
4/ Délai de mise au point / délai de préparation du chantier	163
5/ Exclusions liées à de mauvaises performances passées	164
6/ Anonymat des offres	165
7/ Faciliter et sécuriser le recours à la conception/réalisation	166
8/ Prévoir la possibilité d'auditionner les soumissionnaires en appel d'offres.....	167
9/ Réduire le poids des critères financiers.....	168

Introduction

1. Selon le mot bien connu du Doyen HAURIOU, « *le contrat est la tentative la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »¹. Cette conception du contrat comme acte de prévision, commune au droit public et au droit privé², découle naturellement du principe d'intangibilité des obligations contractuelles, corollaire du principe de la force obligatoire. En effet, le contrat, fût-il administratif, est, en général, imperméable aux aléas normaux d'exécution, aux risques³ qui font partie, selon l'expression classique, des « *chances du commerce* »⁴. Ceci explique que le Conseil d'État juge de longue date que le cocontractant de l'administration ne peut exciper d'une mauvaise appréhension de ses obligations au soutien d'une action indemnitaire, car il doit, « *avant de soumissionner, se rendre compte de la portée des obligations dont il [prend] la charge* »⁵.

Tout cela suppose cependant que le contrat soit en lui-même apte à garantir une bonne exécution, en un mot, qu'il soit effectivement un acte de prévision, un acte « *résilient* »⁶. Dès lors, c'est dans la période précontractuelle que se trouvent les ferments de l'exécution du contrat. Celle-ci doit être guidée par l'impératif de bonne exécution du contrat. Or, les règles de passation des contrats publics, en particulier des contrats de la commande publique, sont principalement guidées par les exigences de bonne utilisation des deniers publics et de respect de l'égalité concurrentielle. Certes, l'objectif d'efficacité de la commande publique est proclamé, mais celui-ci n'a rejoint le cortège des principes de la commande publique que depuis 2004 et ne semble pas encore avoir déployé toutes ses

¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, rééd. Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, 2010, p. 206.

² H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, p. 643.

³ T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 274, Paris, 2013.

⁴ CE, 9 avril 1875, *Sieur Vaury, fondé de pouvoir du sieur Darblay, Rec.*, p. 318.

⁵ CE, 10 janvier 1912, *Ville de Saint-Étienne, Rec.*, p. 22 à propos des marchés publics ; v. concernant les concessions de service public CE, 5 juin 1908, *Sieur Delmas c/ Ville de Pornic, Rec.*, p. 633.

⁶ L. SOURZAT, *Le contrat administratif résilient*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 308, Paris, 2019.

potentialités, surtout en ce qui concerne l'exécution.

Le présent rapport a donc vocation à résoudre la question de savoir si les règles de passation des contrats publics permettent d'assurer la bonne exécution du contrat ou, *a contrario*, sont source de difficultés d'exécution.

§I. L'objet de la recherche

A – La notion de difficultés d'exécution

2. La notion de difficultés d'exécution n'a jamais fait l'objet d'une conceptualisation. Apparue dans le Code de la commande publique à l'occasion de la loi ASAP du 7 décembre 2020, elle est simplement mentionnée dans les cahiers des clauses administratives générales, sans qu'une définition d'ensemble soit donnée. La jurisprudence ne formule pas non plus de définition d'ensemble, mais une analyse empirique des décisions du Conseil d'État et des cours administratives d'appel, comme des conclusions des rapporteurs publics, permet d'esquisser une typologie. Enfin, la doctrine se trouve silencieuse, n'employant l'expression que dans un sens courant. Ceci ne doit pas étonner : la notion de difficultés d'exécution apparaît en effet comme un pavillon qui regroupe une pluralité de situations et pour lequel un effort de typologie s'impose.

1. Approche théorique

3. **Apparition législative.** La notion de difficultés d'exécution est apparue très récemment dans le Code de la commande publique, puisque c'est la loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique qui l'a introduite, aux articles L.2711-6 et L.3411-6. Ces dispositions précisent, pour les marchés publics, que « *Les dispositions des articles L. 2711-7 et L. 2711-8 s'appliquent en cas de difficultés d'exécution du contrat nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception de celles qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* ». Ce n'est donc qu'à travers le prisme des circonstances exceptionnelles que la notion est abordée. Elle n'est, du reste, pas définie en tant que telle, mais il est possible de déduire des articles suivants quelles peuvent être ces difficultés d'exécution. Les articles L.2711-7 et L.3411-7 du Code visent expressément les situations dans lesquelles le titulaire ou le concessionnaire « *ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou de plusieurs obligations du contrat* ».

ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive ». Par ailleurs, l'article L.2711-8 concerne le cas dans lequel « *le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive* ».

Ce ne sont donc qu'à des difficultés de nature matérielle que se réfère le Code de la commande publique. Plus encore, il ne les mentionne que lorsque celles-ci sont susceptibles de déclencher l'application d'un mécanisme spécifique prévu aux livres relatifs aux circonstances exceptionnelles. Ce n'est donc pas à un état des lieux exhaustif que se livre le législateur.

4. Présence discrète dans les CCAG. Les CCAG contiennent des clauses de traitement de certaines difficultés d'exécution qui peuvent constituer autant d'indices. Dans la nouvelle version du CCAG travaux, issue de l'arrêté du 30 mars 2021, le terme de « *difficulté* » apparaît à douze reprises, mais toutes ne correspondent pas à des difficultés d'exécution. Concernant celles-ci, on peut identifier :

- La survenance de « *difficultés ou de circonstances imprévues au cours du chantier* » de l'article 18.2.2, justifiant une prolongation des délais d'exécution. Ici, le cahier ne précise pas quelle pourrait être la nature de ces difficultés. Le terme est donc employé dans un sens très général.
- Les difficultés du titulaire pour assurer l'exécution de la clause d'insertion sociale de l'article 20.1.4.4. Cette clause est intéressante puisqu'il y est stipulé qu'« *en cas de difficultés économiques, établies par un faisceau d'indices, l'entreprise attributaire peut demander au maître d'ouvrage la suspension ou la suppression de la clause d'insertion sociale* ». Ici, la difficulté d'exécution est donc de nature économique. Bien qu'aucune définition n'en soit donnée, la clause précise néanmoins que cette difficulté particulière d'exécution peut se révéler grâce à la méthode du faisceau d'indices, même s'il est difficile d'entrevoir quels peuvent être ces indices.
- Les difficultés dans l'obtention des autorisations administratives nécessaires à la bonne exécution du contrat de l'article 31.3, qui permettent, elles aussi,

une extension des délais d'exécution et qui constituent un cas topique de difficultés juridiques d'exécution.

- Enfin, les « *difficultés d'accès* » de l'article 31.8 relatif aux sujétions spéciales pour les travaux exécutés à proximité de lieux habités, fréquentés ou protégés, sont stipulés pour faire peser sur le titulaire la charge des coûts occasionnés par de telles difficultés. Il s'agit ici de difficultés purement matérielles d'exécution.

Le CCAG fournitures courantes et services apporte, lui aussi, des indications intéressantes. Le mot de difficulté est mentionné à huit reprises dont, là encore, seules certaines portent sur des difficultés d'exécution.

- Premièrement, à l'article 21.4, il est prévu que si des « *difficultés exceptionnelles de manutention* » non prévues par des documents du marché se révèlent lors de la livraison dans les locaux désignés, ces prestations donnent lieu à la conclusion d'un avenant et font l'objet d'une rémunération distincte.
- Secondement, l'article 40.1 s'intitule « *difficultés d'exécution du marché* ». Il stipule que « *lorsque le titulaire rencontre, au cours de l'exécution des prestations, des difficultés techniques particulières dont la solution nécessiterait la mise en œuvre de moyens hors de proportion avec le montant du marché, l'acheteur peut résilier le marché, de sa propre initiative ou à la demande du titulaire. Lorsque le titulaire est mis dans l'impossibilité d'exécuter le marché du fait d'un événement ayant le caractère de force majeure, l'acheteur résilie le marché* ». La difficulté d'exécution est ici assimilée à une difficulté de nature technique. Il faut, par ailleurs, noter qu'ici la difficulté d'exécution est aussi identifiée par le surcoût qu'elle génère et qui, dans la situation visée à cet article, est de telle ampleur qu'elle peut conduire à la résiliation du marché.
- Enfin, on retrouve aux articles 16.1.3.4 et 16.1.4 les mêmes stipulations que dans le CCAG travaux relatives aux difficultés d'engagement de publics visés par une clause d'insertion sociale.

5. Jurisprudence. Une analyse attentive de la jurisprudence du Conseil d'État et des cours administratives d'appel permet de saisir plus finement la notion

de difficultés d'exécution, quoique le juge n'en propose aucune conceptualisation. En réalité, la notion apparaît en tant que telle dans la jurisprudence administrative sous trois aspects.

D'abord, et cela constitue l'utilisation principale de la notion par le juge administratif, la notion de difficulté d'exécution est mobilisée dans l'énoncé des règles d'indemnisation des titulaires de marchés publics. Parfois, le juge retient une formule générale, comme la Cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt du 3 mars 2015 : *« lorsqu'une entreprise titulaire d'un marché est confrontée à des difficultés dans l'exécution de ce marché, elle peut être indemnisée des préjudices en résultant par la personne publique si ces difficultés sont, en tout ou partie, imputables à cette dernière; que, dans la négative, il appartient alors au participant à une opération de travail public qui estime avoir subi un préjudice en raison d'une faute commise par un autre participant de rechercher sa responsabilité quasi-délictuelle, dont le contentieux ressortit au juge administratif sauf si ces deux parties sont liées par un contrat de droit privé »*⁷. Mais plus fréquemment, la notion intervient lorsque le juge rappelle les règles d'indemnisation du titulaire d'un marché à prix forfaitaires, selon lesquelles *« les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique »*⁸.

Deux indications peuvent être déduites de l'utilisation de la formule. La première c'est que la difficulté d'exécution est directement liée à un surcoût pour l'entreprise titulaire du marché. Elle a donc une traduction en termes économiques, ce qui s'entend avec plus d'acuité dans certaines décisions dans lesquelles le juge relève la nécessité, pour l'entreprise demanderesse de produire tout *« élément de nature à justifier du lien entre les surcoûts qu'elle invoquait et les difficultés qu'elle faisait valoir »*⁹. La seconde c'est que le juge semble avoir une vision large de la notion de difficulté d'exécution, laquelle peut englober des situations extrêmement diverses qui sont cause de surcoûts.

⁷ CAA Paris, 3 mars 2015, *Sté Bouygues Travaux publics*, n°10PA01307.

⁸ CE, 5 juin 2013, *Région Haute Normandie*, n°352917, Lebon.

⁹ CE, 6 mars 2015, *Sté Hochtief Solutions AG*, n°376465.

Ensuite, la notion apparaît dans son sens le plus courant d'aléa de toute nature qui perturbe l'exécution normale du contrat. Ainsi, le juge peut parler de « *difficultés d'exécution* » à propos de retards de chantiers¹⁰, d'un différend entre deux titulaires de lots différents quant au périmètre de leurs obligations respectives¹¹, d'un allongement de la durée d'exécution par le maître d'ouvrage¹² ou encore des conséquences de toute nature du report de la date de démarrage des travaux par ce même maître d'ouvrage¹³, d'un phénomène naturel pouvant constituer une circonstance imprévue¹⁴, des conséquences d'une faute du maître d'œuvre¹⁵, comme une insuffisance des études de conception¹⁶. On constate alors que l'expression est autant utilisée pour désigner les difficultés d'exécution elles-mêmes que certaines causes de difficultés d'exécution, ce qui est de nature à brouiller la notion.

Enfin, il arrive que le juge administratif rappelle des stipulations contractuelles dans lesquelles la notion de difficultés d'exécution est mentionnée. On remarque alors que la généralité de l'expression peut permettre aux autorités contractantes de limiter contractuellement, voire d'exclure toute indemnisation face à la survenance de telles difficultés. Un bon exemple peut être tiré d'une décision *Commune d'Agde* du Conseil d'État de 2015¹⁷. Dans le cadre d'un marché de travaux, l'acheteur avait annexé au dossier de consultation des entreprises un rapport d'étude des sols, expressément stipulé à titre indicatif. Il était par ailleurs précisé au CCAP que « *l'entrepreneur est réputé s'être rendu compte sur le site de l'importance et de la nature des travaux à effectuer et de toutes les difficultés d'exécution liées à la nature du terrain et aux caractéristiques des installations existantes* ». Dans sa décision, rendue conformément aux conclusions de G. Pellissier, le Conseil d'État a estimé que cette clause transférait expressément à l'entrepreneur les aléas du marché et interdisait toute indemnisation fondée sur des travaux supplémentaires rendus nécessaires par la présence de sols plus durs que mentionné dans le rapport d'étude des sols.

Si la jurisprudence offre certains indices quant à la notion de difficultés

¹⁰ CE, 9 mars 2016, *Sté Baudin Châteauneuf*, 389154 ; CAA Bordeaux, 9 juil. 2020, *Sté SEBTP*, n°18BX00750.

¹¹ CAA Bordeaux, 20 mai 2020, *Sté Gaussen et Phuc*, n°18BX02280.

¹² CAA Lyon, 9 janv. 2020, *Sté Acem*, n°17LY00906.

¹³ CAA Marseille, 16 déc. 2019, *Sté Cari*, n°17MA03675.

¹⁴ CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, *SAS Barbot CN*, n°19BX03235.

¹⁵ CAA Lyon, 2 sept. 2019, *Sté Socce Travaux publics*, n°17LY00687.

¹⁶ CAA Paris, 3 mars 2015, *Sté Bouygues Travaux publics*, *op. cit.*

¹⁷ CE, 9 janv. 2015, *Commune d'Agde*, n°370576.

d'exécution grâce à l'utilisation qu'elle fait de l'expression, la seule analyse des décisions de justice se trouve insuffisante à cerner la notion. Un essai de typologie plus exhaustif apparaît alors nécessaire.

6. Essai de typologie. Dans une acception générale, la difficulté d'exécution peut se définir comme toute situation compromettant l'exécution normale du contrat telle que prévue par ses clauses et faisant peser, directement ou indirectement, une charge sur les parties que celles-ci n'auraient pas dû supporter. La difficulté ici tient au fait que la difficulté d'exécution peut entraîner diverses conséquences, qui s'analysent selon une échelle graduée. La difficulté d'exécution peut en effet se trouver résolue par un accord amiable entre les parties, éventuellement matérialisé par une transaction ou un avenant. Elle peut encore aboutir à un différend, éventuellement réglé par le recours à un mode alternatif de règlement des litiges. Elle peut enfin conduire à un contentieux. Seules celles ayant atteint ce stade sont révélées par la jurisprudence administrative, d'où l'impossibilité d'avoir une vision parfaitement exhaustive.

Du reste, il est parfois difficile de distinguer la difficulté d'exécution en tant que telle de ses causes, tant les deux sont souvent directement liées. Il est cependant possible de regrouper les différentes difficultés d'exécution en quatre catégories, qui ne sont pas exclusives les unes des autres, mais qui ont l'avantage de la clarté :

- **Les difficultés techniques d'exécution** : il s'agit des difficultés qui portent spécifiquement sur les aspects techniques de l'exécution du contrat. En cela, elles supposent la mobilisation de procédés techniques d'exécution non initialement prévus au contrat et qui engendrent un surcoût. Tel est par exemple le cas du recours à des engins ou des méthodes spécifiques pour surmonter une difficulté matérielle caractérisant une sujétion technique imprévue ou encore de toutes difficultés « *liées à la nature du terrain et aux caractéristiques des installations existantes* », pour reprendre la formulation large de la jurisprudence *Commune d'Agde* précitée.
- **Les difficultés juridiques d'exécution** : peut-être plus difficiles à appréhender, il s'agit de toute difficulté survenant dans l'interprétation des clauses contractuelles. Ce peut être une insuffisance rédactionnelle de certaines clauses, une ambiguïté ou encore une contradiction entre plusieurs clauses. Dans ces diverses situations, la difficulté juridique est d'ordre

contractuel et peut conduire, en cas de désaccord persistant entre les parties sur le sens à donner aux clauses contractuelles, à un contentieux. Il reviendra alors au juge de déterminer le sens de ces clauses en recherchant quelle a été la commune intention des parties au moment où l'accord a été conclu. Mais les difficultés juridiques peuvent aussi être extracontractuelles, dans l'hypothèse de difficultés dans l'obtention d'une autorisation administrative nécessaire à l'exécution du contrat, une situation prévue à l'article 31.3 du CCAG travaux.

- **Les difficultés économiques d'exécution** : il s'agit de difficultés d'ordre économique extérieures au contrat, pesant soit sur l'autorité contractante (finances publiques dégradées), soit sur le titulaire (difficultés de trésorerie extérieures à l'exécution du contrat) et qui influencent négativement l'exécution du contrat. Un exemple est celui des difficultés économiques rendant impossible l'exécution de la clause sociale, prévue à l'article 20.1.4.4 du CCAG travaux. Par ailleurs, une situation d'imprévision, qui constitue un aléa économique, est fortement susceptible d'entraîner de telles difficultés économiques pour l'entreprise titulaire du contrat.
- **Les autres difficultés d'exécution** : d'autres difficultés d'exécution, qui ne peuvent s'insérer dans ces catégories peuvent aussi survenir et dont les causes sont multiples : cela peut être lié à une faute du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre (mauvaise définition du besoin), à la mauvaise exécution d'un lot par une autre entreprise qui a des répercussions sur l'exécution d'un autre lot, ou tout simplement à un aléa extérieur. Toutes ces difficultés peuvent induire des surcoûts ou des retards dans l'exécution du contrat.

2. Approche pratique

7. Afin de vérifier la typologie ainsi dressée à l'aune de la jurisprudence et des clauses contractuelles contenues dans les CCAG, les personnes interrogées dans le cadre de l'enquête qualitative ont été sondées sur la question de la définition des difficultés d'exécution. Par ailleurs, deux questions dédiées étaient présentes dans le questionnaire quantitatif.

8. **Enquête qualitative.** La première question posée aux participants à l'enquête qualitative a systématiquement été celle de la définition de la notion de

difficulté d'exécution. Il était demandé aux personnes interviewées de livrer leur propre définition des difficultés d'exécution, puis la typologie présentée précédemment leur était proposée avant de leur demander leur avis sur la pertinence du critère de la charge induite comme élément d'identification de la difficulté d'exécution.

D'abord, le caractère relativement insaisissable de la notion a été révélé, les définitions proposées par les personnes interrogées variant de façon notable. Ces réponses peuvent se regrouper selon trois catégories distinctes.

- Certains juristes ont proposé une définition très large des difficultés d'exécution. Selon cette proposition, constitue une difficulté d'exécution, tout décalage entre les prévisions formalisées dans l'*instrumentum* et la réalisation effective des prestations. Il s'agit, selon la formule pleine de sens d'une personne interrogée, de la différence entre ce qui a été convenu à l'écrit et la « *vraie vie du contrat* » et dont les conséquences peuvent être de diverses natures : modification du contrat, contentieux... Dans cette perspective, ce sont surtout les maladresses rédactionnelles et la mauvaise conception des contrats qui étaient pointées du doigt.
- D'autres ont opté pour une définition davantage en phase avec la jurisprudence administrative, en particulier la jurisprudence *Haute Normandie*¹⁸ : la difficulté d'exécution est la conséquence indemnisable de sujétions imprévues ou d'une faute du maître d'ouvrage. Toutefois, les personnes ayant proposé cette définition reconnaissent généralement son caractère trop restrictif après discussion.
- D'autres, enfin, préfèrent raisonner en termes de causes et évoquent toutes celles qui pourraient être à l'origine de difficultés d'exécution : aléas imprévisibles de toute nature, faute de l'un des contractants...

9. Ensuite, lorsque la typologie leur est présentée, les interviewés sont massivement en accord avec celle-ci, bien qu'ils n'aient pas tous rencontré toutes les situations dans leurs pratiques. En revanche, tous n'étaient pas en accord avec le critère de la charge induite pour identifier les difficultés d'exécution. Pour une majorité d'entre eux, les difficultés d'exécution engendrent nécessairement des surcoûts, qu'ils soient directs, ou indirects notamment si la difficulté entraîne une

¹⁸ CE, 5 juin 2013, *Région Haute Normandie*, *op. cit.*

prolongation des délais (une telle prolongation fait nécessairement peser une charge sur l'entreprise titulaire, à un moment ou à un autre). Cependant, certaines personnes interrogées ont soulevé le caractère peu opérationnel du critère du surcoût, car il n'est bien souvent pas immédiatement perceptible, mais ne sera révélé dans toute son ampleur qu'au moment du décompte, provisoire ou définitif. D'autres juristes estiment, en revanche, que toute difficulté n'est pas nécessairement génératrice de surcoûts et que certaines peuvent se régler à l'amiable sans qu'il n'y ait de conséquences sur l'économie du contrat. Il peut en aller ainsi des difficultés d'interprétation.

Finalement, si les personnes interrogées s'accordent à dire que la notion est particulièrement difficile à cerner avec précision, tous s'accordent sur le fait qu'il ne faut pas confondre difficulté d'exécution avec défaut d'exécution, laquelle relève de l'inexécution du contrat. Par ailleurs, n'entrent pas dans le périmètre des difficultés d'exécution les prestations supplémentaires. Il n'en reste pas moins que les causes peuvent être les mêmes.

B – Une approche large des règles de passation

10. Le choix a été fait d'opter pour une conception large des règles de passation et de ne pas limiter le champ de l'étude aux seules règles de publicité et de mis en concurrence *stricto sensu*. Sont donc également intégrées à la présente étude les règles relatives à la préparation des marchés ou des concessions, telles que la définition des besoins, la fixation du contenu du contrat et l'organisation des achats.

Par ailleurs, le périmètre de l'étude englobe non seulement les contrats de la commande publique, mais encore les contrats d'occupation du domaine public puisque depuis l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017, l'article L.2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques pose le principe d'une procédure de sélection préalable à l'attribution des titres domaniaux. Toutefois, cette procédure de sélection étant fixée librement par la personne publique propriétaire de la parcelle, ce n'est qu'à la marge que l'étude portera sur ces contrats particuliers.

§II. L'état de la recherche

A – Une doctrine juridique quasi-silencieuse

11. La question de l'exécution, saisie récemment par le droit des contrats publics. La doctrine juridique ne s'est jamais réellement saisie de la question des liens entre les règles de passation et les difficultés d'exécution des contrats publics. Cela ne doit pas étonner, tant le droit de la commande publique a longtemps été perçu comme le droit des procédures de passation dont les objectifs étaient étrangers à la prévention des difficultés d'exécution. La question de l'exécution des contrats n'était donc que peu appréhendée par les textes et, partant, peu explorée par la doctrine¹⁹. Si la question de l'exécution a fait son entrée dans le droit européen avec les directives de 2014 et semble marquer une volonté de faire des principes de la commande publique les normes directrices de l'ensemble de la vie des marchés publics, depuis leur passation jusqu'à leur exécution²⁰, il reste que ces règles d'exécution ont surtout vocation à ce que les règles de mise en concurrence ne soient pas dévoyées au stade de l'exécution. Ainsi, les règles de modification des contrats de la commande publique prévues par les directives n'ont pas pour objectif premier d'assurer une bonne exécution du contrat, mais bien d'éviter que les conditions initiales de la mise en concurrence ne soient pas remises en cause.

Cette prise en considération de la phase d'exécution dans le droit de la commande publique s'est logiquement poursuivie avec le Code de la commande publique. Ainsi, comme le souligne M. UBAUD-BERGERON, on a assisté à une « *restructuration significative des règles d'exécution* »²¹, le Code identifiant des règles d'exécution communes à tous les contrats de la commande publique et fixant des règles particulières applicables aux marchés publics²² et aux concessions²³. Néanmoins, le constat est systématiquement dressé que ces règles d'exécution ont avant tout pour finalité d'éviter que ne soient remises en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. Par ailleurs, certaines règles générales applicables aux contrats administratifs, dégagées par la jurisprudence, ont été

¹⁹ P. DELELIS, « Le régime d'exécution des contrats d'achat public », *CMP*, 2005, n°5, étude 10.

²⁰ J.-F. KERLEO, « L'encadrement de l'exécution des marchés publics par le droit de l'Union européenne. Réflexions sur la proposition de directive relative à la passation des marchés publics », *CMP*, 2013, n° 1, étude 1.

²¹ M. UBAUD-BERGERON, « Passation et exécution : le Code de la commande publique innove-t-il ? », *RFDA*, 2019, p. 219.

²² H. HOEPFFNER, « Exécution des marchés publics », *CMP*, 2019, n°1, dossier 7.

²³ S. BRACONNIER et S. MESLIN, « Contrats de concession », *CMP*, 2019, n°1, dossier 11.

codifiées à l'article L.6 du Code²⁴. Il en va ainsi du pouvoir de direction et de contrôle qu'exerce l'autorité contractante sur le titulaire, de la théorie de l'imprévision ou encore des pouvoirs de modification unilatérale et de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général.

12. L'absence d'étude d'ensemble sur les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution. Pour autant, les liens unissant la passation et l'exécution sont généralement passés sous silence. La littérature est abondante en ce qui concerne les règles de passation en elles-mêmes, mais leurs conséquences en termes d'exécution ne sont pas étudiées en tant que telles. Ce n'est, en effet, qu'à travers de développements généraux que les influences des règles de passation – ou de leur mauvaise application²⁵ – peuvent être étudiées²⁶, ou à travers le prisme du principe d'efficacité de la commande publique, très réducteur ou sans conséquence juridique concrète²⁷ ou, enfin, sur un point particulièrement précis et tiré d'une situation qui se serait rencontrée en jurisprudence, telle qu'une difficulté d'exécution induite d'un allotissement mal réalisé²⁸. Il faut dire que ce relatif silence de la doctrine n'est pas étonnant tant la plupart des difficultés d'exécution ne se dévoilent qu'à la suite d'un examen attentif de la pratique et n'atteignent jamais le stade contentieux. Ainsi, par nature, le sujet ici traité suppose un recueil de données empiriques qui ne peut être permis que par le recours à des enquêtes de terrain et des sondages.

13. Éléments de doctrine étrangère. Dans la littérature anglo-saxonne, la question des effets des procédures de passation sur l'exécution des contrats publics est davantage étudiée, bien que les sources soient, là encore, assez restreintes. Elle fait même parfois l'objet d'enseignements spécifiques.

²⁴ V. sur ce point : Ch. MAUGÛE et S. ROUSSEL, « La codification de la jurisprudence dans le Code de la commande publique : jusqu'où ? », *RFDA*, 2019, p. 213.

²⁵ Un auteur note ainsi, à propos de la définition du besoin qu'« outre qu'elle garantit la bonne réussite de la procédure de passation d'un marché public, [la bonne définition des besoins] conditionne également l'exécution des marchés publics », soulignant par-là que ce n'est pas tant la règle qui est source de difficultés d'exécution, mais sa mauvaise application par les acheteurs : N. RICCI, « La définition préalable des besoins : une étape clé conditionnant l'efficacité du processus d'achat », *Contrats publics*, Mai 2016, n°165, p. 24.

²⁶ Par ex. F. OLIVIER et C. LIET-VEAUX, « La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? », *CMP*, 2016, n°7, étude 5 ; I. HASQUENOPH, *Contrats publics et concurrence*, Dalloz, Nouv. bibl. de thèses, vol. 206, 2021, p. 640.

²⁷ C. PREBISSY-SCHNALL, « Efficacité de la commande publique et offre anormalement basse », *Cont., conc., cons.*, 2011, n°4, comm. 97 ; P. MOREAU, « Pour une meilleure efficacité des achats publics : la notion d'offre excessive », *JCP A*, 2015, n°45, 2321.

²⁸ Par ex. F. OLIVIER, « Allotissement et révision du prix », *JCP E*, 2010, n°12, 1302.

La tradition contractuelle de *common law* étant *a priori* étrangère à l'existence d'un déséquilibre entre la partie publique et la partie privée à un contrat public, l'accent est souvent mis sur les craintes de « *comportements abusifs* »²⁹ de la part des autorités contractantes dans le cadre de l'exécution du contrat, lesquels comportements seraient liés à une mauvaise conception du contrat³⁰, d'où la nécessité d'établir au préalable une matrice des risques pertinente, notamment dans l'hypothèse d'un contrat à forte valeur³¹.

Mais l'analyse de la doctrine anglophone révèle aussi un intérêt accru porté à la fiabilité de l'opérateur économique, ce qui témoigne de l'importance de la question de la bonne exécution du contrat. Ainsi, les performances passées des opérateurs économiques occupent une certaine place dans la réflexion. Aux États-Unis, l'article 15.304 de la *Federal acquisition regulation* (FAR) précise, par exemple, que pour les contrats négociés passés par les autorités fédérales, les performances passées de l'entreprise doivent obligatoirement constituer un critère de sélection pour les contrats d'un montant supérieur à 250 000 dollars. Par ailleurs, l'absence de données sur ces performances passées est considérée comme une problématique sérieuse pour les autres contrats³². Cette question de l'exclusion des candidats au regard de leurs performances passées est aussi évoquée par la doctrine européenne³³, qui souligne l'intérêt de cette possibilité, mais note qu'elle est souvent difficile à mettre en œuvre en pratique.

La doctrine hollandaise a, elle aussi, pu s'intéresser à la question, mais il faut d'emblée souligner que la problématique se pose en des termes différents aux Pays-Bas où l'exécution des contrats de la commande publique est régie par le droit civil. Peuvent donc survenir des frictions entre le droit de la passation, directement issu des directives européennes et le droit civil néerlandais qui régit la phase

²⁹ R. VORNICU, « The Rules on Performance of the Concession Contract under the 2014 Concession Directive and the Triangle of Rights: A Brief Dialectic », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 11, no. 3, 2016, p. 159-165.

³⁰ « Contract Performance », *Army Lawyer*, 2003, no. 1 - 2 (January/February 2003), Chicago, p. 92-127.

³¹ K. BLOOMFIELD, T. WILLIAMS, C. BOVIS, Y. MERALI, « Systemic risk in major public contracts », *International Journal of Forecasting*, Volume 35, Issue 2, April-June 2019, pp. 667-676.

³² F. KUSHNIR, « Evaluating offerors without past performance information: the good, the bad, and the neutral », *Public Contract Law Journal*, Winter 2006, Vol. 35, n° 2, p. 317-336.

³³ A. BROWN, « The right of a contracting authority to exclude an economic operator due to its defective performance of a prior public contract: Meca Srl v Naples (C-41/18) », *Public Procurement Law Review*, 2020, n° 2, p. 55-57 ; M.-N. DE OLIVEIRA, « The Exclusion of an Economic Operator Based on Significant or Persistent Deficiencies in the Performance of a Prior Public Contract », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, 2016, n° 4, p. 340-345.

d'exécution³⁴. Les auteurs estiment que les règles de passation issues des directives sont particulièrement lourdes³⁵ et que la procédure de passation induit un déséquilibre en faveur de l'acheteur qui peut être source de difficultés d'exécution³⁶ d'autant plus que cette phase est régie par le droit civil, lequel est sous-tendu par un principe d'égalité entre les contractants. Néanmoins, passé ce constat, les auteurs n'entrent pas dans le détail des règles qui, prises individuellement, pourraient plus ou moins être sources de difficultés d'exécution.

B – Les apports de la doctrine économiste

14. La doctrine économiste, essentiellement anglophone, s'est davantage saisie de la thématique des liens entre passation et exécution. Ce ne sont pas les difficultés d'exécution en tant que telles qui sont envisagées, mais la renégociation, témoin de la nécessité d'évolution contractuelle, et l'efficacité de la commande publique. Un contrat qui n'est pas efficace peut être défini comme un contrat renégocié ou dont la qualité du bien ou du service fourni est réduite³⁷.

15. **L'impact de la mise en concurrence sur l'exécution du contrat.** D'après les textes européens et nationaux, la mise en concurrence vise à assurer la transparence des procédures, l'égalité entre les candidats et la liberté d'accès à la commande publique. Une étude japonaise montre toutefois que l'introduction de procédures transparentes dans les marchés publics ne garantit pas leur efficacité ; l'auteur montre que le prix des contrats n'est réduit que d'environ 3%³⁸. Une autre étude, italienne cette fois, constate au contraire que la publicité pousse la compétitivité des entreprises au niveau du prix du fait de la pression concurrentielle³⁹.

Ces auteurs estiment par ailleurs que l'augmentation de la publicité n'a pas d'impact sur la diminution des renégociations des contrats, lesquelles sont perçues

³⁴ C.E.C. JANSEN, « Wisselwerking tussen aanbestedingsrecht en verbintenissenrecht », *TA* 2008, p. 526-540.

³⁵ R. LEETHER, « Zin en onzin van het aanbestedingsrecht », *NJB* 2006, p. 2127-2128.

³⁶ S. MUTLUER, C.E.C. JANSEN, ' »Overheidsaanbestedingen en onevenwichtige contractvoorwaarden in de ingenieursbranch », *Tender Nieuwsbrief*, januari 2013, p. 4-5; S. MUTLUER, C.E.C. JANSEN, « Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van machtoverwicht van aanbesteders », *NTBR* 2007, p. 186- 193.

³⁷ L. ATHIAS et L. CHEVER, « Efficacité relative des appels d'offres concurrentiels », in S. SAUSSIER, *Economie des partenariats publics-privés*, De Boeck, 2015, p. 143.

³⁸ H. OHASHI, « Effects of transparency in procurement practices on government expenditure: A case study of municipal public works », *Review of Industrial Organization*, 34(3), 2009, p. 267.

³⁹ D. COVIELLO, M. MARINIELLO, « Publicity Requirements in Public Procurement: Evidence from a Regression Discontinuity Design », *Journal of Public Economics*, 2013.

négativement. D'autres auteurs confirment ce point, qui se sont penchés sur les effets des seuils de procédure formalisée européens. Ils ont étudié des contrats situés juste au-dessus ou juste en dessous. Pour ces derniers, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité contractante est plus important : il n'emporte toutefois aucune conséquence sur les mesures d'exécution (durée des travaux ou renégociation monétaire)⁴⁰. Pour cette tendance, la mise en concurrence serait neutre.

Si la formalisation de la procédure de passation n'a pas d'aspect positif, elle peut en revanche avoir des aspects négatifs selon d'autres auteurs. Une étude démontre que le recours à la procédure adaptée, c'est-à-dire aux procédures en dessous des seuils formalisés européens, fluidifie la procédure de passation des contrats. Un degré de formalisme haut conduit à se concentrer davantage sur le respect de ces règles que de se concentrer sur l'efficacité des résultats. Cela peut donc avoir des incidences négatives sur l'efficacité de l'exécution des contrats publics⁴¹.

Une autre étude démontre que des marchés globaux permettent une exécution plus aisée sur certains aspects. À partir de contrats italiens conclus au-dessus des seuils européens, les auteurs avancent toutefois que les marchés de conception-réalisation peuvent être sujets à des renégociations en matière de prix si les spécifications n'étaient pas assez détaillées. Ces contrats offrent néanmoins une meilleure adaptabilité en cours d'exécution, les retards étant facilement absorbables car l'entreprise peut s'organiser comme elle l'entend⁴². Il existe donc quelques divergences d'appréciations sur l'impact de la mise en concurrence, mais cela peut, peut-être, s'expliquer par des différences de contextes nationaux.

16. L'importance de la définition du besoin sur l'exécution du contrat. La doctrine économiste est unanime pour souligner l'importance de la définition du besoin dans les contrats publics. Des auteurs ont réalisé une étude empirique des hypothèses de modification contractuelle. Elles sont principalement dues à des spécifications techniques déficientes, un bouleversement du programme

⁴⁰ D. COVIELLO, A. GUGLIELMO, G. SPAGNOLO, « The Effect of Discretion on Procurement Performance », *Research Paper Series CEIS*, Vol. 13, Issue 11, No. 361, November 2015.

⁴¹ A. BOULEMIA et J. MOORE, « Procedural Rules and their Impact on Procurement Outcomes: Evidence from France », Document de travail Chaire EPPP, n°2014-10, Septembre 2014.

⁴² F. DECAROLIS et G. PALUMBO, « Renegotiation of public contracts: An empirical analysis », *Economics Letters*, Volume 132, July 2015, p. 77.

ou des changements dans les conditions de chantier⁴³.

Une étude démontre que la non-efficacité des contrats publics est notamment liée à la définition et la prévision des besoins et aux asymétries d'informations entre l'autorité contractante et les entreprises (savoir-faire des entreprises et mauvaise diffusion de l'information de la part des autorités contractantes)⁴⁴. Les auteurs expliquent les difficultés liées à la mise en œuvre des appels d'offres du fait de l'absence de négociation. L'un des paramètres de l'efficacité de l'appel d'offres est la capacité de l'acheteur à définir précisément son objet. Si l'objet est mal expliqué, par exemple parce que les agents sont surchargés, les entreprises peuvent hésiter à candidater en raison des coûts de recherche d'information pour répondre correctement à l'appel d'offres. Lorsque les obligations sont mal spécifiées, cela engendre une incertitude qui peut elle-même conduire à une sélection adverse. C'est le candidat le plus optimiste qui remporte le marché (celui qui aura interprété au mieux les incertitudes). Une fois le contrat conclu, les parties sont en situation de monopole bilatéral et des renégociations coûteuses peuvent intervenir. L'une des solutions à la sélection adverse est les « enchères multicritères » (réelles, c'est-à-dire une meilleure prise en compte des aspects qualitatifs de l'offre ou de la réputation du candidat), mais avec le risque d'opacité lié à l'accroissement du pouvoir discrétionnaire de l'autorité contractante. La solution doit donc être mûrement réfléchie.

La définition du besoin passe par des études préalables. La doctrine a également démontré l'importance des coûts d'adaptation ultérieure du fait de l'incomplétude de la conception et des spécifications du projet. Il est donc proposé d'augmenter les coûts et les efforts *ex ante* avant que la mise en concurrence ne soit lancée⁴⁵.

Une solution pour contribuer au renforcement de la définition du besoin est la négociation et la souplesse qu'elle peut apporter.

17. La négociation en phase de passation et son encadrement. De manière unanime, la doctrine économiste corrèle complexité du contrat et nécessité de négociation. Dans une étude empirique menée sur des contrats d'un organisme

⁴³ P. BAJARI, R. MCMILLAN et S. TADELIS, « Auctions versus negotiations in procurement: An empirical analysis », *J Law Econ Organ*, 25(2), 2009, p. 372.

⁴⁴ L. ATHIAS et L. CHEVER, « Efficacité relative des appels d'offres concurrentiels », *op.cit.*

⁴⁵ P. BAJARI, S. HOUGHTON et S. TADELIS, « Bidding for incomplete contracts: An empirical analysis », *American Economic Review*, 104(4), 2014, p. 1288.

OPHLM, des auteurs dressent le constat suivant : lorsque le contrat est complexe, l'autorité contractante rencontrera des difficultés pour définir son besoin seule (ou plus exactement des moyens répondant à ses besoins, mais la doctrine économiste ne fait pas vraiment la différence). Le fait de discuter des détails du projet réduit l'asymétrie informationnelle et le niveau d'incertitude des entreprises⁴⁶. Cette position doctrinale est confirmée par une autre étude selon laquelle les contrats complexes doivent être attribués à la suite d'une procédure souple – en recourant à la négociation par exemple – car les acteurs peuvent échanger⁴⁷.

Une étude montre toutefois que la renégociation du contrat une fois que celui-ci est conclu peut augmenter si le contrat comprend des clauses de modes alternatifs de règlement des litiges par exemple⁴⁸. Les auteurs analysent les hypothèses de renégociations de contrats de concessions et les paramètres pouvant influencer dessus. Il semblerait alors que la présence de clauses rendant la renégociation moins coûteuse influe sur sa fréquence, de même que le niveau des obligations d'investissement de départ. La Banque Mondiale conseille d'ailleurs de limiter la renégociation des contrats de concession⁴⁹. La crainte motivant cette position est celle de comportements opportunistes annihilant les effets bénéfiques de la concurrence faite en amont.

Afin de lutter contre les comportements néfastes vis-à-vis de la concurrence, la qualité des institutions – peu enclines à la corruption notamment – reste primordiale⁵⁰. Une étude démontre que les renégociations sont certes souhaitables, car elles apportent de la flexibilité au contrat, mais il faut en parallèle « *la présence d'un cadre institutionnel de qualité afin de décourager les comportements opportunistes* »⁵¹.

18. Les propositions de renforcement de l'efficacité de la commande publique. Dans une note de 2015, les économistes Stéphane SAUSSIÉ et Jean TIROLE formulent des recommandations afin de renforcer l'efficacité de la

⁴⁶ L. CHEVER et J. MOORE, « Discretion and Efficiency in Public Procurement: Evidence from France », *Document de travail Chaire EPPP*, n°2012/09, Décembre 2012.

⁴⁷ E. CHONG, M. KLIEN et S. SAUSSIÉ, « The quality of governance and the use of negotiated procurement procedures: Some (un)surprising evidence from the European Union », *Document de travail Chaire EPPP*, 2014.

⁴⁸ J. GUASCH, J.-J. Laffont et S. STRAUB, « Renegotiation of Concession Contracts in Latin America: Evidence from the Water and Transport Sectors », *International Journal of Industrial Organization*, 2008.

⁴⁹ J. GUASCH, « Granting and Renegotiating Infrastructure Concession: Doing It Right », *The World Bank*, 2004.

⁵⁰ E. CHONG, M. KLIEN et S. SAUSSIÉ, *op.cit.*

⁵¹ J. BEUVE, A. LE LANNIER et Z. LE SQUEREN, « La renégociation dans les PPPs : risques et opportunités », *EPPP DP*, 2014-09, Septembre 2014.

commande publique⁵². Les objectifs de la commande publique doivent être précisés. Les contrats doivent satisfaire un besoin identifié ; les objectifs sociaux et environnementaux n'ont donc pas leur place. La concurrence doit être renforcée, notamment au travers de la négociation et de la dématérialisation des contrats. La transparence de la négociation et des activités gérées directement par la personne publique doit être appuyée. Les auteurs proposent également de rendre publics les rapports d'analyse des offres. Les compétences de la partie publique doivent être renforcées : il s'agit de professionnaliser les acheteurs publics, capitaliser l'expérience et renforcer l'encadrement des marchés importants.

Cette note n'a pas laissé indifférente la doctrine juridique concernant la poursuite d'objectifs sociaux et environnementaux par la commande publique. Pour Laurent RICHER, il s'agit d'un vieux débat ravivé trop tard. Les directives de 2014 n'envisagent plus l'environnement comme un objectif secondaire. L'ouverture à la concurrence et les objectifs sociétaux n'ont plus de rapport hiérarchique en termes d'importance. Laurent RICHER propose des caractéristiques que devront respecter les critères pour que les différents objectifs de la commande publique soient respectés⁵³.

En outre, il argue que les juristes ne peuvent être les seuls à traiter des questions de la commande publique, ils sont concurrencés par les économistes⁵⁴ ou les politiques.

C – Approches statistique et jurisprudentielle

19. Afin d'entrevoir les liens entre négociation et difficultés d'exécution, deux premières études statistiques ont été conduites sur la base de données disponibles en ligne. La première visait à déterminer s'il existait une corrélation entre les différentes procédures de passation et les difficultés d'exécution, matérialisées par une renégociation des marchés. La seconde avait pour objet de déterminer dans quelle mesure la jurisprudence limitait le périmètre de la négociation.

⁵² J. TIROLE et S. SAUSSIER, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, n° 22, Avril 2015.

⁵³ L. RICHER, « Une analyse décalée », *AJDA*, 2015, p. 1065.

⁵⁴ M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA*, 2016, p. 218 : « la commande publique ne peut pas être appréhendée à l'aune de seules considérations juridiques, ce qui explique que dans les nombreuses propositions formulées afin d'améliorer son efficacité, les juristes soient souvent concurrencés aujourd'hui par les économistes »

20. La renégociation des contrats publics en fonction de la procédure de passation. Grâce aux données globales récoltées sur la base de données des marchés publics passés au sein l'Union européenne dénommée « TED » (*Tenders Electronic Daily*)⁵⁵ et à l'aide du Professeur SAUSSIÉ, il est possible, sur des périodes spécifiques, de dresser des taux d'utilisation des différentes procédures de passation. Par ailleurs, la base de données indique également le nombre de contrats ayant été renégociés ainsi que la procédure de passation initiale de ces contrats, également sur une période donnée. Naturellement, le fait qu'un contrat de la commande publique soit renégocié n'est pas nécessairement lié à des difficultés d'exécution induites de la procédure de passation : il est tout à fait envisageable que la renégociation soit consécutive à un aléa extérieur que les parties n'avaient pu anticiper au moment de la conclusion du contrat ou soit liée à la durée du contrat. Toutefois, la confrontation des deux éléments – taux d'utilisation des différentes procédures de passation et taux de renégociation par rapport à la procédure de passation – peut livrer des enseignements généraux.

Ainsi, entre 2010 et 2019, 436 282 contrats de la commande publique ont été conclus en France selon la base de données TED, c'est-à-dire pour un montant *a priori* supérieur aux seuils européens. Si l'on retire les contrats pour lesquels aucune information concernant leur mode de passation n'est renseignée restent 347 343 contrats pour lesquels les données sont exploitables. L'on peut constater que l'appel d'offres est très majoritairement utilisé par rapport aux autres procédures, ce qui n'est pas surprenant :

- Contrats passés selon la procédure d'appel d'offres (ouvert ou restreint) : 298 433, soit **85,92 %** ;
- Contrats passés selon la procédure négociée avec mise en concurrence: 34 490, soit **9,93 %** ;
- Contrats passés selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence : 12 264, soit **3,53 %** ;
- Contrats passés à la suite d'un dialogue compétitif : 2156, soit **0,62 %**.

Par ailleurs, en ce qui concerne les contrats qui ont fait l'objet d'une renégociation, c'est-à-dire d'une modification publiée sur TED⁵⁶, les données

⁵⁵ Voir : <https://ted.europa.eu/>.

⁵⁶ Une telle publication de ces données sur la base TED est obligatoire pour les marchés publics dont le montant excède les seuils européens. Elle n'est que facultative pour les marchés d'un montant inférieur à ces seuils.

disponibles entre 2016 et 2020 inclus font état de 862 occurrences. Pour 608 de ces contrats, des informations quant à leur mode d'attribution sont disponibles :

- Contrats passés selon la procédure d'appel d'offres (ouvert ou restreint) : 527, soit **86,68 %** ;
- Contrats passés selon la procédure négociée avec mise en concurrence : 60, soit **9,86 %** ;
- Contrats passés selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence : 12, soit **1,98 %** ;
- Contrats passés à la suite d'un dialogue compétitif : 9, soit **1,48 %**.

Naturellement, de telles données ne peuvent donner qu'un aperçu général, d'autant qu'il est impossible de vérifier si les contrats ayant fait l'objet de renégociation entre 2016 et 2020 sont ceux ayant fait l'objet d'une procédure de passation entre 2010 et 2019. Toutefois, au regard du caractère comparable des taux entre d'une part les différentes procédures de passation et d'autre part les renégociations en fonction des différentes procédures de passation (à l'exception de la négociation sans publicité ni mise en concurrence et du dialogue compétitif, mais le faible nombre de contrats concernés – respectivement 12 et 9 – rend délicat une approche statistique), il semble que la procédure de passation n'ait pas d'influence en tant que telle sur la probabilité d'une renégociation du contrat. On peut toutefois présumer que les contrats ayant fait l'objet d'une procédure négociée ou d'un dialogue compétitif sont des contrats plus complexes que ceux ayant fait l'objet d'un appel d'offres donc plus susceptibles de faire l'objet de renégociations. Le fait que leur taux de renégociation soit proportionnel aux taux d'utilisation de ces procédures peut laisser penser que la négociation ou le dialogue compétitif ont réduit le risque de renégociation.

21. Les limites jurisprudentielles à la négociation. Lorsque l'acheteur a recours à la procédure négociée, il peut, théoriquement, tout négocier à l'exception, selon l'article R.2161-17 du Code de la commande publique, des critères d'attribution et des exigences minimales qu'il a initialement fixées, ceci afin de ne pas remettre en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. Cependant, une recherche sur la base de données jurisprudentielle LexisNexis ne donne aucun résultat pertinent aux entrées combinées « exigences minimales » et « marchés publics » (aucun cas d'une négociation qui aurait outrepassé ces exigences

minimales. Afin d'affiner l'analyse, une autre recherche a été conduite avec les entrées combinées « conditions initiales » et « marché public », étant entendu que la modification en cours de négociation de ces exigences minimales est de nature à remettre en cause les « conditions initiales de la mise en concurrence », selon l'expression communément utilisée par le juge administratif. Cette recherche a abouti à 18 résultats, dont 15 arrêts de cours administratives d'appel et 3 décisions du Conseil d'État, dont aucun ne portait précisément sur une remise en cause des conditions initiales de la mise en concurrence à la suite d'une négociation qui aurait excédé le périmètre autorisé. Pour le détail, les décisions de justice recueillies concernent :

- Les « conditions initiales de paiement » : une occurrence : CAA Paris, 29 décembre 2017, n°16PA01978.
- Les « conditions initiales » de composition d'un établissement public : 2 occurrences : CAA Lyon, 22 avril 2010, n°08LY00510 et CAA Nancy, 15 avril 2021, n°19NC02073.
- Une retranscription *in extenso* de l'ancien article 50 du Code des marchés publics relatif aux variantes : une occurrence : CE, 4 juillet 2012, n°352714.
- Le recours illégal à la procédure négociée (ici, ce n'est pas le fait que la négociation soit allée trop loin qui était en cause, mais le non-respect des conditions du recours à la procédure négociée elle-même). Généralement, une retranscription *in extenso* de l'ancien article 35 du Code des marchés publics ou de l'article 30 du décret de 2016 explique la présence de l'expression « conditions initiales de la mise en concurrence » : 8 occurrences : CAA Lyon, 2 janvier 2014, n°12LY03078 ; CAA Marseille, 1^{er} avril 2019, n°18MA03971 ; CE, 27 mars 2015, n°386862 ; CAA Douai, 10 juin 2021, n°19DA01321 ; CAA Lyon, 22 septembre 2011, n°10LY00323 ; CAA Marseille, 24 février 2014, n°11MA02562 ; CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, n°06BX01419 ; CAA Bordeaux, 28 janvier 2010, n°08BX01143.
- La rectification d'un appel d'offres : 3 occurrences : CE, 16 novembre 2005, n°278646 ; CAA Nantes, 1^{er} juillet 2011, n°10NT00987 ; CAA Nancy, 25 juin 2015, n°13NC02288.
- Un contentieux des aides d'État : une occurrence : CAA Marseille, 6 avril 2016, n°12MA02987.
- Un délai insuffisant de remise des candidatures et des offres dans le cadre

d'une procédure adaptée : une occurrence : CAA Paris, 20 mars 2012, n°11PA02323.

22. Si ces données ne permettent pas de déterminer des critères ou un seuil de dépassement des exigences minimales de l'acheteur dans le cadre d'une négociation, une analogie peut cependant être faite avec le recours à la procédure négociée à la suite d'un appel d'offres déclaré infructueux. En effet, il est loisible à l'acheteur de ne négocier qu'avec les opérateurs économiques ayant déposé une offre dans le cadre de la première procédure, en modifiant de façon non substantielle ses exigences. Certes, le fondement juridique n'est pas le même que celui recherché dans le cadre de cette analyse, mais les limites fixées par la jurisprudence dans le cadre d'une procédure négociée consécutive à un appel d'offres infructueux peuvent donner des indications quant à la posture du juge face à une négociation qui serait allée trop loin.

Pour cette analyse, une nouvelle recherche a été diligentée, sur les bases de données Légifrance, avec les entrées « infructueux », « substantielle » et « marché public ». 35 occurrences sont apparues dont 12 pertinentes :

- CE, 5 décembre 1994, *Commune du Vésinet*, n°131680 : ici, les « *importantes modifications* » entre l'appel d'offres infructueux et la négociation ont été apportées dans « **le seul but** » de favoriser l'un des soumissionnaires. Il en ressort que la procédure est illégale, car la volonté de favoriser un candidat était manifeste.
- CE, 14 mars 1997, *Préfet du Maine-et-Loire*, n°146011 : modification substantielle du projet suite à appel d'offres infructueux : en l'espèce, la modification a porté sur « **un quart** » du programme initial et est considérée comme substantielle.
- CAA Nantes, 22 novembre 2000, *Préfet d'Eure-et-Loire*, n°98NT00635 : la baisse de la valeur estimée du marché de près d'« **un quart** » par rapport à l'offre la moins disante reçue dans le cadre de l'appel d'offres déclaré infructueux est une modification substantielle.
- CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n°229666 : le passage d'un prix forfaitaire à un prix unitaire entre l'appel d'offres infructueux et la négociation est une modification substantielle.

- CAA Bordeaux, 22 mai 2003, *Société ALZATE*, n°99BX02631 : cette décision ne répond pas à la même configuration, mais à une logique analogue. À l'issue d'une première réunion avec l'attributaire d'un marché et antérieurement à sa signature, il est apparu lors de la mise au point avec le titulaire qu'une solution technique permettait de répondre au besoin de l'acheteur pour un **prix presque quatre fois moindre**. Le pouvoir adjudicateur renonce donc à passer le marché et relance une nouvelle procédure. Il ne commet pas de faute vis à vis du premier attributaire, car la modification substantielle du projet supposait de remettre en concurrence.
- CAA Marseille, 13 juin 2005, *Société OTH Méditerranée*, n°00MA02257 : la modification du projet, auquel est retranché près de « 40 % » du marché initial, est substantielle et ne permet pas de passer le marché selon la procédure négociée.
- CAA Douai, 29 décembre 2006, *GIE Transmanche dépollution*, n°04DA00702 : à la suite d'un appel d'offres infructueux, un port autonome a **précisé « les conditions d'interface entre les travaux de dégagement des engins explosifs objet du marché et les interventions du Groupe des Plongeurs Démineurs de la Marine nationale pour l'enlèvement et la neutralisation de ces engins, ainsi que divers points concernant le phasage des travaux, la prise en compte des intempéries et l'enlèvement des épaves »** dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation consécutive : ces précisions n'étaient pas substantielles.
- CAA Versailles, 7 décembre 2007, *Société RDTP*, n°05VE00834 : à la suite d'un **appel d'offres infructueux portant sur un marché public comprenant deux opérations distinctes, l'acheteur décide de passer deux marchés négociés, un pour chaque opération, sans apporter la moindre modification à ces opérations**. Le juge estime qu'il n'y a **pas de modification substantielle**. Cela tend à montrer que ce n'est pas tant l'organisation de l'achat qui peut entraîner une modification substantielle, mais bien la teneur du contenu des obligations qui seront à la charge du titulaire.
- CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon*, n°325465 : il est **possible de**

ne négocier, avec les candidats à un appel d'offres déclaré infructueux, que sur le prix, en demandant auxdits candidats de le revoir à la baisse.

- CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Autocars Rignon*, n°11MA02562 : après avoir rappelé que, dans le cadre d'une procédure négociée consécutive à un appel d'offres infructueux, « *seules les modifications de nature substantielle par rapport aux conditions initiales du marché sont prohibées* », le juge ne trouve aucune modification de cette nature. Malheureusement, aucune précision n'est apportée, le juge rejetant le moyen comme manquant en fait, la société requérante s'étant bornée à souligner que des modifications substantielles avaient été apportées, sans le justifier.
- CAA Lyon, 30 avril 2015, *Société du Casino de Saint-Honoré-les-Bains*, n°14LY02090 : il s'agissait ici d'une délégation de service public portant sur l'exploitation d'un casino. Le juge note que « **le fait de modifier le taux de la part communale de la redevance sur le produit brut des jeux et de minorer par suite le montant des recettes devant être attendues de la perception de cette taxe d'au moins 33%** » entre une première procédure infructueuse et une négociation entre les primo candidats est une **modification substantielle** qui aurait justifié une nouvelle mise en concurrence.
- CAA Douai, 28 janvier 2016, *Communauté de communes Pierre Sud Oise*, n°14DA0039 : il s'agissait d'un appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché public de transport urbain, déclaré infructueux au regard des prix proposés par les offres qui excédaient largement les prévisions financières de l'acheteur. Dans le cadre de la procédure négociée consécutive, **l'acheteur avait substitué, pour les véhicules utilisés, une norme d'émission de polluants atmosphériques à une autre, bien moins contraignante pour le titulaire**. Le juge a estimé qu'il y avait là une modification substantielle.

À l'issue de cette étude jurisprudentielle, on observe que la détermination du caractère substantiel des modifications du projet entre un appel d'offres infructueux et une procédure concurrentielle avec négociation ménage une certaine

marge d'appréciation au juge. Il est, partant, difficile de déterminer un seuil mesurable, bien que l'on puisse considérer qu'au-delà d'une modification portant sur un quart du projet initial, la modification soit nécessairement substantielle. Mais, il semble qu'une telle détermination ne soit pas seulement affaire de mesure, en témoigne la dernière espèce présentée. Il y a donc une frontière, assez difficile à déterminer entre ce qui relève de la précision autorisée et de la modification prohibée.

D – La prise en compte de la question de l'application pratique des règles du droit de la commande publique

23. Niveau européen. Conformément aux prescriptions des articles 83 et 85 de la directive 2014/24, les États membres doivent produire, à destination de la Commission européenne, un rapport sur l'application et le contrôle des marchés publics, l'ensemble étant synthétisé par la Commission dans un document publié. Le premier rapport, publié le 21 mai 2021⁵⁷, souligne qu'au niveau européen, bien que les données soient incomplètes, la mauvaise application des règles de passation des marchés publics possède de multiples causes :

- « - *Connaissance insuffisante des règles par les praticiens, en particulier des règles non précisées par la jurisprudence ;*
- *Inadéquation du personnel (qualité exigée et variété des profils) et fidélisation insuffisante du personnel, en particulier à l'échelon local ;*
- *Manque de compétences en matière de passation de marchés et connaissance insuffisante du marché ;*
- *Exercice d'une pression par la hiérarchie politique en vue de garantir un résultat spécifique de la procédure ;*
- *Exercice d'une pression pour garantir des résultats rapides, entraînant une réduction du temps imparti pour planifier et mener correctement la procédure ;*
- *Manque d'unités centrales d'achat ou aide insuffisante à l'appui des autorités de petite taille et en sous-effectif. »*

S'il n'est pas fait état des conséquences de cette mauvaise application en termes d'exécution des contrats, l'on se doute bien que le problème est latent et que,

⁵⁷ Voir : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0245&from=EN>.

dans l'ensemble, ces causes peuvent aussi être des causes de mauvaise exécution du contrat. Mais malheureusement, le rapport ne va pas au-delà. Il faut dire qu'il est lié par la qualité des rapports envoyés à la Commission par les États membres et, sur ce point, dit la Commission, il existe une « *grande marge d'amélioration* ».

24. Niveau interne. L'analyse du rapport français à la Commission⁵⁸ confirme les faiblesses du rapport final. Pourtant plein de promesses – puisqu'une partie du rapport porte sur « *les principales sources de mauvaise application ou d'insécurité juridique* » – le rapport se contente d'éléments généraux et ne propose pas d'étude empirique complète. On y apprend ainsi que les principales difficultés rencontrées par les acheteurs dans le cadre de l'application des règles – révélées par les questions d'acheteurs reçues par la DAJ du ministère – se cantonnent à des questions de champ d'application, sur lesquelles le rapport insiste assez longuement. En somme, le rapport ne traite pas de la mauvaise application des règles de passation en tant que telles et ne fait pas le lien avec les difficultés d'exécution.

§III. L'intérêt de la recherche

25. Une apparente déconnexion entre la perception de la pratique et la réalité jurisprudentielle : l'exemple de la définition du besoin. Étape fondamentale de la procédure de passation, la définition du besoin est apparue lors des enquêtes qualitative et quantitative comme une source importante des difficultés d'exécution. Pourtant, s'il est admis par la jurisprudence qu'une mauvaise définition des besoins peut, du fait des difficultés d'exécution consécutives, engager la responsabilité du maître d'ouvrage⁵⁹, une approche quantitative de cette jurisprudence semble démontrer qu'il est finalement rare que la responsabilité de l'acheteur soit engagée sur ce fondement.

Pour rappel, la mauvaise définition du besoin peut d'abord entraîner

⁵⁸ Ministère de l'économie et des finances, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016*.

⁵⁹ Ph. TERNEYRE mentionne une jurisprudence de 1952 par laquelle le Conseil d'État avait engagé la responsabilité de l'administration contractante pour des erreurs et omissions dans « *les plans fournis par l'administration* » et dans « *l'estimation du volume des travaux* » (CE, 23 janv. 1952, *Compagno*, Rec. 773), Ph. TERNEYRE, « Responsabilité contractuelle », in *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, mai 2018. Un tel engagement de la responsabilité de l'acheteur pour des « *erreurs dans l'estimation du volume des travaux* » est réitéré dans une décision du Conseil d'État de 1983, CE, 11 fév. 1983, *Sté entreprise Caroni*, n°29123.

l'annulation de la procédure de passation. Sur ce plan, la jurisprudence a une appréhension exigeante de la notion de définition du besoin, dans la logique de l'article L.2111-1 du Code de la commande publique qui prescrit que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision* ». La précision dans la définition du besoin doit non seulement s'entendre par la précision dans la définition de « *l'objet du marché* »⁶⁰, mais encore de l'ensemble des autres éléments du contrat. Ainsi en a pu juger le Conseil d'État en sanctionnant une procédure de passation pour une insuffisante précision dans la définition de « *prestations complémentaires* »⁶¹ ou encore de « *la prestation objet de la tranche conditionnelle* »⁶². Mais il faut encore préciser que la jurisprudence admet que l'exigence de précision dans la définition du besoin porte non seulement sur les objets – principal ou annexes – du marché, mais encore sur les modalités d'exécution des prestations, ainsi qu'a pu le décider la Cour administrative d'appel de Paris⁶³. Cette exigence peut non seulement entraîner l'annulation de la procédure – quoique le juge du référé précontractuel n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste⁶⁴ – mais encore l'engagement de la responsabilité administrative au bénéfice du candidat évincé pour perte de chance d'obtenir le marché⁶⁵.

Mais, au-delà de ce contentieux de la passation, il reste que « *le contentieux de la définition du besoin est avant tout un contentieux de l'exécution* »⁶⁶. À ce titre, le contentieux de la définition du besoin s'inscrit dans les mutations récentes du contentieux de la responsabilité de l'acheteur public du fait des difficultés rencontrées dans l'exécution du marché. Si par une décision déjà mentionnée de 2013, *Région Haute Normandie*⁶⁷, le Conseil d'État a précisé que la responsabilité du maître d'ouvrage ne pouvait être engagée, du fait des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché à forfait, qu'en cas de faute de la personne publique ou

⁶⁰ V. par exemple : CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, n°165075 ; CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n°159693.

⁶¹ CE, 15 déc. 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, n°310380.

⁶² CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n°307143.

⁶³ CAA Paris, 2 décembre 2016, *CCI de Nouvelle Calédonie*, n°14PA02456 : « *qu'il résulte de l'instruction que la CCI NC a fait une estimation insuffisante des contraintes spécifiques concernant l'obligation d'assurer, en permanence, un fonctionnement opérationnel de l'aérogare nécessitant des adaptations constantes du rythme de travail des entreprises provoquées par l'actualisation hebdomadaire du planning des vols, les retards ou les déroutages d'appareils ainsi que, pour l'année 2011, la tenue des jeux du Pacifique à Nouméa* ». Nous soulignons.

⁶⁴ CE, 2 oct. 2013, *Département de l'Oise*, n°368846.

⁶⁵ V. en ce sens CE, 18 novembre 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ SARL les voyages Brounais*, n°76131.

⁶⁶ F. LINDITCH, « L'annulation d'une procédure pour insuffisance dans la définition du besoin. Obs. sous CAA Douai, 17 janv. 2013, *Commune d'Hazebrouck* », *JCP A*, 2013, n°22.

⁶⁷ CE, 5 juin 2013, *Région Haute Normandie*, *op. cit.*

de sujétions techniques imprévues ayant entraîné un bouleversement de l'équilibre économique du contrat, ce n'est que dans sa décision *Tonin* de 2015 qu'il a expressément – quoique de manière non exhaustive – précisé la notion faute de la personne publique. Celle-ci peut être commise, notamment, « *dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre [...]* »⁶⁸. Si une telle solution a pu sembler cantonnée aux marchés conclus selon un prix forfaitaire – alors même qu'une telle limitation ne ressortait pas des conclusions de B. Dacosta⁶⁹ – elle est aujourd'hui reprise, concernant la faute du maître d'ouvrage, pour les marchés à prix unitaire⁷⁰. Précisons néanmoins que pour les marchés conclus selon cette forme de prix, la jurisprudence *Haute Normandie* ne s'applique cependant pas dans son versant relatif aux sujétions imprévues puisque, pour ces dernières, le bouleversement de l'équilibre économique du contrat n'y est pas exigé.

L'engagement possible de la responsabilité de l'acheteur pour défaut dans l'estimation de ses besoins, couplé avec les résultats de l'enquête quantitative selon lesquels la définition du besoin est une source prépondérante de difficultés d'exécution pourrait faire présager d'un volume contentieux important. En effet, à la question de savoir si la définition des besoins était une source de difficultés d'exécution, 57 participants sur 71, soit 80,28 % des sondés, ont répondu positivement, estimant qu'une mauvaise définition des besoins était génératrice de difficultés d'exécution. Le constat est par ailleurs partagé entre autorités contractantes, entreprises et conseils juridiques puisque 80,39 % des autorités contractantes (41 sur 51), 76,47 % des entreprises (13 sur 17) et 100 % des conseils juridiques (3 sur 3) sont allés dans ce sens, ce qui démontre clairement qu'en pratique, les difficultés d'exécution sont fréquemment la conséquence d'une mauvaise définition du besoin. Afin de vérifier ces données au plan contentieux, une étude jurisprudentielle a été diligentée. Cette étude a été conduite grâce à la base de données jurisprudentielle *ArianeWeb* pour les décisions du Conseil d'État depuis

⁶⁸ CE, 12 nov. 2015, *Sté Tonin*, n°384716. Nous soulignons.

⁶⁹ B. DACOSTA, « À quelles conditions le titulaire d'un marché à forfait peut-il être indemnisé ? Concl. sur CE, 5 juin 2013, *Région Haute Normandie* », *BJCP*, 2013, n°91, p. 409.

⁷⁰ Par exemple, la CAA de Nantes a récemment utilisé une formule générale : « *Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché dans la mesure où celle-ci justifie qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre* », CAA Nantes, 26 mars 2021, n°20NT00502.

la jurisprudence *Haute Normandie* et la base de données LexisNexis pour les arrêts de cours administratives d'appel des deux dernières années (de juin 2019 à juin 2021). La recherche a été faite avec les expressions combinées « retard », « marché public » et « responsabilité ». Il s'agissait de sonder la jurisprudence pour savoir, en cas de retard dans l'exécution d'un marché public, quelle était la cause prépondérante de ce retard et, partant, de qui la responsabilité allait être engagée.

Les données compilées font ressortir 64 occurrences pertinentes sur 106 (56 arrêts de CAA pertinents sur 88 résultats et 8 décisions du Conseil d'État pertinentes sur 18), c'est-à-dire des situations dans lesquelles un retard dans l'exécution du contrat a été identifié et pour lequel il est revenu au juge de déterminer la cause du retard. Un classement des décisions a ensuite été opéré en fonction de la cause prépondérante du retard telle que retenue par le juge. Le tableau suivant retranscrit les résultats obtenus.

CAUSE PRÉPONDÉRANTE DU RETARD	VALEUR BRUTE	TAUX
Défaillance de l'entreprise ou d'un cotraitant	40/64 ⁷¹	62,50 %
Travaux supplémentaires	3/64 ⁷²	4,69 %

⁷¹ CE, 8 janvier 2020, *Communauté d'agglomération du Grand Angoulême*, n°434430 ; CE, 12 juin 2019, *Société Angelo Meccoli et Cie*, n°420031 ; CE, 5 juin 2013, *Région Haute Normandie*, *op. cit.* ; CAA Marseille, 31 mai 2021, *SA Axima Concept*, n°18MA03854 ; CAA Douai, 27 mai 2021, *SA Axima Concept*, n°19DA01855 ; CAA Bordeaux, 6 mai 2021, *Société Snef*, n°18BX03003 et 18BX03241 ; CAA Douai, 22 avril 2021, *Société Saga*, n°18DA00438 ; CAA Douai, 22 avril 2021, *Société Eliez*, n°17DA02497 et 18DA00075 ; CAA Versailles, 22 avril 2021, *Société Algeco*, n°18VE04192 ; CAA Marseille, 29 mars 2021, *SARL JBC*, n°18MA05137 ; CAA Bordeaux, 25 mars 2021, *Région Occitanie*, n°19BX04517 ; CAA Nantes, 5 mars 2021, *Société SPIE Batignolles Grand-Ouest*, n°20NT00184 ; CAA Versailles, 4 mars 2021, *Société VPI et SARL AURE*, n°18VE00055 ; CAA Versailles, 22 décembre 2020, *Société SOGEA Île-de-France Hydraulique*, n°17VE02342 ; CAA Bordeaux, 18 décembre 2020, *SARL Atelier d'architecture Badia Berger*, n°18BX03438 ; CAA Nantes, 18 décembre 2020, *Société SPIE Batignolles Grand-Ouest*, n°19NT02214 ; CAA Douai, 29 septembre 2020, *Société Onet Technologies ND*, n°8DA01593 ; CAA Paris, 6 juillet 2020, *Société Barachet*, n°18PA04041 ; CAA Marseille, 15 juin 2020, *Société Afonso*, n°18MA00340 ; CAA Paris, 9 juin 2020, *Société entreprise générale Léon Grosse*, n°18PA01903 ; CAA Nantes, 6 mars 2020, *M. E.*, n°18NT04272 ; CAA Marseille, 2 mars 2020, *Centre hospitalier de Pont-Saint-Esprit*, n°19MA03698 ; CAA Douai, 27 février 2020, *Cabinet Octant architecture*, n°17DA01914 ; CAA Nancy, 25 février 2020, *Société Solvosges*, n°18NC01775 ; CAA Nancy, 25 février 2020, *Société Aspirlin*, n°19NC01316 ; CAA Paris, 5 février 2020, *Société Angelo Meccoli*, n°17PA02664 ; CAA Paris, 5 février 2020, *Société Boctar*, n°17PA02981 ; CAA Marseille, 28 janvier 2020, *Société Eiffage Construction Côte d'Azur Valbonne*, n°19MA03518 ; CAA Marseille, 16 décembre 2019, *Société Fayat bâtiment*, n°17MA03675 ; CAA Marseille, 18 novembre 2019, *SARL Atec*, n°17MA03805 ; CAA Versailles, 7 novembre 2019, *Société Snidaro*, n°17VE00891 ; CAA Bordeaux, 6 novembre 2019, *Société CYMI*, n°17BX03020 ; CAA Bordeaux, 6 novembre 2019, *Société Serrurerie Bernard Prieuré*, n°17BX03611 ; CAA Nancy, 17 octobre 2019, *SAS Dydiac Obs*, n°17NC02898 ; CAA Douai, 31 juillet 2019, *SARL Normandie Alu*, n°17DA00701 ; CAA Nancy, 23 juillet 2019, *Société Iserba*, n°18NC01514 ; CAA Paris, 24 juin 2019, *Société GBR Île-de-France*, n°17PA02639 ; CAA Nantes, 21 juin 2019, *Société Treuils et Grues Labor*, n°18NT02885 ; CAA Nancy, 18 juin 2019, *Société Entreprise Bernard Bour*, n°18NC01343 ; CAA Lyon, 6 juin 2019, *SAS Gauthey*, n°17LY03480.

⁷² CAA Marseille, 31 mai 2021, *SAS Gibeaux*, n°17MA03770 ; CAA Douai, 4 février 2021, *Société Voirie Assainissement Travaux Publics*, n°19DA00707 ; CAA Bordeaux, 20 mai 2020, *Société Eurovia Poitou Charentes Limousin*, n°18BX02301.

CAUSE PRÉPONDÉRANTE DU RETARD	VALEUR BRUTE	TAUX
Circonstances extérieures / sujétions imprévues	2/64 ⁷³	3,13 %
Faute du maître d'œuvre	12/64 ⁷⁴	18,75 %
Faute du maître d'ouvrage dans l'exercice de ses pouvoirs de direction et de contrôle	3/64 ⁷⁵	4,69 %
Faute du maître d'ouvrage dans l'estimation de ses besoins	4/64 ⁷⁶	6,25 %

Ces résultats font apparaître très nettement que la faute du maître d'ouvrage dans l'estimation de ses besoins est très rarement retenue par le juge pour engager la responsabilité de celui-ci du fait de retards dans l'exécution du marché public (6,25 % des cas étudiés). Cela peut sembler contradictoire vis-à-vis des résultats obtenus au cours de l'enquête quantitative et confirme parfaitement l'intérêt des enquêtes de terrain qui, en s'affranchissant du prisme contentieux, permettent d'obtenir un autre angle de vue.

26. Un intérêt théorique. La recherche ici conduite présente un intérêt théorique certain puisque, outre son caractère novateur, elle permet d'interroger le lien qui est fait par l'article L.3 du Code de la commande publique entre l'efficacité de la commande publique et le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures. À lire cette disposition, il semble bien que le législateur fasse une pétition de principe en estimant que si ce triptyque fondamental de la commande publique est respecté au stade de la passation, alors la commande publique sera nécessairement efficace.

⁷³ CE, 6 novembre 2013, *Région Auvergne*, n°361837 ; CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, *Bordeaux Métropole*, 19BX03235.

⁷⁴ CE, 2 décembre 2019, *Société Guervilly et autres*, n°423544 ; CE, 13 novembre 2019, *Société Denu et Paradon Architectes*, n°422924 ; CE, 17 mai 2017, *Commune de Reilhac*, n°396241 ; CAA Douai, 4 février 2021, *SARL Denu et Paradon Architectes*, n°19DA02508 ; CAA Bordeaux, 31 décembre 2020, *SARL Hélène et fils*, n°18BX03688 ; CAA Nantes, 20 novembre 2020, *Département de la Vendée*, n°19NT02575 ; CAA Marseille, 27 janvier 2020, *Société Etni*, n°18MA01783 ; CAA Nancy, 27 décembre 2019, *M. E.*, n°18NC01947 ; CAA Paris, 3 octobre 2019, *Société Hervé*, n°17PA01466 ; CAA Nancy, 23 juillet 2019, *OPH Meurthe-et-Moselle habitat*, n°17NC00579 ; CAA Nantes, 19 juillet 2019, *Commune de Plélo*, n°17NT02059 ; CAA Marseille, 10 juillet 2019, *Société Gagne*, n°11MA03681.

⁷⁵ CE, 9 novembre 2017, *Société d'équipement de la Martinique*, n°396892 ; CAA Nantes, 26 mars 2021, *Ministre de la transition écologique et solidaire*, n°20NT00502 ; CAA Marseille, 22 février 2021, *Métropole Aix-Marseille Provence*, n°17MA03854 et 18MA02696.

⁷⁶ CAA Nancy, 10 novembre 2020, *Société KL Architectes*, n°18NC02371 ; CAA Douai, 15 juillet 2020, *SCP d'architecture Nicolas-Rougeulle-Craig*, n°18DA01814 ; CAA Paris, 6 juillet 2020, *CCI de Nouvelle-Calédonie*, n°18PA03677 ; CAA Paris, 6 juillet 2020, *CCI de Nouvelle-Calédonie*, n°18PA03675.

L'efficacité de la commande publique n'est pas un principe aisé à définir. Présentée comme un principe « *essentiellement managérial* »⁷⁷, l'efficacité de la commande publique renvoie *prima facie* à l'efficacité contractuelle, laquelle renvoie à la capacité du contrat à atteindre les finalités que s'étaient fixées les parties. Il faut que le contrat « *permette d'atteindre les objectifs visés par les parties contractantes, en dépit d'obstacles tels que des irrégularités vénielles, des aléas imprévisibles, des manquements aux obligations* »⁷⁸. L'efficacité trouverait donc sa mesure dans la phase d'exécution du contrat. Mais, en réalité le concept d'efficacité de la commande publique semble distinct de celui d'efficacité contractuelle. Dans un des rares arrêts à tirer des conséquences juridiques de l'efficacité de la commande publique, le Conseil d'État fait implicitement allusion à l'efficacité de la passation et non de l'exécution des contrats de la commande publique. Se prononçant sur la légalité de l'absence de toute publicité et de mise en concurrence pour les marchés publics inférieurs à 25 000 euros HT, il déclare : « *Considérant, en second lieu, qu'en vertu des dispositions du 8° du I de l'article 30 du décret attaqué, les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable ; que, d'une part, cette faculté ouverte aux acheteurs se justifie par la nécessité d'éviter que ne leur soit imposé, pour des marchés d'un montant peu élevé, le recours à des procédures dont la mise en œuvre ne serait pas indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qui pourraient même, en certains cas, dissuader des opérateurs économiques de présenter leur candidature ; [...]* ». Autrement dit, l'efficacité dont il est question est bien celle en rapport avec l'objectif d'accroissement de la concurrence lors de la passation. Si, en temps normal, celle-ci passe par le libre accès, l'égalité des candidats et la transparence des procédures, pour les petits marchés, l'application de ces principes est, d'après le Conseil d'État, soit neutre, soit contreproductive par l'effet potentiellement dissuasif⁷⁹. Dans une autre affaire, il juge « *qu'en l'absence de toute disposition mettant en œuvre les principes fondamentaux de la commande publique, rappelés par l'article 22 de la loi organique précitée, des motifs d'intérêt*

⁷⁷ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2007, n°5, dossier 30.

⁷⁸ M.-C. VINCENT-LEGOUX, « Propos introductifs », in Y. LAIDIE, M.-C. VINCENT-LEGOUX [dir.], *Le juge et l'efficacité du contrat en droit comparé interne*, ILJ, coll. « Colloques & essais », 2020, p. 13.

⁷⁹ CE, 17 mars 2017, *M. B...A.*, n°403768.

général peuvent justifier qu'un pouvoir adjudicateur en aménage les conditions de mise en œuvre, sous le contrôle du juge », ce qui le conduit à admettre en l'espèce l'absence de toute publicité et de mise en concurrence pour des contrats de délégation de service public conclus en Polynésie et Nouvelle-Calédonie⁸⁰. De même, « *les principes de la commande publique, y compris l'efficacité, sont assurés par l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public* »⁸¹. L'efficacité de la commande publique est donc corrélée avec la mise en concurrence, dans l'esprit du Conseil d'État comme dans celle du législateur⁸² comme avant lui le pouvoir réglementaire⁸³. Il y a non seulement une présomption à cet égard, mais surtout il n'y a pas, à l'inverse, de lien entre efficacité de la commande publique et efficacité contractuelle. Si la méthode de détermination de l'efficacité contractuelle touche davantage à l'analyse économique du droit qu'à l'analyse juridique en tant que telle – ce pourquoi ce sont davantage les économistes qui s'y sont intéressés –, une étude empirique mobilisant les méthodes de la sociologie juridique peut être à même d'apporter des éclairages sur la question de savoir si les règles de passation des contrats publics garantissent en tant que telles une bonne exécution du contrat et donc une certaine efficacité contractuelle.

Plus encore, l'étude permet de mettre en évidence le caractère parfois artificiel de la distinction de la passation et de l'exécution du contrat, pour faire émerger l'idée d'un *continuum*, ainsi que l'avait déjà pressenti Ph. MALAURIE, selon qui « *l'opposition souvent faite entre la formation et l'exécution du contrat est artificielle ; l'une dépend, à l'évidence, de l'autre : mal formé, le contrat aura du mal à s'exécuter convenablement* »⁸⁴.

27. Une vertu pratique et prospective. Outre cet intérêt théorique, la présente étude a un intérêt pratique et prospectif certain puisqu'elle devrait

⁸⁰ Respectivement CE 10 juillet 2013, *Sté Électricité de Tahiti*, n°361607 et CE, 27 mars 2015, *Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, n°386646.

⁸¹ CE, 7 novembre 2012, *Polynésie Française*, n°360252.

⁸² Art. L3 du Code de la commande publique : « *Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.* »

⁸³ Code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001 : « *L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.* »

⁸⁴ Ph. MALAURIE, « Conclusion », in « Le contrat : questions d'actualité », *Petites affiches*, 2000, n°90, p. 74.

permettre de formuler un certain nombre de recommandations visant à améliorer les règles de passation pour tenir compte de l'exigence de bonne exécution du contrat. À cet égard, il faudra veiller à distinguer les difficultés résultant du principe de la mise en concurrence auquel on ne peut toucher des difficultés résultant des règles particulières. Concernant ces dernières, les difficultés peuvent provenir des règles elles-mêmes ou de leur application. Dans les deux cas, des voies d'amélioration sont possibles.

Il s'agit également de vérifier si les préconisations mises en avant par les économistes sont confirmées par les juristes, à l'image du recours accru à la négociation encouragé par la doctrine économiste⁸⁵ ou encore de certaines pratiques contractuelles qui tendent à se développer. À ce titre, les analyses de deux pratiques d'origine anglo-saxonne méritent d'être mentionnées, car elles ont vocation à limiter les difficultés d'exécution dans les contrats de construction, bien qu'elles ne concernent pas spécifiquement la commande publique, mais soient davantage mobilisables dans les contrats de droit privé davantage ouverts à la liberté contractuelle du fait de l'absence de règles de passation contraignantes. Les développements suivants analysent un article et un rapport disponibles en ligne.

- **La pratique du *early contractor involvement***⁸⁶ : préconisée depuis 1994⁸⁷ dans un rapport publié par le *HMSO (Her Majesty's Stationery Office)* et consistant à impliquer le plus tôt possible l'entrepreneur de travaux dans la conception du contrat lui-même, la pratique du *early contractor involvement*, que l'on peut traduire par l'implication du constructeur en amont, permet tout à la fois de réduire les difficultés d'exécution et de diminuer les coûts selon une approche ne distinguant pas les contrats de construction selon leur nature publique ou privée.

En matière de marchés publics, une expérience avait d'ailleurs été conduite à l'Université de Cambridge à ce propos : en 1998, l'université avait passé un contrat de travaux selon une procédure de marchés publics classique. Le

⁸⁵ S. SAUSSIÉ et J. TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *op. cit.*

⁸⁶ D. MOSEY, « How to be good when times are bad: early contractor involvement », disponible en ligne : <https://www.building.co.uk/comment/how-to-be-good-when-times-are-bad-early-contractor-involvement/3135802.article>.

⁸⁷ M. LATHAM, « Constructing the team. Final report of the government / Industry review of procurement et contractual arrangements in the UK construction industry », HMSO, 1994, disponible en ligne : <https://constructingexcellence.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Constructing-the-team-The-Latham-Report.pdf>.

projet avait pris du retard et avait finalement excédé le budget initial de 2 %. En 2002, un contrat analogue avait été passé en mobilisant les ressources du *early contractor involvement*. Le projet avait été achevé à temps et avait été moins onéreux de 3 % par rapport au budget initial. L'implication de l'entrepreneur très tôt dans le projet permet de maîtriser les coûts et le programme, autant qu'elle permet de recueillir les bonnes idées de l'entrepreneur et de lui laisser un temps de préparation du chantier important. Dès lors, les « tensions inévitables » au cours d'un chantier sont atténuées grâce à la bonne connaissance réciproque des données du chantier. Il est alors intéressant de s'interroger sur le contenu de la pratique et de mesurer sa compatibilité avec les règles de la commande publique. Le *early contractor involvement* comprend généralement trois éléments essentiels :

- La sélection du consultant et de l'entrepreneur sur la base de leur capacité à fournir de la valeur et un accord précoce sur les coûts. Cet élément n'est pas sans évoquer les règles de la candidature, qui consistent à vérifier, en théorie avant d'analyser les offres, si les candidats ont les capacités techniques et financières pour répondre aux exigences du projet. Cependant, il n'est pas possible, en l'état des règles de la commande publique, de cesser la sélection au stade de la candidature comme cela est suggéré ici.
- La désignation du contractant sur une base conditionnelle jusqu'à ce que la conception et le prix soient convenus. On remarquera que cette pratique est difficilement conciliable avec les principes de la commande publique, à l'exception du dialogue compétitif, en l'adaptant ;
- Un temps suffisant pour l'ingénierie de la valeur et les exercices de gestion des risques qui permettent au contractant et à ses sous-traitants potentiels de contribuer à l'élimination des coûts inappropriés ou des conceptions inabordables ou impossibles à construire. En pratique, cela suppose de mettre en place un délai de mise au point du contrat et, surtout, de ménager un délai de préparation du chantier pour permettre à l'entrepreneur d'anticiper et de modéliser ses coûts et ses exigences avant le commencement des travaux.

- **La résolution précoce des conflits⁸⁸** : les litiges étant généralement inévitables dans les contrats de construction, qu'ils soient publics ou privés, des réflexions pratiques s'engagent pour découvrir des voies de résolution précoce des conflits permettant de désamorcer ces litiges grâce à la mise en place d'un *dispute board* en charge non seulement de résoudre les conflits, mais encore d'identifier les potentiels litiges et d'y apporter une solution anticipée. Selon le rapport précité, qui ne concerne pas particulièrement la commande publique, quatre étapes sont, en outre, identifiées pour limiter les difficultés d'exécution :
 - **Pré-design** : avant même la phase de conception, il est important de préparer l'équipe du projet en s'assurant que l'ensemble des acteurs aient une bonne connaissance du contrat et de ses implications. Des discussions concernant la gestion des risques doivent s'engager dès ce moment. On note que la mise en place d'une telle ingénierie contractuelle n'est envisageable que dans les marchés de conception-réalisation ;
 - **Design** : la conception ne doit pas être négligée. Du reste, la rédaction du contrat final doit être faite avec une attention toute particulière. En matière de marchés de travaux, cela suppose, dans le cadre du montage classique « loi MOP » de ne pas négliger le marché de maîtrise d'œuvre notamment ;
 - **Construction** : il est conseillé de définir en commun le calendrier d'exécution, ce qui supposerait, en matière de marchés publics, d'ouvrir systématiquement à la négociation les délais d'exécution.
 - **Post-construction** : il s'agit ici de tenter de résoudre de façon précoce les différends par la mise en place d'un *dispute board* impartial et objectif, ce qui est envisageable dans les marchés publics, à condition, notamment, d'assurer un suivi pertinent de l'exécution du contrat pour toutes les parties contractantes.

⁸⁸ ARCADIS, « 2021 global construction disputes report. The road to early resolution », disponible en ligne : <https://www.arcadis.com/en-gb/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report>.

§IV. La méthode employée

28. Pour l'essentiel, les ressorts méthodologiques qui avaient été mobilisés lors du premier thème de recherche ont été repris. Après étude des données doctrinales existantes, peu nombreuses comme il vient d'être vu, il convient de mobiliser à nouveau les ressources de la sociologie juridique, laquelle, selon le Doyen Carbonnier, « *se donne pour tâche d'observer et d'expliquer ces phénomènes sociaux que sont les phénomènes du droit* »⁸⁹. Ce faisant, ces ressources permettent de recueillir des données empiriques particulièrement riches et de nature à fonder la réflexion sur des perspectives pratiques.

29. **L'enquête qualitative.** Celle-ci s'est fondée sur des interviews de juristes des partenaires de la Chaire et de certains correspondants bénévoles qui ont accepté d'y répondre. Elle a été réalisée sur la base d'un questionnaire semi-directif réalisé à l'issue de la recherche doctrinale en droit et en économie dont les résultats ont été présentés *supra*. Les modalités particulières de l'enquête seront présentées dans la première partie du rapport.

30. **L'enquête quantitative.** À l'issue de l'enquête qualitative et sur la base des informations recueillies à ce stade, une enquête quantitative a été diligentée à partir de l'enquête qualitative, mais en rentrant plus dans le détail en ce qui concerne les questions posées. Elle a été réalisée grâce à deux questionnaires en ligne (l'un portant sur les marchés publics, l'autre sur les concessions) conçus sur la plateforme *LimeSurvey* et largement diffusés par divers canaux. Là encore, le détail de l'enquête sera précisé dans la partie dédiée du rapport.

31. **L'absence d'analyse doctrinale de droit privé.** Contrairement au rapport « Crise sanitaire et contrats publics », la présente étude ne comprend pas d'analyse doctrinale de droit privé. Cette absence s'explique par le thème retenu, qui n'est pas abordé par la doctrine privatiste s'agissant des contrats de droit privé passés entre personnes privées. On sait en outre que, par-delà le prisme unificateur de la notion de « *contrats publics* »⁹⁰, « *ni la doctrine privatiste, ni la doctrine*

⁸⁹ J. CARBONNIER, « La sociologie juridique et son emploi en législation », Communication à l'Académie des sciences morales et politiques du 23 octobre 1967, *L'année sociologique*, 2007/2, vol. 57, p. 393.

⁹⁰ G. CLAMOUR, *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, in G. CLAMOUR et M. UBAUD-BERGERON [dir.], *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. II, Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 640.

administrativiste »⁹¹ ne s'est profondément penchée sur les contrats privés des personnes publiques, un thème « *largement passé sous silence dans la littérature juridique* »⁹². Un constat analogue peut être dressé en ce qui concerne les contrats privés de la commande publique. Si ces contrats font parfois l'objet de réflexions doctrinales⁹³, aucune ne porte sur les liens entre les règles de passation et les difficultés d'exécution alors que, pourtant, il est acquis que les règles d'exécution des contrats privés de la commande publique diffèrent pour partie des règles d'exécution des contrats administratifs : là où ces derniers se caractérisent par un certain déséquilibre au profit de l'administration contractante, les contrats de droit privé ménagent « *plus de prérogatives* »⁹⁴ au titulaire. Mais l'analyse doctrinale s'arrête là, sans que le lien ne soit établi entre les phases de passation et d'exécution des contrats.

32. L'absence d'analyse comparative. Au regard du caractère éminemment pratique du sujet retenu pour le présent rapport, attesté par le quasi-silence de la doctrine de droit interne sur la question, il n'est pas apparu opportun de proposer une analyse doctrinale de droit comparé qui aurait nécessité des enquêtes de terrain faute de doctrine probablement sur le sujet, ainsi qu'en atteste les contacts menés auprès d'universitaires anglais, belges, hollandais, espagnols et américains. Bien entendu, à l'avenir, une étude analogue pourrait être conduite dans d'autres pays, mais cela supposerait la mobilisation de chercheurs dédiés qui procèderaient eux aussi à des enquêtes de terrain. Nos correspondants étrangers n'ont, hélas, pas les moyens de diligenter une telle enquête en l'état. La Chaire travaille actuellement à développer ces moyens, notamment par la candidature de financements de programmes de recherche nationaux et européens.

⁹¹ F. BRENET, « Les contrats de droit privé des personnes publiques », *AJDA*, 2021, p. 76.

⁹² L. LEVENEUR, « L'originalité du régime des contrats privés des personnes publiques », *RFDA*, 2020, p. 957.

⁹³ V. par ex. M. KARPENSCHIF, « Haro sur les contrats de droit privé de la commande publique », *AJDA*, 2020, p. 2281 ; G. ECKERT, « Faut-il "administrativiser" les contrats privés de la commande publique ? », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°1, 1.

⁹⁴ Y. SIMMONET et B. VARENNE, « Passation et exécution des marchés publics de droit privé », *Contrats et Marchés publics*, 2019, n°2, 1.

Partie 1 : Synthèse des entretiens – Enquête qualitative

33. Sommaire de la partie.

Section I – Approche générale

I – La perception de la notion de difficulté d'exécution

II – Mise en concurrence et difficultés d'exécution

Section II – Approche particulière

I – La définition du besoin

A. Définition du besoin et difficultés d'exécution

B. Spécifications techniques et difficultés d'exécution

II – Le contenu du contrat

A. La durée

B. Le prix

C. Les clauses

III – Organisation des achats / séparation des fonctions

A. Allotissement et marchés globaux

B. Maîtrise d'œuvre et difficultés d'exécution

C. Variantes

IV – La procédure de passation

A. Choix de la procédure de passation et techniques d'achat

B. La temporalité de la procédure de passation

C. Pratique de la négociation

V – Les candidatures

VI – Les offres

Section III – Remèdes possibles aux difficultés d'exécution liées à la phase de passation

34. Méthode utilisée. Les entretiens ont été menés du 17 mars au 23 avril 2021 auprès de spécialistes du droit des contrats publics. Sont représentés dans cette enquête qualitative des autorités contractantes, tant les pouvoirs adjudicateurs que les entités adjudicatrices ; des entreprises titulaires de marchés publics et de concessions ; des avocats et structures de conseils ainsi qu'un ingénieur. Le questionnaire se subdivisait en deux parties : un entretien semi-directif dans un premier temps puis plus directif dans un second temps. La première salve de questions générales était relative au sujet afin de récolter les premières impressions

et ne pas biaiser les réponses de l'interlocuteur. Dans un second temps, ce sont des points potentiellement litigieux déterminés en amont et mis en lumière au fil des discussions qui ont fait l'objet d'échanges.

Section I : Approche générale

Résumé d'étape n°1

La notion de difficultés d'exécution, développée dans l'introduction du présent rapport, ne fait pas l'objet d'une appréhension uniforme par toutes les personnes interrogées. Elles peuvent être assimilées à des grains de sable empêchant le bon fonctionnement des rouages contractuels. Toutes ne se traduisent pas en droit : les contrats étant mis en œuvre par des individus, ce sont parfois les échanges de personnes à personnes qui peuvent être grippés.

Le thème des liens entre règles de passation et difficultés d'exécution a surpris plus d'un enquêté. Certains ont pu s'interroger sur l'existence même de ces fameux liens. En prenant le revers des difficultés d'exécution qui est une bonne exécution des contrats, les connexions entre les termes ont été éclaircies. La passation des contrats publics, et donc la mise en concurrence, permet pour certains d'assurer une bonne exécution des contrats publics lorsqu'elle est correctement menée. Toutefois, les avis convergent presque unanimement vers l'idée contraire : la mise en concurrence bien menée ne prémunit pas de difficultés d'exécution. Cela vient essentiellement du manque d'anticipation et de communication lors de cette phase de passation.

§I. La perception de la notion de difficulté d'exécution

35. Conception large. La perception de la notion de difficulté d'exécution diffère selon les juristes interrogés. Certains ont une appréhension large de la notion, en estimant qu'une difficulté d'exécution est le fait de ne pas pouvoir appliquer le contrat ou une difficulté à réaliser le besoin.

36. Conception restrictive. D'autres ont une approche plus restrictive, en considérant que la difficulté d'exécution est nécessairement liée à des surcoûts. Le retour plus commun est qu'une difficulté d'exécution est un aléa qui nécessite une modification du contrat. Ces difficultés peuvent être liées à l'interprétation du contrat. Il peut également s'agir de difficultés administratives, de difficultés temporelles, de difficultés subjectives de type relationnel ou encore des difficultés d'exécution éthique. Une difficulté d'exécution n'est pas un défaut d'exécution, ni

une prestation supplémentaire.

37. Causes. Les causes des difficultés d'exécution peuvent être liées au contrat ou être extracontractuelles, comme un redressement du titulaire du contrat. Une autorité contractante rappelle qu'il faut bien scinder le fait générateur de la difficulté d'exécution de ses conséquences, relatives principalement aux coûts et délais. Parmi les causes des difficultés d'exécution et de la propension des parties à les résoudre, la personnalité même des interlocuteurs peut jouer un rôle important, mais ceci échappe au Droit.

§II. Mise en concurrence et difficultés d'exécution

38. Selon plusieurs enquêtés, la mise en concurrence en elle-même ne permet pas d'assurer une bonne exécution des contrats. La mise en concurrence des délégations de service public répondait, dans la loi Sapin I du 29 janvier 1993, à une logique de lutte contre la corruption, et non de bonne exécution des contrats. Une autorité contractante précise que la mise en concurrence est un élément d'efficacité de l'achat public et permet de vérifier si le besoin a bien été défini. En effet, s'il y a peu d'offres, cela peut s'expliquer par une mauvaise définition des besoins devant être satisfaits. De ce point de vue, la mise en concurrence est, d'abord, un révélateur de l'adéquation de l'avis de marché ou de concession aux réalités du marché. On peut noter toutefois que ce risque résulte d'une mauvaise application d'une obligation légale plutôt que d'un effet pervers de la règle. Se pose alors la question de savoir si la règle est suffisamment sanctionnée.

39. La mise en concurrence et la recherche de la performance économique fausseraient la passation elle-même. Plusieurs autorités contractantes et une partie de la doctrine économiste notent que pour remporter le contrat, les entreprises peuvent sous-évaluer leur prix et « *se rattraper* » en cours d'exécution. Or, cela coûterait finalement moins cher d'acheter à un prix plus élevé au moment de la passation que de revenir sur ce qui a été initialement convenu en cours d'exécution. Un juriste avec plusieurs dizaines d'années d'expérience explique qu'il constate ces dernières années plus de réclamations pour des prix nouveaux. Dans le même sens, la mise en concurrence ne peut fonctionner que pour des prestations standardisées selon un avocat qui estime que la mise en concurrence ne tend qu'à

faire baisser les prix au détriment de la qualité.

Un autre avocat constate que certaines autorités contractantes ne sont pas réellement libres lors de la mise en concurrence quand vient le moment de choisir le cocontractant. Le contrôle des juridictions financières, l'opposition politique, le juge pénal et le déferé préfectoral sont tout autant d'éléments qui interviennent indirectement. De façon à ne craindre aucun des acteurs cités en amont, c'est bien souvent le moins-disant qui est choisi.

40. Plusieurs enquêtés, côté privé comme côté public, soulignent l'aspect fortement voire excessivement procédural du droit de la commande publique. Une entreprise déplore la conséquence selon laquelle l'exécution est délaissée lors de la passation. Cette dernière est essentiellement orientée vers la sécurité juridique de l'autorité contractante. Un avocat constate que depuis 2017 et l'obligation de mise en concurrence des contrats d'occupation du domaine public, des difficultés contractuelles, qui seront celles développées ci-après, se retrouvent, alors qu'auparavant régnait un certain équilibre dans ce type de contrats publics. Un autre avocat explique que la réglementation européenne ne fait pas d'envieux, la concurrence étant à son sens artificielle. Toute la commande publique française et européenne est tournée vers l'orthodoxie procédurale : elle a un côté rassurant.

Toutes ces remarques sont en rapport avec le principe même de mise en concurrence. Il reste à savoir si l'on peut éviter ces écueils tout en maintenant ce principe.

Une autorité contractante a toutefois noté que la mise en concurrence favorise la bonne compréhension mutuelle. Une mise en concurrence correctement menée favorise une bonne exécution. Le principe de mise en concurrence est un challenge pour les entreprises qui se doivent être le plus pertinent possible. En ce sens, la mise en concurrence est vertueuse selon une entreprise.

Section II : Approche particulière

Résumé d'étape n°2

Beaucoup de difficultés d'exécution liées à la passation des contrats publics, et plus particulièrement des contrats de la commande publique, trouvent leur origine dans un manque d'intégration des principes fondamentaux de la commande publique. L'égalité des candidats, d'abord : les retours relatifs au prix des contrats, que ce soit dans sa forme, son contenu ou sa négociation sont nombreux. Or, tous les candidats ne peuvent pas s'aligner lorsque les prix sont tirés vers le bas. La liberté d'accès à la commande publique, ensuite : l'orthodoxie procédurale et les temps de réponse parfois très réduits sont difficiles à assumer pour des opérateurs économiques. La transparence des procédures, enfin : c'est sans doute ce qu'il y a de plus criant. L'opacité peut commencer dès la définition du besoin, engendrant systématiquement des difficultés d'exécution. Elle continue dans les prix forfaitaires, les critères d'analyse des offres, et même dans la négociation. Ce manque de transparence engendre un manque d'anticipation et une mauvaise communication, engendrant dès lors des maux lors de l'exécution contractuelle.

41. Le plan de la présente partie reprend le déroulement de la phase de passation telle que décrite dans le Code de la commande publique.

Un avocat explique l'importance de la phase de passation vis-à-vis des difficultés d'exécution. C'est lors de la passation que sont rédigées les pièces contractuelles. Si cette rédaction est mal faite, elle engendrera systématiquement des difficultés d'exécution. Cette systématique est liée au caractère de « *quasi-contrat d'adhésion* » du contrat public qui ne laisse une marge de manœuvre qu'extrêmement restreinte au titulaire dans la précision du contenu contractuel.

§I. La définition du besoin

Résumé intermédiaire

La définition du besoin est l'étape essentielle de la passation. Les entretiens réalisés confirment la doctrine économique (V. supra : par. 16). Les autorités contractantes peuvent rencontrer des difficultés dans cette définition, soit parce qu'elles n'ont pas les ressources suffisantes pour cerner correctement leur besoin, soit par méconnaissance du milieu (là est tout l'enjeu des études amont). Le sourcing pallie en partie ces difficultés, et la pratique semble répandue chez les autorités contractantes. Les clauses sociales et environnementales ne génèrent pas de difficultés d'exécution systématiques.

A – Définition du besoin et difficultés d'exécution

1. Approche pratique des risques de difficultés d'exécution induits d'une mauvaise définition des besoins

42. Définition du besoin par l'autorité contractante. La définition du besoin fait partie des étapes les plus fondamentales de la passation des contrats de commande publique. Une autorité contractante explique que les malfaçons de départ durent tout au long de l'exécution du contrat.

Une autre déplore le manque de doctrine autour des marchés globaux de performance qui permettrait de mieux définir la durée et le contenu de ces contrats.

L'une des difficultés rencontrées par les acheteurs est la traduction en termes juridiques des besoins définis par les équipes opérationnelles. Les cultures entre les services sont différentes, et l'acheteur se doit de travailler en amont avec le prescripteur afin de saisir au mieux tous les enjeux et surtout éviter toute ambiguïté. Selon les marchés, le prescripteur ou l'utilisateur a une envie précise ou le désir précis de travailler avec tel ou tel interlocuteur. Le juriste se doit donc d'objectiver au maximum ces besoins. Définir au mieux le besoin présuppose une prise de hauteur et un questionnement sur le cycle de vie par exemple. Une autorité contractante recommande de différencier les acheteurs des prescripteurs de façon à objectiver la définition du besoin. Cela suppose toutefois que l'acheteur ait aussi une connaissance précise des aspects techniques des besoins des services prescripteurs.

Une source de difficultés d'exécution exposée par un enquêté est l'obligation législative de raisonner en groupement. Les besoins ne sont pas les mêmes, les démarrages des travaux peuvent différer, mais il est obligatoire de raisonner en groupement, notamment pour assurer une correcte computation des seuils, même s'il est toujours possible d'allotir.

Dans les contrats relatifs aux travaux, l'insuffisance des études menées en amont est soulevée par plusieurs entreprises. Une autorité contractante reconnaît que la conception n'est pas toujours terminée lorsque le contrat est signé. Cela est confirmé par une autre qui estime qu'il est difficile de concilier le moment où les études sont arrêtées et le moment de la réalisation. La conséquence, pour les entreprises, est que parfois les données d'entrée sont incomplètes. Une entreprise regrette que des moyens supplémentaires ne soient pas investis en amont de façon à ce que les bureaux d'études aient une vision plus exhaustive.

L'incomplétude des données d'entrée s'explique, d'après un avocat, par la sous-estimation des budgets. La maîtrise d'œuvre étant trop peu rémunérée, il arrive qu'il y ait une externalisation et que la conception soit confiée à des bureaux d'études étrangers qui ne sont pas adaptés à l'exécution et à la rigidité de la commande publique européenne. Ces économies, qualifiées par un enquêté de « *bout de chandelle* », en phase de passation engendrent des difficultés lors de l'exécution dont le coût ultérieur dépasse largement les économies réalisées en amont.

Une autorité contractante explique recourir à l'expérimentation, autorisée par la loi dans certains secteurs, notamment dans le domaine de l'énergie, pour faciliter la détermination des besoins. Il s'agit d'une étape « bac à sable » - test sur des marchés très ponctuels dit marchés agiles – qui permet de rédiger les futurs cahiers des charges.

43. Opportunité d'un raisonnement par objectifs. Les nombreux retours relatifs aux difficultés d'exécution liées à une mauvaise définition du besoin ont pu conduire à questionner l'hypothèse d'un raisonnement par objectifs, comme cela est le cas au Royaume-Uni. Une autorité contractante explique que ce n'est pas une bonne idée de généraliser ce procédé, car le Code de la commande publique exige que les besoins soient précisément définis en amont. Une autre toutefois tient la position inverse, pour les contrats complexes notamment. À être trop précise, la définition du besoin peut rendre irrégulières des offres de solutions qui pourraient totalement convenir à la finalité poursuivie par l'acheteur. Une autre entreprise explique que le raisonnement par objectifs ne convient pas aux performances environnementales.

La définition du besoin est l'étape fondamentale qui assure une exécution correcte du contrat. Une entreprise constate que les marchés de conception/réalisation se passent mieux, car les données d'entrée sont suffisantes et bien intégrées. Le juriste explique d'ailleurs que dans les PPP, il n'y a pas de dérive de délai, car les sanctions sont très importantes. Cela prouve bien qu'un besoin clairement défini en amont assure une bonne exécution du contrat.

44. Participation des opérateurs économiques à la définition des besoins. En ce qui concerne l'idée d'une participation de l'entreprise à la définition du besoin en dehors du dialogue compétitif, l'expression « *boîte de Pandore* » a été

utilisée par deux entreprises différentes. Autorités contractantes comme opérateurs économiques sont plutôt réfractaires à cette idée qui remet en jeu toute l'identité du droit de la commande publique : c'est bien l'autorité contractante qui doit définir son besoin.

2. La pratique du *sourcing* au soutien de la définition du besoin

45. Le *sourcing*, ou sourçage, est désormais codifié dans le Code de la commande publique⁹⁵. Une autorité contractante explique que la définition du besoin est un acte de connaissance du marché de la concurrence. Le *sourcing* améliore la préparation du marché voire contribue à professionnaliser l'achat en se renseignant sur les bonnes pratiques d'un domaine donné.

46. **Vertus.** Selon plusieurs autorités contractantes, les vertus du *sourcing* sont doubles : d'une part, il accroît la concurrence et d'autre part, il permet d'affiner le besoin. Une entreprise vante le *sourcing* qui serait facteur de meilleure connaissance du marché pour l'administration. Cette dernière connaissant mieux le secteur, elle rédigera le contrat avec une meilleure connaissance de son besoin ou plus exactement une meilleure manière de préciser et présenter son besoin et sera plus à même de voir si les candidats font des promesses qu'ils peuvent vraiment honorer au stade de l'exécution. Une entreprise explique qu'ainsi l'autorité contractante gagne en objectivité. Un pouvoir adjudicateur explique que le *sourcing* dépasse les querelles partisans politiques, car la finalité est de répondre au mieux au besoin pour l'usager. Afin de maximiser les effets du *sourcing*, un enquêteur explique qu'il faut instaurer une véritable veille économique permanente afin de mieux connaître le marché des fournisseurs.

47. **Limites.** Une autre autorité contractante se montre plus mesurée : le *sourcing* peut réduire les difficultés d'exécution uniquement pour les contrats les plus importants, ceux-ci pouvant être plus difficilement appréhendables sans lui. Un avocat explique que le *sourcing* est un moyen de pallier le manque de négociation

⁹⁵ Une sous-section relative aux « Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques » codifie l'article R2111-1 CCP :

« Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3. »

lors de la passation du contrat. Au lieu d'affronter ce problème, les acteurs se rencontrent en amont de la passation afin d'échanger (ce qu'ils ne font ensuite pas, car il n'y a pas ou peu de négociation).

Par ailleurs, d'avis général, la pratique du *sourcing* doit être sécurisée, en étant menée par exemple par des experts techniques et juridiques. Un acheteur explique que la démarche doit venir de l'autorité contractante elle-même et se montre réticent à toute idée de plateforme de *sourcing* ou d'une quelconque forme de généralisation. Le *sourcing* peut être dangereux en ce que le besoin peut être défini selon une technique spécifique à une entreprise. Cela rejoint la crainte plus générale des autorités contractantes de se placer aux frontières de la légalité. Il y a, chez de rares autorités contractantes, cette croyance que tout contact avec les opérateurs économiques en dehors du cadre sécurisant des procédures de passation est dangereux. Le *sourcing* peut en outre être très chronophage.

La quasi-totalité des autorités contractantes interrogées a recours au *sourcing*. Cette pratique semble donc s'ancrer dans le processus de passation des contrats publics, du moins pour ceux d'une certaine importance.

B – Spécifications techniques et difficultés d'exécution

48. Normes techniques. Les normes techniques peuvent être source de difficultés d'exécution lorsque tous les acteurs qui interviennent sur un chantier ne partagent pas le même référentiel. C'est notamment le cas des marchés transfrontaliers. Le recours aux normes techniques peut conduire, selon une autorité contractante, jusqu'au délit de favoritisme en construisant par exemple un « *CCTP sur mesure* ».

Le Code de la commande publique prévoit l'obligation, lorsqu'une spécification technique est définie en référence à une norme, d'ajouter la mention « ou équivalent » dans le dossier de consultation des entreprises. Mais un acheteur note que cette mention est difficilement appréhendable en pratique et qu'en tout état de cause, écarter un candidat qui ne répond pas aux canons normatifs peut conduire au contentieux. La difficulté de la norme technique peut aussi être liée à la nouveauté, notamment dans l'hypothèse où une norme technique est révisée en cours d'exécution par exemple. Cela est confirmé par une autorité contractante et par une entreprise.

Dans l'ensemble, les normes techniques sont sécurisantes pour les acteurs.

Cet avis est partagé par une autorité contractante et une entreprise, cette dernière expliquant que les professionnels peuvent être associés à leur rédaction. Parce qu'elles sont manipulées par tous, les normes techniques sont une source de sécurité et d'éthique.

La gratuité de la norme peut réduire les contentieux de la passation selon une autorité contractante.

§II. Le contenu du contrat

Résumé intermédiaire

La définition du contenu du contrat est la suite logique de la définition du besoin. Si l'étape précédente est bâclée, le contenu est conséquemment impacté. Quelques rares hypothèses mises à part, c'est l'autorité contractante qui détermine seule le contenu contractuel : elle ne peut toutefois avoir des ressources qui lui permettent une rédaction optimale de chaque contrat.

A – La durée

49. Une mauvaise anticipation du renouvellement du marché peut conduire l'acheteur à se retrouver sans marché. Un acheteur explique que la traduction de la durée du contrat est liée à l'identification du besoin.

50. **Marchés publics.** La limitation de la durée des accords-cadres peut être source de difficultés d'exécution selon une autorité contractante, car elle oblige un renouvellement régulier. Une entreprise cite une autre difficulté dans ces contrats : les révisions annuelles des matières premières. Les index sont trop rigides du point de vue de la durée, il faudrait qu'ils puissent être adaptés en cas de fluctuation en cours d'année.

La gestion de la temporalité du contrat est importante, car elle génère plus ou moins d'aléas. En ce sens, une autorité contractante propose de découper le délai global en délais partiels afin de donner un tempo. Cela met plus de pression, mais évite que les difficultés dérivent et s'amplifient avec le temps. Cette solution est également appréciée par une entreprise pour qui la durée du contrat peut générer des difficultés d'exécution. Tout allongement de délai est générateur de surcoûts. Lorsque le terme n'est donc pas fixé et déterminé précisément, ces délais partiels facilitent l'exécution.

Des entreprises déplorent la compression des délais d'exécution au profit du temps de la procédure de passation qui n'a parfois qu'un seul but : faire baisser les prix en faisant plusieurs tours. C'est autant de temps perdu pour l'exécution qui devra être effectuée en des temps intenable. La limitation de la durée entraîne une hausse du prix, car des moyens complémentaires doivent être mis en œuvre afin de tenir les délais. Les délais sont substantiels, car associés au prix et aux pénalités.

51. Concessions. En matière de concessions, le niveau du tarif est inversement proportionnel à la durée de la concession. Une durée élevée permet une diminution des tarifs. Une durée trop courte engendre des difficultés au niveau de la rentabilité du contrat. Un avocat explique toute l'importance de la durée dans les concessions. Si la durée est trop courte et ne permet pas des revenus acceptables pour l'entreprise, celle-ci aura tendance à se concentrer uniquement sur ses marges et ne plus prêter attention à la qualité des prestations. Cela peut paraître surprenant dans une optique de future passation : mais le concessionnaire, au vu des revenus trop faibles du fait d'une durée trop courte, ne souhaitera pas être renouvelé.

B – Le prix

52. Adéquation de la forme du prix au besoin. Un acheteur public explique qu'il a des marchés avec des prix unitaires et forfaitaires et peut faire un avenant pour rééquilibrer les deux. Une autorité contractante explique qu'encore une fois, une bonne définition du besoin permet de choisir une forme de prix adéquate. Elle conseille de contrôler toutes les révisions de prix et d'insérer une clause de sauvegarde du prix dans les contrats.

Une autorité contractante explique que raisonner en coût global permet de prendre en compte les externalités. Cela nécessite une prise de hauteur lors de la définition du besoin. L'exemple donné est un marché de collecte de déchets : il faut tenir compte du nombre de bennes, des coûts d'essence, de pollution et autre émission de gaz à effet de serre. Une autre autorité contractante explique la nécessité de prendre en compte le cycle de vie des produits afin d'éviter des déconvenues à la fin du contrat. L'exemple donné est l'hypothèse des déchets en fin d'exécution des contrats. Ces déchets doivent être traités et ce traitement doit être chiffré.

53. Contenu du prix. D'avis convergents, la définition du prix peut être

source de difficulté d'exécution lorsqu'il y a un manque de transparence. Ce n'est donc pas la structure du prix en lui-même qui peut être source de difficulté, mais bien la compréhension mutuelle de son contenu.

Une autorité contractante note toutefois que le manque de transparence est plus flagrant en matière de prix forfaitaire. S'il est plus simple de travailler au forfait, il est davantage générateur de difficultés d'exécution et plus risqué. Une entreprise note que des autorités contractantes contractualisent la décomposition du prix (en contractualisant le détail estimatif) alors que la DAJ recommande de ne pas le faire afin de ne pas fausser le principe du forfait. Facturer en prix forfaitaire peut être délicat selon le domaine. Une entreprise intervenant en matière de travaux explique qu'elle traduit les prix forfaitaires en prix unitaires pour gérer l'exécution du marché. Or, les clients publics retranchent des éléments régulièrement en pratique de manière à faire baisser le prix forfaitaire : ce qui revient à une pratique de prix unitaires. L'entreprise résume que le client public veut les avantages des prix unitaire et forfaitaire sans avoir les inconvénients des deux.

Le prix forfaitaire en France manque de souplesse. Un avocat compare avec la Grande-Bretagne où la notion est plus souple et l'interventionnisme du cocontractant public moins grand. Dans ce sens, la dynamique de l'entreprise n'est pas cassée.

Une entreprise recommande de demander un sous-détail des prix dans les marchés forfaitaires afin de limiter les difficultés lors de l'exécution. Selon elle, certains prix forfaitaires sont de « *vraies listes à la Prévert* ».

L'absence de clause de révision de prix dans les documents contractuels initiaux constitue une vraie difficulté d'exécution du fait de l'interdiction d'insertion tardive de ces mécanismes.

C – Les clauses

54. Cahiers des charges et pièces contractuelles. Les CCAG, selon une entreprise, facilitent la connaissance des pratiques, car ils sont appliqués par des non-juristes. La possibilité d'y déroger apporte en outre de la souplesse.

Une entreprise note que les documents de consultation ne changent quasiment pas d'un contrat à l'autre, les personnes publiques utilisant très peu les cahiers des charges fonctionnels. Une autre regrette que pour les marchés de travaux,

des pièces qui contiennent des données essentielles ne sont pas rendues contractuelles, mais seulement fournies à titre indicatif. Elle se réjouit de l'article 4 relatif aux pièces contractuelles du nouveau CCAG Travaux.

55. Unilatéralité de la rédaction du contrat. Plusieurs avis convergent dans le sens que les services techniques des autorités contractantes ne sont pas tous dans la capacité de rédiger des cahiers des charges de toutes natures. La négociation permet de pallier ces difficultés en échangeant en amont de la signature. Or, les échanges avec les opérateurs économiques sont craints pour diverses raisons. Une entreprise note la suspicion des autorités contractantes vis-à-vis des entreprises qui osent renégocier les clauses. Un enquêté témoigne donc du fait que les difficultés d'exécution proviennent certainement pour partie de l'unilatéralité de la rédaction du contrat. Les opérateurs économiques peuvent attirer l'attention sur un point particulier susceptible de poser problème lors de l'exécution, mais en pratique ils ne peuvent que rarement le faire et finissent par contracter en sachant qu'une ou plusieurs clauses génèreront assez certainement des difficultés.

L'unilatéralité de la rédaction du contrat ne permet donc pas de trouver l'optimum contractuel, et la négociation ne permet pas, en l'état actuel, des pratiques, que d'y remédier partiellement.

56. Pénalités. Un acheteur public explique aimer « *fonctionner aux pénalités* » dans ses marchés, car cela impose aux entreprises d'exécuter correctement le contrat. Une autre autorité contractante soutient la thèse inverse. Si elle reconnaît que les pénalités peuvent motiver, il serait mieux de réfléchir à un investissement commun, en substituant « *la carotte au bâton* ». L'idée est de raisonner sur l'objectif final et non sur le prix d'acquisition. Une entreprise s'interroge sur le détournement des clauses pénales qui permettent de rééquilibrer le prix. Elle a déjà été confrontée à des clauses sociales irréalisables, engendrant nécessairement l'application des pénalités.

57. Clauses sociales et environnementales. Une autorité contractante explique que les entreprises réclament et intègrent facilement ces clauses, car pour certains contrats exécutés dans des endroits reculés, il est bénéfique que les employés soient logés facilement sur place par exemple. Ce retour est confirmé par un pouvoir adjudicateur qui explique que les entreprises n'ont pas attendu le droit de la commande publique pour agir dans le sens des clauses sociales. Il ne constate aucun

contentieux du fait de ces clauses. Plusieurs enquêtés ne notent pas de difficultés d'exécution particulières avec ces clauses. Une entreprise renchérit en expliquant que ces clauses peuvent même avoir des effets vertueux et positifs, car elle a déjà procédé à des embauches de plus longue durée à la suite de l'application de telles clauses sociales.

L'une des difficultés majeures des clauses environnementales et sociales, selon une autorité contractante, est le risque de localisme. Ce sont en effet très souvent des personnes résidant sur le lieu de l'exécution du contrat qui sont embauchées au travers des clauses sociales. Ces clauses nécessitent, d'après plusieurs autorités contractantes, beaucoup de temps afin de les contrôler. Il est en effet vain d'intégrer de telles considérations dans les contrats de la commande publique s'il n'y a pas de contrôle lors de l'exécution.

Plusieurs retours mentionnent des difficultés avec les clauses sociales en temps de pandémie. Les employés de l'entreprise peuvent être en chômage partiel alors qu'il y a une obligation d'application de ces clauses d'emploi des publics en difficulté d'emploi. En outre, il peut être difficile de trouver la main-d'œuvre qui répond à ces caractéristiques selon les bassins d'emploi et de s'adapter avec le chômage partiel ou technique de certaines équipes propres à l'entreprise.

Il peut y avoir des difficultés d'exécution avec les clauses environnementales lorsqu'elles nécessitent une modification de mise en œuvre classique des contrats. Une entreprise explique qu'elle a dû s'équiper de véhicules électriques afin de répondre aux obligations contractuelles. Or, son fournisseur a eu du retard : il y a donc eu un temps de latence délicat à expliquer à son cocontractant public.

Selon une entreprise, ces clauses sont surtout bénéfiques pour la communication politique.

§III. Organisation des achats / séparation des fonctions

Résumé intermédiaire

La question de l'allotissement cristallise deux positions non conciliables de prime abord : d'une part, les autorités contractantes ne remarquent généralement pas de difficultés particulières ; d'autre part, selon des entreprises, la multiplication des interfaces et donc des frictions est, par nature, une source potentielle de difficultés. Cela peut être nuancé en matière de travaux où les entreprises sont habituées à interagir avec d'autres (en co-traitance ou au moins en sous-traitance). Aucune nuance possible toutefois pour les principes de la loi MOP : bénéfiques pour certains, ils sont totalement à revoir pour d'autres.

Les variantes sont reconnues comme étant des leviers pour l'innovation mais sont source de complexité lors de l'exécution.

A – Allotissement et marchés globaux

58. Allotissement et difficultés d'exécution. L'allotissement (d'un point de vue technique et non pas géographique) est cité par plusieurs enquêtés, dont certaines autorités contractantes, comme l'une des règles rendant l'exécution du contrat plus difficile. Le morcèlement du contrat accroît les probabilités de difficultés d'exécution, car il génère des interfaces de nature à créer des frictions entre titulaires. Un avocat estime que la jurisprudence *Haute-Normandie*⁹⁶ n'aide en rien la situation qui ne fait que renforcer les tensions.

À l'inverse, une autre autorité contractante ne constate pas de difficultés liées à ce principe. D'après un pouvoir adjudicateur, l'allotissement facilite la résolution des litiges, car l'interlocuteur connaît bien son domaine d'intervention. L'idée est reprise par une autorité contractante qui estime que l'allotissement permet une meilleure exécution du contrat, car ce sont des spécialistes qui se positionnent sur les lots. Cette idée est partagée par une entreprise qui précise par ailleurs que les conflits existent aussi dans les groupements d'entreprises des marchés globaux. Le secret de la réussite du principe d'allotissement en matière technique est un pilotage adéquat par l'autorité contractante. Un acheteur constate que les marchés globaux sont générateurs de surcoûts et privilégie donc l'allotissement.

L'allotissement facilite l'accès à la commande publique, mais il nécessite une vraie coordination de la part de l'autorité contractante. Les difficultés à déplorer

⁹⁶ CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, *op. cit.*

semblent davantage provenir d'une mauvaise application de la règle et non de la règle en elle-même.

Néanmoins, un juriste d'une autorité contractante remet en cause le principe même de l'allotissement. L'idée poursuivie par la règle est de favoriser l'accès des PME à la commande publique. Or, sur les contrats de travaux par exemple, les grands groupes sous-traitent déjà avec des PME locales. Ces grandes entreprises de génie civil sont d'ailleurs, pour ce juriste, plus à même de faire les assemblages de plannings que l'autorité contractante elle-même.

L'allotissement pose aussi la question des offres intragroupe. Les positions du Conseil d'État et de l'Autorité de la Concurrence ne sont pas accordées sur ce point. L'Autorité de la Concurrence considère qu'il n'y a pas d'entente entre les filiales d'un même groupe⁹⁷, tandis que le Conseil d'État écarte les offres non autonomes⁹⁸. Une unification des positions est réclamée par une entreprise.

Le fractionnement dans le temps des différents lots peut également être source de difficultés d'exécution si le planning a mal été calculé lors de la passation. Cela oblige alors de recourir à des avenants. Cet avis d'un avocat rejoint en partie un retour d'entreprise qui avait été fait lors de l'étude du précédent thème de recherche de la Chaire⁹⁹. Elle expliquait que le fractionnement dans le temps des marchés à bons de commande apportait de la souplesse pour l'exécution des contrats, mais pouvait être source de difficultés si les demandes arrivaient dans un temps très resserré. Tout cela nécessite une mobilisation d'équipes qui ne peuvent être toutes employées en même temps.

59. Marchés globaux et difficultés d'exécution. Les marchés globaux ne semblent pas réduire les difficultés d'exécution. Pourtant, des auteurs économistes ont démontré que les marchés globaux permettent une exécution facilitée lorsque la mise en œuvre du contrat fait face à des retards par exemple¹⁰⁰. Les CCAG (de 2009) n'étaient pas adaptés aux marchés globaux. Une entreprise note cependant que les difficultés sont gérées de manière plus harmonieuse dans les groupements de marchés globaux.

⁹⁷ Autorité de la Concurrence, 25 novembre 2020, n°20-D-19. Cette décision a été rendue à la suite d'une décision de la CJUE : CJUE, 17 mai 2018, *Ecoservice Projektai UAB*, n°C531/16.

⁹⁸ CE, 8 décembre 2020, *Métropole Aix-Marseille Provence*, n°436532.

⁹⁹ CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, *Crise sanitaire et contrats publics*, 2020, p. 14 : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/themes-de-recherches-et-rapports-1>.

¹⁰⁰ F. DECAROLIS et G. PALUMBO, « Renegotiation of public contracts: An empirical analysis », *op. cit.*, p. 77.

En matière de contrats de travaux, une entreprise explique qu'il faut distinguer les bâtiments des travaux publics. En bâtiment, le marché global permet de mener à bien le travail plus simplement et plus complètement. Dans les travaux publics, les entreprises sont davantage habituées aux groupements et donc à la co-activité. En ce sens, l'allotissement n'est pas générateur de davantage de difficultés d'exécution.

B – Maîtrise d'œuvre et difficultés d'exécution

60. Maîtrise d'œuvre et loi MOP. Le principe issu de la loi MOP de séparation des fonctions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur est bénéfique selon plusieurs enquêtés. D'ailleurs, une autorité contractante explique qu'il peut arriver que dans le cadre d'un marché de conception- réalisation, l'autorité contractante ne sache pas vraiment qui assure la conception dans le groupement. De ce point de vue, la loi MOP apporte une clarification bienvenue. Cette autorité renchérit en expliquant qu'il faut des acteurs impartiaux tout en poussant la maîtrise d'ouvrage à assumer pleinement son rôle et ne pas se dédouaner sur le maître d'œuvre. Selon une entreprise, il manque un document expliquant comment fonctionne la conception/réalisation.

La loi MOP étant ancrée dans le paysage juridique français, une autorité contractante explique reprendre volontairement l'esprit de la loi MOP dans ses contrats, car les maîtres d'œuvre avec qui elle travaille connaissent ce cadre. La possibilité de s'éloigner de la loi MOP qui lui est reconnue est utilisée afin de clarifier les responsabilités des maîtres d'œuvre, parfois réticents à les assumer.

À ce propos, un enquêté estime que dans certains contrats, entreprises comme maîtres d'œuvre et maîtres d'ouvrage n'assument pas leur responsabilité et chacun cherche à se dédouaner et rejeter la responsabilité sur les autres acteurs.

Une autorité contractante reconnaît que la gestion du risque contractuel devrait être effectuée par le maître d'ouvrage, mais que cela demande du temps en plus.

Un pouvoir adjudicateur explique que la séparation des fonctions facilite la résolution des litiges, car elle permet à chacun, entreprises, maîtres d'œuvre, mais aussi maîtres d'ouvrage, d'assumer sa propre responsabilité ; le juge pourra, dans ce sens, mieux répartir les responsabilités. La question de la responsabilité est plus

précisément évoquée par une entreprise. Celle-ci explique que la loi MOP instaure un jeu à trois acteurs, dont deux ne sont pas contractuellement liés (maître d'œuvre et entrepreneur), mais doivent avancer ensemble. En cas de difficultés, l'un et l'autre se renverront la responsabilité.

Un enquêteur extérieur aux entreprises et autorités contractantes explique qu'il faut repenser la relation entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre. Il faut que soit introduit dans les contrats de maîtrise d'œuvre un management des risques qui permettrait de rémunérer le maître d'œuvre autrement que selon un prix forfaitaire. Ce prix pose clairement problème aujourd'hui dans les marchés de maîtrise d'œuvre. L'insuffisante rémunération du maître d'œuvre est un problème partagé par beaucoup d'enquêteurs qui ne travaillent pourtant pas pour une entreprise de maîtrise d'œuvre. Celle-ci aboutit nécessairement à une insuffisance, au stade de la conception, qui se répercute ensuite sur l'exécution du marché de travaux à proprement dit.

61. Maîtrise d'œuvre intégrée. Une entreprise prône alors une révision des principes de la loi MOP qui seraient totalement obsolètes. Même si cela ne va pas dans le sens de l'accès aux PME, les marchés publics globaux sont employés afin de contourner la loi MOP. Celle-ci met le maître d'œuvre dans une situation inconfortable, car il n'est pas rémunéré de la même façon que lorsqu'il est en groupement. L'entreprise cite un exemple de chantier où elle avait une équipe suivant le contrat de plusieurs centaines de personnes quand le maître d'œuvre en avait six. Cela illustre la problématique de l'insuffisante rémunération des maîtres d'œuvre citée en amont. Les principes de la loi MOP sont dénoncés par une autre entreprise qui considère qu'ils ne sont pas vertueux au sens éthique. Dans les contrats de travaux, il peut arriver que l'entreprise doive travailler avec un maître d'œuvre qui est en fait une filiale d'un de leur concurrent (qui peut être sur le même chantier s'il est alloti).

C – Variantes

62. Variantes et difficultés d'exécution. Les variantes peuvent être de vrais « casse-têtes » selon l'expression d'une autorité contractante. L'ouverture aux variantes est complexifiée, et corrélativement l'exécution l'est aussi. La variante serait le rattrapage d'une mauvaise définition du besoin. Il faut impérativement

s'assurer que la variante répond au besoin de base. En outre, si la proposition de base ne fonctionne pas, la variante ne peut pas fonctionner. Pour une entreprise, les variantes remettent en question la mise en concurrence lorsque l'offre retenue est très différente de ce qui avait été décidé en amont. Une seconde le confirme : il faudrait du temps pour analyser la faisabilité de la variante, temps qui n'est jamais pris. Le contrat commence donc sur une solution non initialement prévue, pour laquelle l'autorité contractante n'a pas procédé à une analyse exhaustive. La variante peut détourner la nature du marché.

Selon un acheteur et une entreprise, la variante est une occasion d'ouverture sur l'innovation. Si le contrat s'y prête, cela peut être bénéfique d'ouvrir cette possibilité qui n'engendre pas forcément plus de difficultés d'exécution. La variante permet de bénéficier de l'expertise des entreprises selon un pouvoir adjudicateur. Finalement, pour cet acheteur, la variante serait à mi- chemin entre le cahier des charges classique et le cahier des charges fonctionnel.

§IV. La procédure de passation

Résumé intermédiaire

La procédure de passation n'a que peu d'impacts sur l'exécution et d'éventuelles difficultés. Les clefs d'une bonne exécution lors de la procédure de passation, ce sont le temps de celle-ci (c'est-à-dire se familiariser avec le contrat) et la négociation, trop peu explorée dans ses possibilités.

A – Choix de la procédure de passation et techniques d'achat

63. Choix de la procédure de passation. Un pouvoir adjudicateur explique que la soumission des délégations de service public aux règles de mise en concurrence n'a pas engendré de difficultés d'exécution particulières. Cela semble attester selon lui que ce n'est pas le principe d'une mise en concurrence qui est, en soi, générateur de difficultés d'exécution.

Le dialogue compétitif et la procédure négociée peuvent être source de difficultés d'exécution selon une autorité contractante. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont en effet pas aguerris à ces modes de passation et ont tendance à mal gérer la négociation ; le risque est que ce soit l'entreprise qui mène les débats. Une entreprise note que le dialogue compétitif peut être problématique, car il présente un risque de

publicité des innovations proposées par l'entreprise auprès des concurrents. Une autre au contraire le trouve vertueux en ce qu'il instaure un vrai échange et une co-rédaction du cahier des charges, avec l'autorité contractante.

Selon plusieurs autorités contractantes, la procédure concurrentielle négociée permet de bien se comprendre, en particulier lorsque le besoin ne porte pas sur des prestations standardisées. Elles constatent qu'au *prorata*, il y a davantage de contentieux à la suite d'une procédure d'appel d'offres. Une autre déplore au contraire davantage de recours avec les marchés à procédure adaptés quand un enquête fait part de la crainte de la procédure négociée par les services marchés. La doctrine économiste a pourtant démontré que la fluidité des procédures adaptées a des conséquences bénéfiques pour l'exécution du contrat : les concurrents ne se concentrent pas uniquement sur le formalisme de la passation¹⁰¹.

La difficulté de résilier un contrat est soulevée par plusieurs acheteurs publics. L'un d'eux préfère donc recourir aux marchés courts reconductibles afin de rester en position de force face aux entreprises et ne pas reconduire en cas de difficultés.

Une autorité contractante explique être empêchée par le manque de souplesse de la passation des contrats publics. Certains contrats, notamment en matière informatique, demandent une exécution ramassée sur un temps très court, avec l'intervention de personnels qualifiés sur des temps encore plus courts. La DINSIC avait publié un rapport en 2017 donnant quelques pistes de réflexion, mais le droit dur ne s'en est pas saisi¹⁰². Ce donneur d'ordre regrette également l'absence de transcription en droit public du système des sociétés de portage.

Selon un avocat, les contrats de concession, non sujets à l'allotissement et fortement empreints de négociation, rencontrent beaucoup moins de difficultés d'exécution dont l'origine se trouve dans la passation ou sa procédure.

64. Techniques d'achat. Les bons de commande ou les marchés à tranches doivent être définis de manière homogène selon une autorité contractante. La nature des besoins doit être impérativement définie afin d'éviter toute difficulté

¹⁰¹ A. BOULEMIA et J. MOORE, « Procedural Rules and their Impact on Procurement Outcomes: Evidence from France », *Document de travail Chaire EPPP*, n°2014-10, Septembre 2014.

¹⁰² Direction Interministérielle des Systèmes d'Information et de Communication de l'État, Acheter des prestations dans le cadre de projets agiles SI au sein de l'État, Novembre 2017. Disponible en ligne : https://www.etalab.gouv.fr/wp-content/uploads/2017/11/DINSIC_Guide_achat_agile-v1.5.pdf.

d'exécution.

Les accords-cadres multi-attributaires sont facteurs de complexité lors de l'exécution, mais ils ont le mérite de pouvoir pallier rapidement toute défaillance du titulaire. L'autorité contractante cite l'exemple de la fourniture de masques en temps de crise sanitaire : les défaillances ont pu être nombreuses et cette forme de contrat a pu permettre de trouver des fournisseurs alternatifs rapidement. Des entreprises redoutent toutefois ce type de technique d'achat, car il faut sans cesse être le plus compétitif sur les prix pour obtenir le contrat, ce qui peut engendrer des difficultés d'exécution vis-à-vis de la qualité technique revue à la baisse.

À l'inverse, une entreprise trouve que l'accord-cadre génère moins de difficultés d'exécution. Le temps laissé entre la sélection du titulaire et l'émergence du besoin facilite l'exécution du contrat. Ce principe vaut pour tous les contrats à exécution fractionnée.

B – La temporalité de la procédure de passation

65. Temps de la procédure de passation et difficultés d'exécution.

Une autorité contractante soulève une difficulté liée au temps de la passation. Lors de marchés dont la réalisation est complexe et nécessite une procédure de dialogue compétitif ou au moins une procédure négociée, les candidats ont le temps d'échanger avec la maîtrise d'ouvrage. En temps normal, les entreprises découvrent le contrat et disposent d'un temps réduit pour préparer leur réponse. Une entreprise confirme qu'il est impossible de tout voir et de tout vérifier dans le cadre des contrats de travaux.

En matière de travaux, il y a un véritable problème de gestion du temps en amont de la signature.

Les délais de la procédure de passation étant très contraints, une entreprise reconnaît que cela peut empêcher certaines autorités contractantes de recourir à la négociation, elle-même chronophage.

66. Influence politique. Un pouvoir adjudicateur explique le poids du calendrier politique et électoral dans la passation des contrats publics. Il schématise ainsi le cycle contractuel au niveau communal : la première année de l'élection, le projet est lancé de façon à ce qu'il soit impérativement présenté la cinquième année afin de peser lors de la réélection la sixième année. Ce calendrier est si important que

les régularisations interviennent plus tard. Il a pu être souligné que les politiques mettent du temps à réfléchir, mais veulent aller vite une fois la décision prise. Un autre enquêté explique que les contrats publics peuvent être des effets d'annonce pour les politiques.

C – Pratique de la négociation

67. La négociation comme élément de limitation des difficultés d'exécution. La négociation a le mérite d'estomper le caractère de contrat d'adhésion des contrats publics, caractéristique reconnue tant par les autorités contractantes que par les entreprises. Selon un avis largement partagé, la dichotomie entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice en matière de négociation semble aujourd'hui assez artificielle et dépassée. Une entité adjudicatrice a fait part de son engouement pour la négociation qui ne peut être que bénéfique, la procédure d'appel d'offres étant employée uniquement si le marché ne présente pas de difficultés. Un pouvoir adjudicateur estime que cette frontière peut être source d'insécurité juridique si l'acheteur n'a pas totalement conscience de cette dichotomie. L'insécurité juridique se loge dans la différence du régime de négociation entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Les effets bénéfiques de la négociation sont nombreux, même si elle nécessite une bonne gestion des techniques de négociation. Elle permet notamment de lever les ambiguïtés ; les parties sont d'accord sur les termes du contrat. La négociation permet de mieux comprendre le besoin énoncé par les donneurs d'ordre publics. La doctrine économiste recommande la négociation pour tous les contrats complexes¹⁰³. Une entreprise explique qu'elle a déjà vu des pouvoirs adjudicateurs organiser des présentations d'offres à l'oral. Même si les notes ne peuvent être retouchées par la suite, c'est bien la preuve que ce moment d'échange est primordial.

68. La négociation, une pratique imparfaite. Une autre autorité contractante explique que la grande difficulté dans la négociation est de trouver le point d'équilibre. Il existe une crainte de trop pousser la négociation qui peut être atténuée grâce à la signature d'accords de confidentialité et de charte éthique. Faire

¹⁰³ Voir *supra* : par. 17.

partie de groupements nationaux favorisant la massification des achats semble aider dans la négociation d'après une autorité contractante.

Un acheteur reconnaît que pour certains marchés, il s'agit davantage d'audition que de négociation. Cela est confirmé par une autre autorité contractante qui explique que la frontière entre une demande de précision et la négociation est toujours difficile à distinguer. Elle dénonce la quasi-« paranoïa » des acheteurs vis-à-vis de cette frontière qui engendre une rigidité, celle-ci pouvant donner lieu à des difficultés d'exécution.

La négociation peut toutefois faire peur aux pouvoirs adjudicateurs vis-à-vis de l'égalité de traitement. Selon une autorité contractante, il s'agit plutôt d'un défaut de maturité de l'acheteur qui va préférer tout formaliser et s'enfermer dans un cadre strict afin de ne pas courir de risque. Ce sentiment est partagé par des avocats qui constatent que les collectivités territoriales craignent les recours de l'opposition politique ou des recours contentieux de candidats évincés. Un avocat explique que des collectivités territoriales vont préférer faire un mauvais choix qu'un choix critiquable juridiquement ou politiquement pouvant compromettre la réélection. Le spectre de la règle pénale du délit de favoritisme plane à chaque instant d'après un acheteur public. Une entreprise se montre réservée sur la négociation, car elle a déjà pu constater que des éléments de ses offres se sont retrouvés dans l'offre d'une entreprise concurrente. La peur de la négociation excessivement transparente est donc partagée.

Les effets négatifs des pratiques actuelles de négociation sont presque unanimement soulevés par les entreprises. La négociation porte très souvent, si ce n'est tout le temps, uniquement sur le prix et les délais. Or, la négociation peut déstabiliser l'offre initiale d'un point de vue technique en procédant à des aménagements qui engendreront des difficultés d'exécution. Une partie de la doctrine économiste a reconnu que la forte pression concurrentielle tend à faire baisser les prix¹⁰⁴. Une autorité contractante reconnaît que la négociation financière ne doit pas fragiliser la négociation contractuelle. Sur ce dernier point, il semble que la négociation ne l'aborde qu'à la marge. Une entreprise explique même se restreindre dans la négociation en ne soulevant pas les clauses qui pourraient

¹⁰⁴ D. COVIELLO, M. MARINIELLO, « Publicity Requirements in Public Procurement : Evidence from a Regression Discontinuity Design », *Journal of Public Economics*, 2013.

engendrer des difficultés afin de ne pas gêner l'autorité contractante, *a fortiori* s'il s'agit pour l'entreprise d'un client régulier. Toutes les possibilités de la négociation ne semblent exploitées pleinement qu'en dialogue compétitif.

De façon à contrer cette tendance à la limitation de la négociation aux sujets financiers et temporels, quelques retours ont fait part de l'idée d'une négociation « thématique ». L'idée est que la négociation soit organisée par ateliers spécifiques qui permettent d'approfondir les aspects techniques. Cela peut être notamment le cas dans les hypothèses de contrats en matière environnementale (station d'épuration, usine de traitement de déchets, transports en commun).

§V. Les candidatures

Résumé intermédiaire

Le régime des exclusions ne fait pas l'unanimité. Il est difficile de sortir une tendance car les autorités contractantes n'ont pas la même appréhension des possibles difficultés d'exécution. Certaines prônent un renforcement des exclusions quand d'autres n'y voient pas de difficultés particulières. Les règles relatives aux groupements d'opérateurs et leur rigidité pour les marchés publics classiques posent problème aux entreprises.

69. Exclusions. La réglementation relative aux exclusions peut être source de difficultés d'exécution, car les hypothèses du Code de la commande publique sont, au goût d'une autorité contractante, trop peu précises. Selon elle, les acheteurs et autorités concédantes ne sont pas assez guidés sur ce point. La liberté d'accès à la commande publique poussée à son paroxysme peut être source de difficulté d'exécution du fait de l'admission de candidats qui auraient dû être écartés. Les conditions d'éviction sont trop restreintes au goût d'une autorité contractante qui aimerait pouvoir évincer une entreprise dont la santé financière n'est pas au beau fixe.

Une autorité contractante se montre particulièrement attentive aux conflits d'intérêts et peut demander, dans le cadre de la passation, les liens capitalistiques de la société pour éventuellement l'écartier de la procédure¹⁰⁵, afin d'éviter, par exemple, que le maître d'œuvre et une des entreprises intervenant sur le chantier

¹⁰⁵ En ce sens, v. F. LICHERE, « Le nouveau régime contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans les contrats administratifs », *CMP*, 2020, n°11, étude 8.

fassent partie de la même holding. Cette pratique est peu répandue d'après une entreprise.

En ce qui concerne les performances précédentes, quelques enquêtés ont reconnu qu'il peut arriver que la notation soit retouchée de façon à mal noter un candidat avec qui il y aurait eu des conflits dans des expériences précédentes, cela restant très officieux. Il s'agit d'un moyen détourné pour écarter des opérateurs économiques au stade de l'offre pour des motifs qui tiennent en réalité à leur candidature. Une autorité contractante explique qu'il n'est pas possible d'exclure un candidat qui aurait fait de la sous-qualité dans un précédent contrat.

Un pouvoir adjudicateur se montre favorable à un échange entre autorités contractantes sur les difficultés d'exécution rencontrées avec les opérateurs afin de les exclure éventuellement. Une « liste noire » serait toutefois impossible à mettre en œuvre. Aussi, un espace d'échanges transparent serait le bienvenu afin d'éviter les déconvenues lors de l'exécution. L'idée d'écarter les entreprises qui auraient engendré des difficultés d'exécution est partagée par une autre autorité contractante. Une période probatoire pourrait ainsi être instaurée après un contrat ayant fait l'objet de difficultés afin de pouvoir à nouveau obtenir des contrats publics.

Si les autorités contractantes sont ouvertes à l'idée d'un renforcement des hypothèses d'exclusion, un enquêté explique l'envers du décor. Il arrive que les entreprises fournissent de fausses informations dans les DC1 et DC2. L'accès au casier judiciaire des personnes morales est très compliqué. Il faut que ce soit le représentant légal qui se déplace au tribunal du siège de la société pour demander une copie, procédure très difficile à mettre en œuvre dans les grands groupes. En outre, l'anonymisation des décisions de justice ne facilite pas l'accès à l'information des autorités contractantes. En définitive, les fausses déclarations sont difficiles à discerner.

70. Groupement d'opérateurs économiques. Plusieurs entreprises font part de difficultés liées à la possibilité pour l'autorité contractante d'indiquer que le groupement conjoint pourra être transformé en groupement solidaire. Cela impacte fortement les relations entre entreprises qui seront alors solidaires pendant dix ans dans le cadre de contrats de travaux.

Une autre entreprise ainsi qu'un avocat regrettent le principe d'intangibilité de la forme et de la composition des groupements. Selon le rythme donné à la

consultation, il est possible de se rendre compte qu'il faudrait des personnes supplémentaires dans le groupement alors qu'il est trop tard pour faire de quelconque modification. Si la personne supplémentaire a un rôle trop important, la formule de la sous-traitance ne convient pas. En outre, cela irait dans le sens de l'ouverture de la commande publique aux PME. Les grands groupes ont, en effet, besoin de l'expertise locale des entreprises plus petites qui connaissent mieux l'environnement local économique et technique. Cette souplesse ouverte dans les marchés de défense et de sécurité gagnerait à être transposée pour tous les marchés publics¹⁰⁶.

§VI. Les offres

Résumé intermédiaire

L'offre anormalement basse est un véritable écueil qu'il est difficile pour les autorités contractantes de déceler. Les critères d'analyse des offres semblent éloignés du principe fondamental de transparence. Le choix est le suivant : privilégier l'aspect technique, plus subjectif ; ou privilégier le prix, plus objectif. Le manque de transparence réside dans les conditions dans lesquelles est opéré le placement du curseur sur la balance des critères : il arrive fréquemment que des considérations étrangères à la commande publique dictent le choix, les principales étant la crainte des juridictions financières et la crainte du contentieux.

71. Offres anormalement basses. En n'allouant pas les moyens nécessaires à la bonne exécution du contrat, l'offre anormalement basse démultiplie les risques de difficultés d'exécution. Une autorité contractante explique que le risque zéro n'existe pas. Il faut trouver un juste équilibre entre le critère prix, objectif et le critère technique, davantage subjectif ; chacune des deux extrémités étant respectivement caractérisées par le risque de l'offre anormalement basse et par le risque pénal.

Une autorité contractante établit une corrélation systématique entre les difficultés d'exécution et les offres anormalement basses. Ces dernières sont très

¹⁰⁶ L'art. R.2142-26 CCP dispose que : « sans préjudice des dispositions de l'article L. 2141-13, la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché (...) ». L'art. R2342-14 CCP dispose que : « la composition du groupement peut être modifiée jusqu'à la date de signature du marché public (...) ».

difficiles à apprécier et il est difficile d'être certain que c'est bien une offre anormalement basse qui va être écartée. Plusieurs autorités contractantes confirment toute la difficulté de la détection des offres anormalement basses. La jurisprudence considérant que l'appréciation se fait vis-à-vis de l'offre elle-même et non par une comparaison d'autres offres, cela suppose une excellente connaissance du marché.

72. Critères d'analyse des offres. La pression des autorités de contrôle, financier notamment, est dénoncée par plusieurs autorités contractantes. L'attribution doit reposer sur le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, mais cette pression rend le critère prix prédominant en réalité. Cela a pour conséquence que ce n'est pas forcément l'offre techniquement la plus robuste qui est retenue, pouvant donc engendrer des difficultés d'exécution. Un acheteur reconnaît que si le candidat retenu s'avère incompetent, cela remet en cause *a posteriori* le choix des critères d'attribution.

Plusieurs autorités contractantes expliquent que le critère prix peut être très problématique. Afin d'éviter les prix prédateurs, l'exemple est donné deux fois d'un marché de prestations de service juridique avec un critère prix pondéré à 25 % dans une hypothèse, et à 30 % dans le deuxième exemple. Une autorité contractante donne ensuite l'exemple d'un contrat de restauration collective : le critère prix doit être pondéré à une hauteur maximale de 40 %, faute de quoi les plats servis risquent de ne pas être qualitatifs. Une entreprise s'interroge : lorsque le critère prix est très important, sommes-nous toujours dans une logique de choix du mieux-disant ? Elle explique avoir déjà vu des marchés avec un critère prix pondéré à 95 %. Plusieurs entreprises déplorent la course à la baisse des prix par les autorités contractantes. Elle explique que cela se retourne ensuite contre l'administration à qui sont présentées des réclamations afin de revoir le prix.

La position inverse est tenue par une autre autorité contractante. Selon elle, si le critère de la valeur technique est trop important, l'entreprise va remettre une offre technique qui ne sera pas en adéquation avec son vrai savoir-faire.

Un juriste explique que les critères peuvent avoir des effets contreproductifs, car les entreprises intègrent dans leur offre ce qu'il faut pour avoir une bonne note, mais lors de l'exécution, les critères de sélection n'existent plus. Cela fait écho à une pratique décelée par la doctrine économiste¹⁰⁷.

¹⁰⁷ L. ATHIAS et L. CHEVER, « Efficacité relative des appels d'offres concurrentiels », *op.cit.*

Toutefois, globalement, les critères d'attribution ne semblent généralement pas être générateurs de difficultés d'exécution. Une autorité contractante estime qu'ils sont davantage source de difficultés de passation, notamment lorsque doit être expliqué devant le juge le choix de la pondération.

Section III : Les remèdes possibles aux difficultés d'exécution liées à la passation

Résumé d'étape n°3

Les principales difficultés d'exécution dont l'origine se trouve en phase de passation sont relatives au manque d'anticipation du futur contrat, au manque de communication qui éventuellement pourrait pallier le précédent problème ainsi qu'au poids du politique en droit des contrats publics. S'il n'est pas possible d'agir sur ce dernier point, plusieurs pistes ont été envisagées afin de minimiser les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution. Ces pistes concernent essentiellement les difficultés relatives à la mise en œuvre des règles de passation, et non des propositions de modification du droit positif.

Il s'agit donc de former davantage les acteurs des contrats publics, et notamment les acheteurs publics, à l'exécution des contrats. Sur les bancs de l'université d'abord et dans la pratique ensuite. L'idée est de dépasser l'aspect procédural du droit des contrats publics pour saisir toutes les opportunités qu'il offre – notamment la négociation –, lesquelles génèrent parfois des craintes des autorités contractantes.

73. Trois points semblent recouvrir toutes les difficultés d'exécution liées à la passation des contrats publics. Il s'agit du poids de la politique (essentiellement au niveau territorial), du manque d'anticipation dans la passation et du manque de communication entre les cocontractants. Une autorité contractante rappelle que « un contrat, c'est anticiper une situation future ». Dans le cadre d'une étude juridique, il ne semble pas possible de réfléchir à des moyens d'action pour atténuer le poids des aspects politiques de la passation. Concernant le manque d'anticipation et de communication, plusieurs solutions ou pistes de réflexion ont été proposées au gré des entretiens.

74. **Enseignement académique.** Un certain manque de professionnalisation des acheteurs publics est presque unanimement reconnu par les autorités contractantes elles-mêmes. La phase d'exécution est le cœur du contrat,

mais les formations juridiques ne se concentrent quasiment que sur la phase de passation. Un avocat constate que l'exécution est le parent pauvre de la formation académique relative aux contrats publics. Il remarque également un désintéressement des magistrats vis-à-vis des contentieux d'exécution techniques et une tendance à renvoyer ces affaires vers les modes alternatifs de règlement des différends.

75. Enseignement pratique. Un enquêté déplore le manque d'accompagnement des maîtres d'ouvrage publics dans la pratique des contrats malgré de nombreux guides. Ce manque de professionnalisation est criant également dans les équipes techniques. La conception de projets complexes nécessite de la matière grise, certains acheteurs n'ont, selon les secteurs, que très peu d'expérience de terrain.

Une autorité contractante explique que ce ne sont parfois pas tant les contraintes de procédures qui sont source de difficultés d'exécution que la professionnalisation des acheteurs et la connaissance des besoins par les prescripteurs. L'autorité propose d'élaborer un principe de retour d'expérience systématique afin de lister les points négatifs et positifs. Réalisée en fin de marché, cette interrogation *a posteriori* permettrait de mieux préparer le renouvellement et les marchés futurs.

Un pouvoir adjudicateur explique que l'achat est un métier alors que la commande publique relève de la procédure. Il faut que les acheteurs s'approprient les techniques d'achat. Il faudrait généraliser les clauses de rendez-vous et les rendre plus opérationnelles afin de ne pas attendre la fin du contrat pour régler les problèmes. Il a pu être expliqué que de nombreuses collectivités sont dotées d'un service achat et d'un service juridique, l'un s'occupant de la passation des contrats et l'autre de l'exécution. Il faudrait un chaînon de façon à ce que les acheteurs puissent envisager le déroulé du contrat et gagner en expérience.

76. Suivi de l'exécution des contrats. Une autorité contractante explique s'être dotée de contract manager afin d'assurer le suivi des marchés, car elle déplore un défaut de pilotage des marchés. Elle émet le souhait que les directives obligent davantage à suivre l'exécution du contrat. Une autre autorité contractante explique que tout commence au moment de la signature du contrat, mais que les acheteurs ont tendance à se focaliser sur les critères de choix. Il faut

davantage de structures pour suivre et piloter les contrats.

Une entreprise confirme la nécessité du *contract management* car pour les contrats de travaux, il y a toujours des imprévus qui doivent être suivis et gérés. Les difficultés se nichent dans les angles morts du contrat.

Le contrôle de l'exécution des contrats ne peut qu'être vertueux pour les futures passations et l'effectivité de la mise en concurrence. Une entreprise explique que si elle constate que le contrat initial attribué à un concurrent n'est pas respecté, elle n'a pas que très peu de moyens de preuve. Le secret des affaires serait opposé à toute consultation du document de consultation. De manière plus générale, les juristes de cette entreprise regrettent qu'il n'y ait pas d'entité dédiée au contrôle des contrats publics. Les textes sont pléthores, mais en pratique les CRC peuvent être débordées, les DIR (Direction Interdépartementale des Routes) sont limitées et il n'y a plus de pouvoirs de police dans les marchés publics. Cela ne favorise pas la transparence et les pratiques vertueuses. Aussi, les contrats publics doivent davantage être contrôlés, en interne ou par des tiers.

77. La négociation comme gage de transparence. Un acheteur souhaite que les distinctions entre dialogue compétitif et procédure négociée soient davantage explicites dans le Code de la commande publique. La limite étant ténue, beaucoup d'acheteurs méconnaissent les bénéfices du dialogue compétitif. De manière générale, c'est la négociation qui est jugée préventive des difficultés d'exécution. Afin de contourner les peurs des autorités contractantes, l'une d'elles propose des lectures publiques du cahier des charges afin que chacun comprenne bien ce qui est attendu.

Deux entités adjudicatrices considèrent que l'idée selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs de taille modeste ne savent pas négocier est erronée. Ils peuvent négocier dans le cadre des marchés en dessous des seuils et ils sont désormais accompagnés. L'une d'elles constate que le *sourcing* est bien ouvert tant pour les entités adjudicatrices que pour les pouvoirs adjudicateurs...

78. Introduction de davantage de souplesse lors de la passation ? La souplesse dans la phase de passation n'est pas forcément plébiscitée, car l'orthodoxie des règles de passation assure la sécurité des procédures selon plusieurs retours. Un acheteur reconnaît toutefois qu'il faudrait introduire de la souplesse dans les achats groupés. L'exemple est donné d'un groupement hospitalier de territoire

(GHT) avec une dizaine d'hôpitaux : cela peut se révéler très complexe lors de la passation et engendrer des difficultés d'exécution. Plus généralement, un soin plus poussé devrait être apporté à la passation. Nombre d'entreprises souhaitent que davantage de temps soit pris et que des moyens plus conséquents soient déployés. Cela permet de mieux maîtriser le contrat. En outre, la transparence doit être totale pour les contrats les plus techniques : il faut que l'autorité contractante dise ce qu'elle sait et ce qu'elle ne sait pas.

La procédure de résiliation devrait également être assouplie ; une notion de marché intermédiaire serait introduite afin de faire le relai entre deux marchés (sans risque d'accusation de saucissonnage). Une autre autorité contractante pointe la difficulté à trouver un motif de résiliation si l'exécution se passe mal.

Une entreprise propose de revoir la manière dont les offres sont remises. Elle constate que ses clients privés ont des demandes beaucoup moins lourdes que celles des donneurs d'ordre publics. Cela irait dans le sens de l'accès des PME à la commande publique. Les petites structures peuvent être découragées de présenter leur candidature face à la lourdeur de la passation des contrats publics.

79. Souplesse et exécution contractuelle. Des entreprises proposent de revoir la réglementation relative aux avenants. Celle-ci devrait être assouplie, même si la mouture actuelle du Code de la commande publique est plus opérationnelle que l'ancien article 20 du Code des marchés publics¹⁰⁸. L'avenant permet l'adaptation du contrat. Les autorités contractantes ont peur de remettre en cause la mise en concurrence initiale et préfèrent parfois résilier plutôt que d'adapter le contrat. Cela ne va pas dans le sens d'une bonne gestion des deniers publics. Dans les contrats longs, l'avenant est le mode de gestion normal du contrat. Il répond au principe de mutabilité du service public.

¹⁰⁸ L'article 20 du CMP prévoyait : « *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.* »

Partie 2 : Résultats du questionnaire en ligne – Enquête quantitative

80. Sommaire de la partie.

Section I – Les marchés publics

- I – Profils des répondants
- II – Généralités
 - A. La perception de la notion de difficultés d'exécution*
 - B. Mise en concurrence et difficultés d'exécution*
- III – Analyse des difficultés d'exécution liées aux règles de passation des marchés publics
 - A. La définition du besoin et la publicité*
 - B. Le contenu du marché*
 - C. Organisation des achats / séparation des fonctions*
 - D. Les procédures de passation et techniques d'achat*
 - E. Les candidatures*
 - F. Les offres*
- IV – Comparaison droit public / droit privé des règles d'exécution des contrats

Section II – Les concessions

- I – Profils des répondants
- II – Généralités
 - A. La perception de la notion de difficultés d'exécution*
 - B. Mise en concurrence et difficultés d'exécution*
- III – Analyse des difficultés d'exécution liées aux règles de passation des concessions
 - A. La définition du besoin*
 - B. Le contenu de la concession*
 - C. La procédure de passation et la sélection des offres*
- IV – Comparaison droit public / droit privé des règles d'exécution des contrats

Section III – Les conventions d'occupation du domaine public

81. Méthodologie. L'enquête quantitative a été conduite selon une méthodologie analogue à celle qui avait été retenue pour le premier rapport sur la crise sanitaire et les contrats publics, à quelques différences près. Elle s'est fondée sur deux questionnaires en ligne réalisés grâce au logiciel *LimeSurvey*, l'un portant sur les marchés publics, l'autre sur les concessions. Les règles de passation des marchés publics et des concessions étant différentes, il est en effet apparu nécessaire de les distinguer strictement, ceci afin d'éviter toute confusion lors de la réponse

aux questions posées.

Les questionnaires ont été mis en ligne le 28 avril 2021 et clôturés le 28 mai. Ils sont donc restés accessibles pendant une durée d'un mois, alors que le questionnaire de l'enquête sur la crise sanitaire et les contrats publics n'avait été ouvert que pour une durée de vingt jours. Les mêmes canaux de diffusion ont été mobilisés. D'abord, une publicité a été assurée grâce aux réseaux sociaux de la Chaire, LinkedIn (Chaire de droit des contrats publics) et Twitter (@chairedcp) ainsi qu'à son site internet (<https://chairedcp.univ-lyon3.fr>). Après une première publication le 28 avril 2021, deux autres rappels ont été effectués afin d'assurer une couverture optimale. Ensuite, les correspondants bénévoles qui s'étaient signalés auprès de la Chaire ont été individuellement invités à y répondre. Enfin, plusieurs organismes (Fédération Nationale des Travaux publics ; Fédération des Entreprises Publiques Locales ; Association Nationale des Juristes Territoriaux ; France Urbaine ; Union des jeunes avocats à la Cour d'appel de Paris) ont diffusé le questionnaire parmi les juristes membres de ces organismes, comprenant tout à la fois des autorités contractantes, des entreprises intéressées par la commande publique et des structures de conseil juridique.

82. Présentation des questionnaires. Au regard de la déperdition du taux de réponse au fur et à mesure de l'avancée du questionnaire observée lors de l'étude sur la Crise sanitaire et les contrats publics, trois améliorations ont été apportées. Premièrement, deux questionnaires ont été publiés, ceci afin que les participants dont les structures ne sont parties qu'à des marchés publics ou qu'à des concessions n'aient pas à répondre à des questions pour lesquelles ils n'ont, par nature, pas d'expérience à faire valoir. Secondement, le nombre de question a été réduit. Alors que le questionnaire sur la crise sanitaire comprenait 101 questions, celui sur les marchés publics n'en a compris que 56 et celui sur les concessions 33. Enfin, troisièmement, et afin d'asseoir davantage la dimension quantitative de cette enquête, la part de « liberté rédactionnelle » des répondants a été réduite.

Au plan formel, les deux questionnaires (annexés au présent rapport) se présentaient selon un déroulé analogue, avec d'abord des questions relatives au profil des répondants, permettant, tout en conservant leur anonymat, de bien cerner leur nature juridique ; ensuite des questions générales sur le sujet ; puis des questions particulières relatives aux règles afférentes aux marchés publics ou aux concessions

; une question portant sur la mise en concurrence des conventions d'occupation du domaine public ; enfin des questions finales conçues notamment afin de permettre aux participants d'exprimer des éléments qu'ils n'auraient pas eu l'occasion de développer lors du questionnaire. Plus précisément, ils étaient structurés ainsi :

- **Marchés publics :**

- 1/ Profil : 6 questions ;
- 2/ Généralités : 10 questions ;
- 3/ Définition du besoin et publicité : 8 questions ;
- 4/ Contenu du marché : 3 questions ;
- 5/ Organisation des achats / séparation des fonctions : 8 questions ;
- 6/ Procédures de passation : 8 questions ;
- 7/ Candidatures : 4 questions ;
- 8/ Offres : 5 questions ;
- 9/ Conventions d'occupation du domaine public : 1 question ;
- 10/ Conclusion : 3 questions.

- **Concessions :**

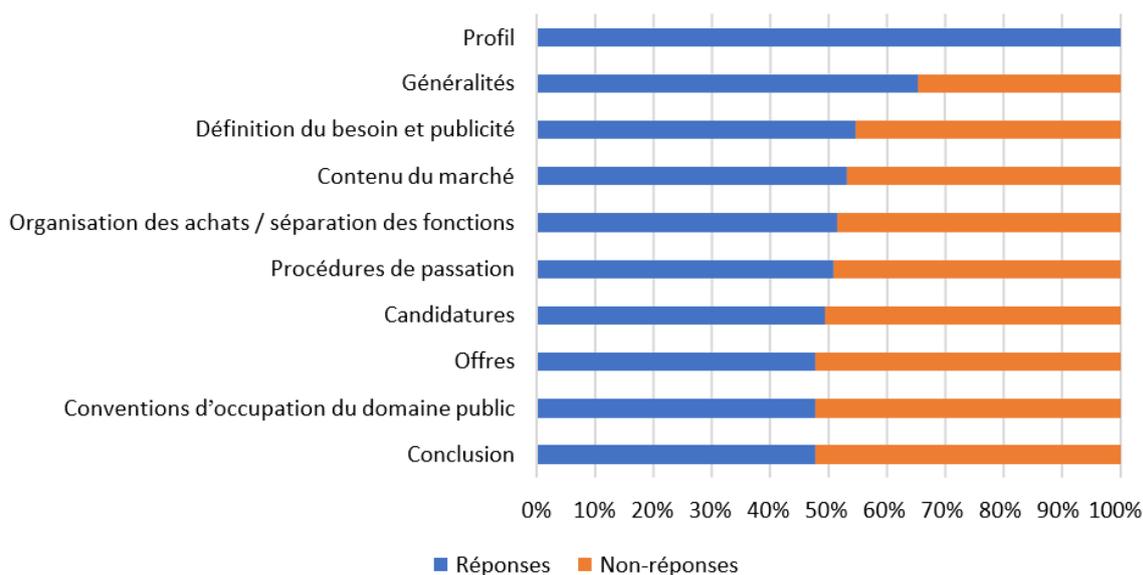
- 1/ Profil : 6 questions ;
- 2/ Généralités : 10 questions ;
- 3/ Définition du besoin : 4 questions ;
- 4/ Contenu de la concession : 3 questions ;
- 5/ Procédure de passation : 6 questions ;
- 6/ Conventions d'occupation du domaine public : 1 question ;
- 7/ Conclusion : 3 questions.

83. Statistiques générales. Si, de la même manière que lors de la précédente enquête, l'analyse des taux de réponse révèle une diminution croissante de celui-ci au fur et à mesure de l'avancée du questionnaire, il est notable d'observer qu'à partir des questions particulières, le taux de réponse demeure quasiment identique jusqu'à la fin des deux questionnaires. Ceci tend à démontrer que la longueur des questionnaires est satisfaisante, car la majorité des participants ayant répondu à au moins une question a terminé le questionnaire.

- **Marchés publics :** à la clôture du questionnaire, 217 personnes l'avaient ouvert. 132 ont répondu aux questions portant sur leur profil. On observe une nette diminution du taux de réponse à compter de la partie « généralités » puisqu'en moyenne 86 personnes ont répondu à ces questions, en comptant ceux qui, pour certaines questions, ont répondu « sans avis ou élément de réponse ». La baisse se poursuit à l'issue de cette partie, mais à un rythme bien moins

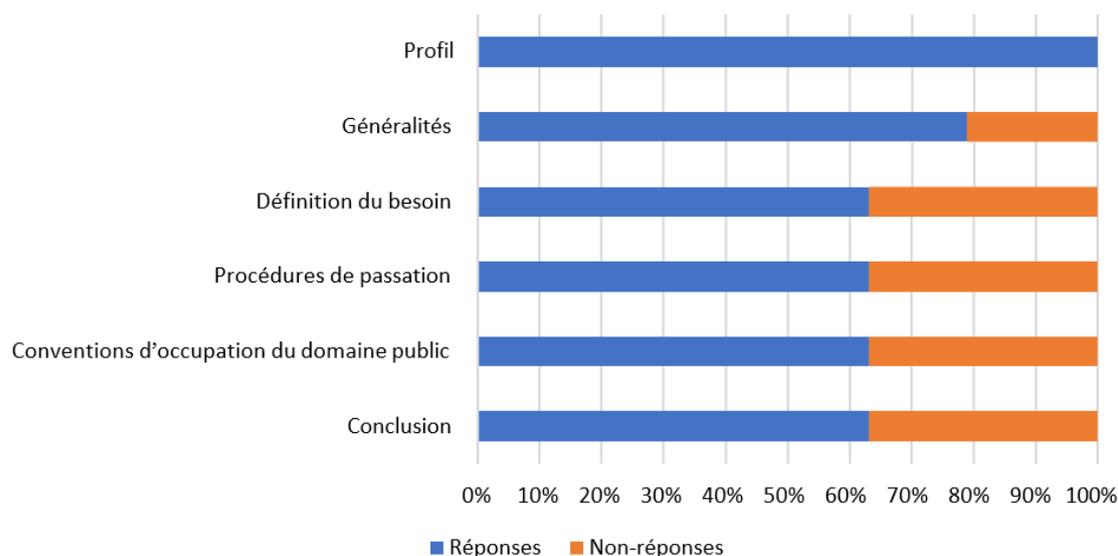
intense puisqu'entre les parties « définition du besoin et publicité » et « conclusion », on ne note qu'un différentiel moyen de 9 répondants, passant de 72 à 63. Globalement, ces chiffres sont supérieurs et plus stables que ceux observés lors de la précédente enquête, ce qui est satisfaisant, mais pourrait être encore amélioré.

Taux de réponse moyen par partie



- Concessions** : le questionnaire sur les concessions a fait l'objet d'un enthousiasme moindre que celui sur les marchés publics, dans des proportions qui ne sont pas similaires à la supériorité quantitative des marchés publics sur les concessions. Ainsi, si 26 personnes ont ouvert le questionnaire, 19 ont répondu à au moins une question. On observe, par ailleurs, exactement le même phénomène que concernant le questionnaire relatif aux marchés publics, à savoir une baisse nette du taux de réponse entre les parties « profil » et « généralités », une seconde baisse d'ampleur entre les parties « généralités » et « définition du besoin », puis une stabilisation à compter de ce stade, ainsi que le résume le graphique suivant.

Taux de réponse moyen par partie



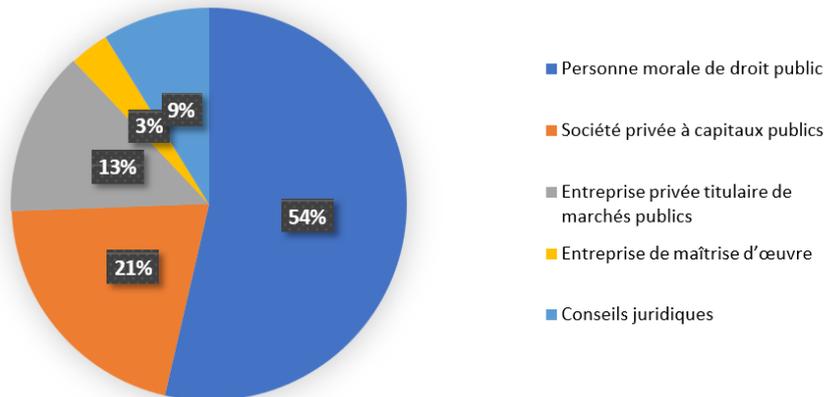
Section I : Les marchés publics

§I. Profils des répondants

84. Par nature juridique. L'analyse des profils des personnes ayant répondu au questionnaire sur les marchés publics démontre qu'une large majorité de celles-ci sont des acheteurs publics, représentant soit des personnes morales de droit public (54 %), soit des sociétés privées à capitaux publics agissant en tant qu'acheteurs publics (21 %). Parmi ces personnes agissant en tant qu'autorités contractantes, 93,7 % sont des pouvoirs adjudicateurs et 6,3 % des entités adjudicatrices. La proportion d'entreprises titulaires de marchés publics s'élève à seulement 16 % dont 3 % sont des entreprises de maîtrise d'œuvre. Enfin, 9 % des répondants sont des conseils juridiques. Ces données doivent être prises en compte dans l'analyse des réponses.

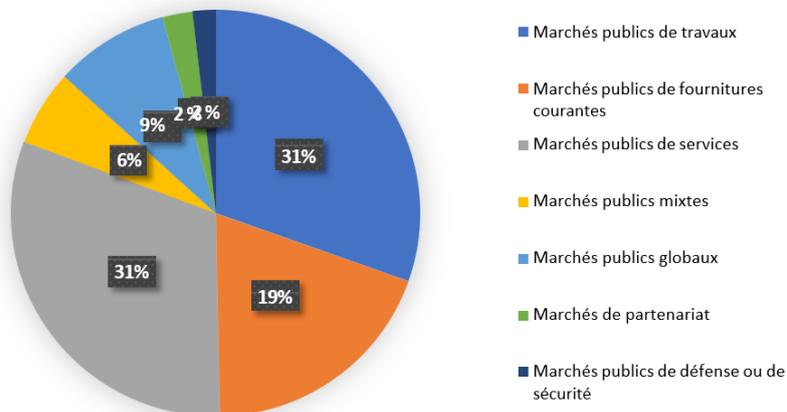
Sur la taille des structures, on dénombre 54 % de répondants représentant des entités de plus de 500 personnes, 22 % de plus de 50 personnes et 24 % de moins de 50 personnes.

Répartition des répondants par nature juridique



85. Par forme contractuelle. Les différentes formes de marchés publics sont représentées dans l'étude ainsi que le démontre le graphique suivant. Sans surprise, 87 % des répondants, soit une très large majorité, affirment être partie à au moins un marché public de travaux, de fournitures courantes, de services ou mixtes. Par ailleurs, seuls 9 % affirment être partie à au moins un marché global, 2 % à au moins un marché de partenariat et 2 % à au moins un marché public de défense ou de sécurité.

Répartition des formes contractuelles



86. Analyse de l'échantillon. De la même manière que concernant la précédente enquête, nous avons procédé de manière spontanée par appel au volontariat, sans constituer au préalable un panel. Si la représentativité de l'échantillon est globalement assurée et que la traçabilité des réponses permet de savoir quel est le profil de la personne y ayant répondu, la proportion d'autorités contractantes demeure trop importante. Cet écart, qui n'avait pas été observé lors de

la première enquête, peut s'expliquer par un intérêt moindre porté par les entreprises aux règles de passation des contrats de la commande publique, lesquelles concernent davantage les autorités contractantes.

§II. Généralités

Résumé d'étape n°1

De la même manière que concernant l'enquête qualitative, la notion de difficulté d'exécution est difficilement appréhendée par les participants au questionnaire. Il faut dire que cette notion ne fait pas partie du fond commun des concepts juridiques du droit des contrats, lequel ne confère d'effets qu'à l'inexécution, soit le degré suprême de la difficulté d'exécution. Pour autant, il est clair qu'entre la bonne exécution et l'inexécution existe une échelle graduée de difficultés d'exécution que le droit ne saisit pas. La majorité des participants a expérimenté des difficultés relevant des quatre catégories proposées (difficultés techniques, temporelles, juridiques et financières), dans des proportions différentes toutefois. Par ailleurs, à la question de savoir si les difficultés d'exécution étaient nécessairement génératrices d'un surcoût, une majorité estime que non, ce qui conforte le modèle de l'échelle des difficultés d'exécution.

Au rang des considérations générales, il apparaît que le principe même de la mise en concurrence ne constitue pas, en lui-même, une source de difficultés d'exécution. Réciproquement, la passation de marchés publics sans publicité ni mise en concurrence ne garantirait *ipso facto* une bonne exécution. Il n'y aurait, du reste, pas de différences majeures entre les règles de passation des marchés publics et celles de concessions comme sources de difficultés d'exécution. Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution seraient davantage à trouver dans le détail des différentes règles et leur application – ce qu'il s'agira de mesurer ultérieurement – voire dans la contraction des délais de procédure qui ne permettent pas aux entreprises de proposer des offres bien calibrées. Sur les règles en elles-mêmes, les participants soulignent majoritairement que l'absence ou l'insuffisance de négociation est la cause principale des difficultés d'exécution, bien qu'ils mentionnent, à des degrés moindres, les autres règles de passation.

87. Avant d'entrer dans le détail des différentes phases de la passation des marchés publics et des règles afférentes, il est apparu nécessaire d'avoir une vision d'ensemble du sujet en posant des questions générales aux participants. Ces questions avaient, principalement, un double objectif. D'une part, il s'agissait d'apprécier quelle était la perception de la notion de difficultés d'exécution chez les

acteurs de la commande publique. D'autre part, ces questions visaient à savoir si, pour ces mêmes acteurs, les difficultés d'exécution étaient davantage liées au principe même de la mise en concurrence ou si c'était plutôt dans certaines règles particulières ou leur application pratique que devaient se trouver les ferments des difficultés d'exécution.

88. Données. Le tableau suivant présente les données recueillies, en valeur brute et en taux, question par question.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSES (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
Que faut-il ranger, selon vous et indépendamment de leurs causes, dans la catégorie des difficultés d'exécution ? (Plusieurs réponses possibles. Veuillez donner des exemples en commentaire, relatant des situations que vous avez rencontrées)	86	46	65,15 %
Selon vous, une difficulté d'exécution est-elle nécessairement source de surcoût ?	81	51	61,36 %
Selon vous, de manière générale, le principe même de publicité et de mise en concurrence permet de garantir une bonne exécution des contrats, est source de difficultés d'exécution ou est indifférent ?	86	46	65,15 %
Selon vous, l'absence de publicité et de mise en concurrence (autres marchés, marchés passés selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence) garantit une bonne exécution, est source de difficultés d'exécution ou est indifférente ?	85	47	64,39 %
Quelles sont selon vous les principales règles de passation qui sont susceptibles d'engendrer le plus de difficultés d'exécution ?	84	48	63,64 %
Pensez-vous que des difficultés d'exécution puissent naître d'une procédure de passation insuffisamment longue (par exemple, au regard des délais de réponse à un avis de marché ou de la durée de négociation lorsque celle-ci est utilisée) ?	79	53	59,85 %
Si oui, la contraction des durées des procédures de passation est-elle, selon vous, liée à des considérations politiques ?	59	73	44,70 %
De manière générale, quelle forme contractuelle jugez-vous la plus à même de générer des difficultés d'exécution ? (Plusieurs réponses possibles)	77	55	58,33 %
Les règles de modification des contrats publics contribuent-elles à créer ou amplifier les difficultés d'exécution ?	67	65	50,76 %
De manière générale, pensez-vous que les règles de passation des marchés publics soient davantage génératrices de difficultés d'exécution que celles des concessions ?	41	91	31,06 %

A – La perception de la notion de difficulté d'exécution

89. Deux questions étaient posées aux participants afin de sonder leur appréhension de la notion de difficultés d'exécution. Une première portait sur les différentes catégories de difficultés d'exécution. Les participants pouvaient opter pour plusieurs réponses parmi les suivantes : difficultés techniques d'exécution ; difficultés temporelles d'exécution ; difficultés juridiques d'exécution ; difficultés financières d'exécution. Il leur était également possible de proposer d'autres

difficultés d'exécution et il leur était demandé d'illustrer leurs réponses à l'aide d'exemples tirés de leur pratique. Une seconde question portait sur le fait de savoir si, selon eux, les difficultés d'exécution étaient nécessairement source de surcoûts.

90. Catégories de difficultés d'exécution. Alors qu'il était précisé, dans la question, que les difficultés d'exécution étaient ici entendues indépendamment de leurs causes, de nombreux participants ont répondu en commentaire sur ce terrain, ce qui rend assez difficile l'interprétation des données ainsi recueillies. En données brutes, 86 personnes ont apporté au moins une réponse à cette question, étant entendu que les participants pouvaient opter pour plusieurs réponses.

- **Difficultés techniques d'exécution** (difficultés qui portent spécifiquement sur les aspects techniques et matériels de l'exécution et qui nécessitent la mobilisation de procédés non initialement prévus au contrat : 48 participants sur 86, soit 55,81 % ont coché cette réponse. Dans leurs éventuels commentaires, qui visaient à obtenir des illustrations, les causes occupent une large part puisque plusieurs participants ont répondu « *crise sanitaire* », « *mauvaise définition du besoin* » ou encore « *manque de contrôle* ». Certains ont cependant apporté d'intéressantes précisions quant aux difficultés d'exécution pouvant intégrer cette catégorie. Ainsi, 4 personnes mentionnent l'état des sols, 2 la survenance d'une pénurie et 2 la présence d'amiante sur le chantier au titre des difficultés techniques d'exécution.
- **Difficultés temporelles d'exécution** (retards, extension des délais d'exécution...): cette catégorie emporte le plus de suffrages puisque 75 personnes sur 86 ; soit 87,21 % ont répondu en ce sens. Là encore, les commentaires ne sont guère exploitables puisque sont alternativement mentionnées les causes de ces difficultés et les difficultés en tant que telles.
- **Difficultés juridiques d'exécution** (d'ordre contractuel, comme une difficulté d'interprétation ou extracontractuelle, comme un refus de permis de construire nécessaire à l'exécution du contrat...): 34 participants sur 86, soit 39,53 %, rangent ces difficultés parmi les difficultés d'exécution. En commentaire, 7 personnes apportent des

précisions exploitables, dont 6 qui soulignent les difficultés d'interprétation du contrat et une autre qui précise avoir déjà été confrontée à la non-obtention d'une servitude de passage pourtant nécessaire à la bonne exécution des prestations.

- **Difficultés financières d'exécution** (difficultés inhérentes à l'une ou l'autre des parties et qui influent sur l'exécution du contrat) : sur les 86 participants, 35 ont mentionné les difficultés financières d'exécution, ce qui représente 40,70 %. Malheureusement, la plupart des commentaires mentionnent des retards dans le paiement par l'acheteur, ce qui n'est pas, en soi, une difficulté d'exécution, mais un non-respect de ses obligations par l'acheteur. Sur les difficultés financières d'exécution en tant que telles, c'est-à-dire celles inhérentes à l'une ou l'autre des parties et qui influe sur l'exécution du contrat, 4 participants soulignent néanmoins que dans le contexte actuel, la hausse du prix des matières premières entraîne bien souvent de telles difficultés pour le titulaire du marché, car cette hausse n'est pas prise en compte dans les formules de révision des prix.

91. Difficultés d'exécution et surcoûts. 81 personnes ont apporté une réponse à la question de savoir si, selon elles, les difficultés d'exécution étaient nécessairement source de surcoûts. 34 estiment que oui, 47 que non, soit une majorité de 58,02 % en faveur de la négative. Il est possible que cette proportion soit aussi liée à la ventilation des répondants et la présence d'une majorité d'autorités contractantes.

B – Mise en concurrence et difficultés d'exécution

1. Principe de mise en concurrence et difficultés d'exécution

92. Avant d'entrer dans le détail des règles de passation, se posait la question de savoir si le principe même de la mise en concurrence était source de difficultés d'exécution. Deux questions étaient posées aux participants. D'abord, il s'agissait d'estimer si selon eux, ce principe était, en lui-même, une garantie de bonne exécution, une source de difficultés d'exécution ou était indifférent. Ensuite, afin d'affiner les données, il leur était demandé si l'absence de publicité et de mise

en concurrence, notamment dans le cadre des autres marchés publics ou de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, garantissait une bonne exécution, était source de difficultés d'exécution ou était indifférente.

93. Le principe même de la mise en concurrence. Dans une proportion largement majoritaire, les participants ne considèrent pas le principe même de la mise en concurrence comme une source de difficultés d'exécution. Sur 84 répondants, seuls 14 estiment que le principe est une source de difficultés d'exécution, là où 38 estiment qu'il est indifférent et 32 qu'il garantit une bonne exécution du contrat. Ainsi, 83, 3 % des participants estiment donc que le principe de la mise en concurrence n'est pas, en soi, une source de difficultés d'exécution.

Il faut ici préciser que les participants pouvaient formuler des commentaires. On peut alors constater – sans pour autant faire de statistiques puisqu'il n'y avait pas d'obligation de préciser les choses – que les réponses sont parfois plus nuancées. Ainsi, s'il est majoritairement admis que la mise en concurrence permet de faire émerger la meilleure offre, deux personnes estiment que cela ne garantit pas pour autant une bonne exécution. En cela, le principe de la mise en concurrence « *peut* » garantir une bonne exécution, mais ne la garantit pas « *à 100 %* », d'autres éléments entrant naturellement en jeu et plusieurs réponses évoquent déjà des règles particulières de passation ou encore la nécessité que le contrat soit bien rédigé.

94. L'absence de publicité et de mise en concurrence. Les réponses apportées à la question de savoir si un marché public passé sans publicité ni mise en concurrence était davantage sujet aux difficultés d'exécution vont dans le même sens. Sur 85 répondants, seuls 15 considèrent que l'absence de publicité et de mise en concurrence garantit une bonne exécution du marché, là où 50 estiment que c'est indifférent et 20 qu'au contraire, c'est une source de difficultés d'exécution. Par conséquent, seuls 17, 65 % des répondants considèrent l'absence de mise en concurrence comme une garantie d'une bonne exécution du contrat. Ce chiffre est à mettre en parallèle avec les 16,7 % qui considéraient que le principe de la mise en concurrence était, en lui-même, une source de difficultés d'exécution.

Mais là encore, certains commentaires libres apportés par les participants témoignent des difficultés à apporter une réponse ferme. Ainsi, certains préfèrent apporter une « *réponse modérée* » dont il ressort que si la conclusion des marchés publics de gré à gré peut permettre de négocier librement avec le futur titulaire et

d'anticiper les potentielles difficultés d'exécution plus facilement, cela n'est pas systématique. Parfois, l'opérateur économique se trouve « *en position de force* » et il peut être difficile pour l'autorité contractante, sans élément de comparaison, de bien comprendre la teneur de l'offre qui lui est proposée. Dans cette hypothèse, il est primordial que l'acheteur ait, selon un participant, « *une bonne connaissance du marché et des opérateurs économiques* ». Par ailleurs, un répondant souligne que lorsque le marché est conclu de gré à gré pour motif d'urgence impérieuse, alors le temps de la négociation est particulièrement contraint et ne permet pas toujours de correctement ficeler le contrat.

95. En conclusion, il ressort qu'une **large majorité des répondants ne considère pas le principe de mise en concurrence comme une source en soi de difficultés d'exécution**. De la même manière, **une proportion analogue n'estime pas l'absence de publicité et de mise en concurrence comme la garantie absolue d'une bonne exécution du contrat**.

2. Règles de passation et difficultés d'exécution

96. Une seule question, sans réponse préalable, était ici posée aux participants. Ceux-ci devaient simplement préciser quelles étaient, selon eux, les principales règles de passation susceptibles d'entraîner des difficultés d'exécution. Poser la question à ce stade et en ces termes a permis de récolter des réponses intuitives, sans que la question ou les possibilités de réponse n'influencent le choix des participants.

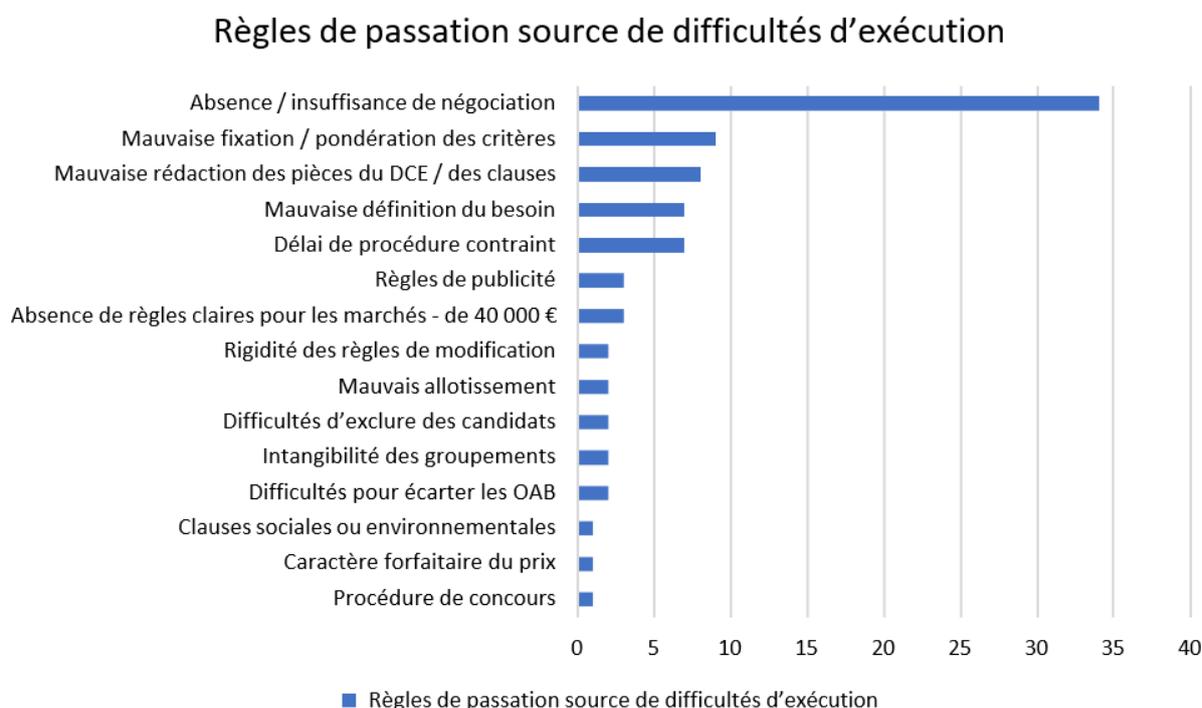
L'analyse des réponses de 84 participants démontre que l'ensemble des règles peuvent être considérées comme potentiellement source de difficultés d'exécution. Si 10 participants estiment qu'aucune règle de passation n'est source de difficultés d'exécution, les autres ont parfois livré plusieurs réponses. Là où certaines d'entre elles portent non pas sur une règle de passation en elle-même, mais sur sa mauvaise mise en œuvre, d'autres semblent indiquer que c'est **la règle en soi qui est problématique**.

Dans cette seconde catégorie, il est possible de classer en premier la place limitée de la négociation, notamment en procédure formalisée, qui est la règle la plus mentionnée avec 34 participants qui l'évoquent, ce qui corrobore les études conduites par les économistes selon lesquelles l'insuffisance des négociations est

une source importante de difficultés d'exécution. Il en va de même pour la règle de l'intangibilité des groupements entre les phases de candidature et d'offre (2 réponses), de la rigidité de la procédure d'exclusion des offres anormalement basses (2 réponses), des difficultés à exclure un opérateur économique au stade de la candidature (2 réponses) ou encore des difficultés à modifier un marché postérieurement à sa signature (2 réponses).

En revanche, de nombreuses réponses semblent **davantage liées à une mauvaise mise en œuvre de règles qui, en elles-mêmes, ne sont pas problématiques**. Il en va ainsi de la mauvaise définition des besoins (7 réponses), de la mauvaise rédaction des pièces du dossier de consultation des entreprises ou des clauses (8 réponses), des délais de procédure (7 réponses), de la mauvaise fixation ou pondération des critères (9 réponses, dont 3 qui estiment que le critère prix est souvent trop pondéré), de la présence de clauses sociales ou environnementales (1 réponse), du caractère forfaitaire du prix (1 réponse), de l'absence de règles strictes de publicité et de mise en concurrence pour les marchés d'un montant inférieur à 40 000 € HT (3 réponses), de la procédure de concours (1 réponse), des règles de publicité (3 réponses) et, enfin, d'un mauvais allotissement (2 réponses).

L'ensemble de ces réponses est résumé dans le graphique suivant :



3. Temporalité de la passation et difficultés d'exécution

97. Des procédures de passation insuffisamment longues. Il était ressorti de l'enquête qualitative que les procédures de passation étaient souvent trop courtes pour que les opérateurs économiques puissent présenter des offres optimales. Il s'est donc agi de confirmer ou d'infirmer cet élément au stade de l'enquête quantitative.

Sur les 77 participants qui ont répondu à cette question, une forte majorité s'est portée sur l'affirmative puisque 58, soit 75, 32 % considèrent que les procédures de passation répondent à des délais trop restreints. Pour rappel, en appel d'offres, le délai minimal de réception des candidatures et des offres est fixé à 35 jours minimum par l'article R.2161-3 du Code de la commande publique, délai qui peut être ramené à 15 jours en cas d'avis de pré-information ou d'urgence ou à 30 jours si les candidatures et les offres peuvent être transmises par voie électronique. En procédure négociée, le délai de droit commun est de 30 jours selon l'article R.2161-12 du Code, ramenés à 10 en cas d'avis de pré-information ou d'urgence et à 25 si les envois sont dématérialisés. Enfin, lorsque le marché est passé selon la procédure adaptée, les articles R.2143-1 et R.2151-1 du Code précisent que l'acheteur fixe librement le délai de remise des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et offres.

Les commentaires que pouvaient fournir les répondants marquent avec une acuité encore plus forte le caractère insuffisamment long de ces délais en pratique, ce qui conduit à une « *mauvaise qualité des réponses* » ou à des « *dossiers bâclés* ». Plusieurs entreprises regrettent ainsi que des délais aussi contraints ne permettent généralement pas « *d'appréhender correctement et intégralement toutes les informations afin d'apporter une réponse satisfaisante* » ou de « *mener des investigations techniques complémentaires* ».

Néanmoins, certains considèrent que le problème n'est pas là puisqu'en tout état de cause, le délai est le même pour toutes les entreprises et qu'une offre qui serait bâclée n'aurait guère de chance d'emporter le marché, ce qui est de nature à éviter les risques de difficultés postérieures. Un autre participant précise qu'à partir du moment où le dossier de consultation des entreprises est correctement rédigé, le délai de réponse n'a que peu d'influence sur la qualité des offres. Il faut cependant

préciser que ces réponses sont extrêmement minoritaires et que domine l'idée que ces délais sont, en pratique, bien trop réduits pour garantir une parfaite concurrence.

98. Des considérations politiques, sources de procédures de passation insuffisamment longues. L'idée selon laquelle le calendrier politique aurait une influence néfaste sur les délais de procédure est, là aussi, tirée des éléments recueillis au moment de l'enquête qualitative. Sans demander de précision au regard du caractère sensible de la question, il a tout de même été demandé aux participants de se prononcer sur le fait de savoir si, oui ou non, des considérations politiques étaient à l'origine de ces délais de procédure trop réduits.

Sur 59 personnes ayant répondu à cette question, 33 ont répondu par l'affirmative, soit une majorité de 55,93 %. Naturellement, il s'agit là d'un état de fait qui est difficile à infléchir, sauf à imposer des délais minimaux de remise des candidatures et des offres supérieurs à ceux en vigueur en matière de procédures formalisées et d'en créer une procédure adaptée.

4. Formes contractuelles et difficultés d'exécution

99. Marchés publics et concessions. La question de savoir si les règles de passation des marchés publics étaient davantage sujettes à difficultés d'exécution que celles relatives aux concessions était posée dans les deux questionnaires. Dans l'ensemble, l'enseignement qu'il faut retenir est qu'une forte majorité de participants estime qu'il n'y a pas de différences notables entre les deux. Dans le questionnaire « marchés publics », sur 41 personnes ayant répondu, seules 7 considèrent que les règles de passation des marchés publics engendrent plus de difficultés d'exécution, les 34 autres notant qu'il n'y a pas de différence notable entre les deux. Sur ces 7 participants, 3 précisent leur pensée. Pour 2 d'entre eux, la rigidité des procédures de passation des marchés publics est la cause de cette disparité. Le dernier rappelle que la place plus importante ménagée à la négociation dans les concessions permet d'« assurer une bonne compréhension du projet », ce qui n'est pas le cas en appel d'offres.

Cette forte majorité, plaidant pour une absence de différence entre les deux, peut sembler étonnante tant la procédure de passation des concessions est plus souple que celles des marchés publics.

100. Entre les différentes formes de marchés publics. Ici aussi, une

large majorité de participants estime que les difficultés d'exécution sont indifférentes à la nature du marché public considéré. Sur 84 répondants, 51, soit 60, 71 %, abondent en ce sens. Néanmoins, il est à noter que 10 considèrent les marchés publics « classiques » comme davantage sources de difficultés d'exécution, 14 que ce sont les marchés publics globaux et 9 que ce sont les marchés de partenariat.

5. Modification du contrat et difficultés d'exécution

101. Parce qu'elles sont aussi liées au respect de la concurrence, il était demandé aux sondés si, selon eux, les règles de modification des marchés publics contribuaient à créer ou amplifier des difficultés d'exécution. Les données récoltées mettent en lumière des avis partagés. Sur 65 répondants, 26 considèrent que ces règles de modification contribuent bien à créer ou amplifier des difficultés d'exécution, soit 40 %, les 39 autres ne voyant pas de lien entre les deux.

Dans les commentaires sous la question, certaines personnes ayant répondu par la négative nuancent leur propos puisque 6 d'entre elles précisent que c'est surtout lorsqu'une clause de réexamen est stipulée au marché que les difficultés d'exécution sont atténuées, car anticipées. Nombreux autres proposent une vision historique, en notant que les nouvelles règles contenues au Code de la commande publique offrent davantage de « *souplesse* » et de « *lisibilité* » qu'auparavant. Du reste, sur les personnes ayant opté pour l'affirmative, il ressort que ces règles sont trop « *imprécises* », « *rigides* » ou « *limitées* ». En particulier, 3 d'entre eux soulignent que les seuils de 10 % pour les marchés de fournitures courantes et de services et de 15 % pour les marchés de travaux sont trop faibles pour être véritablement pertinents.

§III. Analyse des difficultés d'exécution liées aux règles de passation des marchés publics

Résumé d'étape n°2

L'étude des règles de passation, étape par étape, semble témoigner, globalement, d'une bonne qualité de la norme juridique, mais d'une application parfois lacunaire ou pas en phase avec les réalités économiques. L'analyse des données recueillies montre ainsi que les difficultés d'exécution liées à la phase de passation étaient davantage générées par une mise en œuvre défaillante que par la règle elle-même.

Il en va ainsi pour la définition du besoin, la fixation du contenu du contrat, l'organisation des achats, la négociation ou encore la conduite des phases de sélection des candidatures et des offres. En particulier, concernant les critères de sélection des offres, le culte du prix est encore très présent, engendrant des pondérations souvent excessives de ce dernier qui sont tout autant de ferments de difficultés d'exécution. De ce point de vue, la professionnalisation de l'achat public, déjà engagée, doit être largement poursuivie.

Cependant, d'autres problématiques soulevées lors de l'enquête pourraient se trouver atténuées par une modification des règles. Il en va ainsi, tout particulièrement, concernant la limitation du recours à la négociation pour les pouvoirs adjudicateurs. Étant entendu qu'une bonne négociation est de nature à désamorcer les potentielles difficultés d'exécution, une assimilation du régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs à celui des entités adjudicatrices serait salubre.

102. Le questionnaire en ligne reprenait ici la structure du questionnaire qualitatif, lequel suivant déjà le plan du Code de la commande publique. Ainsi, les résultats de l'enquête quantitative ici présentés le seront selon le même déroulé.

A – La définition des besoins et la publicité

Résumé intermédiaire

La définition des besoins apparaît, pour une grande majorité de participants, comme une source majeure de difficultés d'exécution. Cependant, l'analyse des réponses apportées par les participants montre que ce ne sont pas tant des règles du Code de la commande publique qu'émanent les difficultés, mais de leur mise en œuvre pratique. Mauvaises relations entre services prescripteurs et services de la commande publique, manque de temps ou manque de connaissances du marché apparaissent comme les principales causes de définition du besoin conduites de manière non optimale. Le sourcing apparaît alors, pour la majorité, comme une solution à pérenniser, quoiqu'elle suppose du temps pour être mise en œuvre de façon pertinente et une formation appropriée des acheteurs.

Les spécifications techniques ne semblent, quant à elles, pas des sources notables de difficultés d'exécution. Bien au contraire, elles offrent aux acheteurs et opérateurs économiques un référentiel commun qui, dans la plupart des cas, est utilisé à bon escient. Enfin, l'exigence d'une publicité large pour les marchés excédant les seuils européens de procédures formalisées, induisant potentiellement la conclusion de marchés avec des entreprises étrangères, peut conduire à des difficultés en termes de compréhension mutuelle.

103. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSE (dont « sans avis »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
La définition du besoin est-elle source de difficultés d'exécution ?	71	61	53,79 %
Quelles difficultés rencontrez-vous lors de la définition du besoin ? (question réservée aux acheteurs publics)	45	87	34,09 %
Le recours au <i>sourcing</i> (ou sourçage, article R.2111- 1 du Code de la commande publique) est-il de nature à réduire les difficultés d'exécution des marchés publics ?	66	66	50 %
Faut-il favoriser davantage le <i>sourcing</i> ?	65	67	49,24 %
Quelles difficultés rencontrez-vous dans la mise en place du <i>sourcing</i> ? (question réservée aux acheteurs publics)	43	89	32,58 %
Le recours à des normes techniques dans les spécifications techniques est-il source de difficultés d'exécution ?	50	82	37,88 %
Le recours à des performances ou exigences fonctionnelles dans les spécifications techniques est-il source de difficultés d'exécution ?	50	82	37,88 %
Selon vous, la passation de marchés avec des entreprises implantées en dehors du territoire national est-elle source de difficultés d'exécution ?	52	80	39,39 %

La définition du besoin est la phase clef d'un achat réussi, puisqu'elle conditionne la suite de la procédure de passation et peut exercer des influences sur l'exécution du marché. Il est donc logique que l'exigence de « *précision* » dans cette

définition du besoin et leur nécessaire définition par des « spécifications techniques » ait été reprise par le Code de la commande publique, aux articles L.2111-1 et -2, dans une formule peu ou prou analogue à celle qui était prévue à l'ancien article 5 du Code des marchés publics.

Du reste, si la publicité ne semble pas, en elle-même, une source potentielle de difficultés d'exécution, il a semblé intéressant d'avoir le point de vue des acteurs de la commande publique sur l'étendue de cette obligation de publicité, notamment lorsqu'elle induit une participation à la procédure d'entreprises implantées en dehors du territoire national.

1. Définition du besoin et difficultés d'exécution

a. La mauvaise définition du besoin, source de difficultés d'exécution

104. Constat. À la question de savoir si la définition du besoin était source de difficultés d'exécution, une extrême majorité des participants a opté pour l'affirmative. Sur 71 répondants, 57 considèrent en effet que la définition du besoin est source de difficultés d'exécution, soit 80, 28 %. Toutefois, si l'on analyse plus finement les réponses apportées en commentaire, on s'aperçoit que ce n'est pas tant la règle de droit qui engendre *ipso facto* des difficultés d'exécution, mais bel et bien sa mise en œuvre qui se trouve insuffisante.

Sur les 14 personnes ayant répondu par la négative, 9 apportent un commentaire à leur réponse et 7 nuancent leur propos en précisant que la définition du besoin n'est pas source de difficultés d'exécution « si elle est sincère », si elle est « bien faite » ou à condition de ne pas être « lacunaire ». Ces réponses éclairent sur le fait que la définition du besoin n'est pas juridiquement problématique, mais l'est en pratique.

Le constat est similaire au regard des commentaires des personnes ayant affirmé que la définition du besoin était source de difficultés d'exécution. Sur 41 ayant commenté leur réponse, ils sont 26 à estimer que la définition du besoin est source de telles difficultés si elle est incorrectement réalisée. Ainsi, elle « peut être » génératrice de difficultés d'exécution et est même, pour une entreprise, la « principale source de difficultés » dans pareil cas. Pour deux autres entreprises, il y a là une vraie lacune, puisque les acheteurs « ne s'approprient pas assez cette étape » et qu'en définitive, ils « ne savent pas définir leurs besoins ».

De ce point de vue, **les faiblesses de la définition du besoin apparaissent davantage comme un problème de science administrative, non d'un problème strictement juridique.**

105. Les difficultés opérationnelles dans la définition du besoin. Afin d'éclaircir ces difficultés opérationnelles, une question, réservée aux acheteurs, consistait à savoir quelles étaient ces difficultés rencontrées au cours de la phase de définition du besoin. Sur les 45 réponses recueillies, il apparaît que certaines difficultés sont récurrentes, là où d'autres sont davantage anecdotiques – comme la pression exercée par le politique (1 réponse) et les difficultés d'ordre budgétaire (1 réponse) – ou inhérentes à une règle du droit de la commande publique à laquelle l'on ne peut se soustraire – telle que l'impossibilité de se référer dans les spécifications techniques à une marque particulière (1 réponse).

En ce qui concerne les difficultés récurrentes, davantage illustratives des lacunes opérationnelles de la définition du besoin, quatre catégories peuvent être dégagées des données recueillies :

- **Les relations service prescripteur / service achat :** 25 acheteurs sur 45 soulignent que la principale difficulté qu'ils rencontrent dans la définition du besoin est liée au décalage qui existe entre leurs préoccupations et celles des services prescripteurs. Nombreux fustigent des opérationnels qui « *ne mesurent pas et anticipent peu* » en donnant une définition « *trop généraliste* » de leur besoin, notamment en fournissant une « *mauvaise estimation financière* » ou un « *mauvais recensement* » des quantités souhaitées. Un acheteur précise que dans sa collectivité, les services prescripteurs « ne comprennent pas l'importance de cette étape », ce qui nécessite une réelle gymnastique pour le service achat.
- **Le temps :** 5 autres acheteurs affirment « manquer de temps » dans la définition de leur besoin, sans toutefois donner les raisons de cet état de fait. L'un d'entre eux précise toutefois que les conséquences de ce déficit de temps sont particulièrement néfastes puisque cela aboutit à une « *reprise mot pour mot des anciens cahiers des charges* » et à l'impossibilité de mettre en place du *sourcing* ou du *benchmarking*.

- **Une mauvaise connaissance du marché** : 6 acheteurs reconnaissent avoir une connaissance parcellaire des différents marchés. La nécessité pour les acheteurs d'avoir une vision panoptique des activités économiques n'est pas toujours conciliable avec le manque de temps et l'arrivée dans leurs services de demandes imprécises des services prescripteurs.
- **Les problèmes internes aux services** : enfin, 3 acheteurs font état d'une forte inertie à l'intérieur de leur service. L'un d'entre eux précise que certains agents du service achat de sa collectivité sont réticents à la mise en place de pratiques de *sourcing* au motif, mentionné par le participant, qu'« on a toujours fait comme ça ».

b. Le sourcing, un palliatif à une mauvaise définition du besoin

106. Présenté comme une solution permettant aux acheteurs d'avoir une meilleure connaissance du marché et de définir leur besoin de façon plus optimale, le *sourcing* est aujourd'hui codifié à l'article R.2111-1 du Code de la commande publique. L'enquête quantitative a ici été l'occasion de vérifier l'enthousiasme pour le *sourcing* qui avait été perçu lors de l'enquête qualitative.

107. **Le *sourcing* plébiscité.** Deux questions portaient sur la pertinence du *sourcing*. Une première avait pour ambition de mesurer si, du point de vue des acteurs de la commande publique, le *sourcing* était de nature à réduire les difficultés d'exécution. Une seconde visait à savoir s'il était pertinent de le favoriser encore davantage.

À la première de ces questions, sur 66 répondants, 60 ont estimé que le *sourcing* réduisait les difficultés d'exécution du marché, soit une écrasante majorité de 90,91 %. Sans surprise, les participants agrémentent leur réponse de commentaires soulignant que le *sourcing* permet à l'acheteur d'avoir une « meilleure connaissance des pratiques », « du marché » ou du « tissu économique », ce qui est de nature à permettre de savoir « si l'offre rencontre bien la demande ». L'un des participants précise par ailleurs que le *sourcing* est également vertueux en ce qu'il permet aux acheteurs d'aller à la rencontre des opérateurs économiques en amont et, en quelque sorte, de casser la muraille invisible qui parfois sépare les deux mondes de l'administration et de l'entreprise en favorisant une « *collaboration*

constructive ». Néanmoins, une minorité de sondés apporte des nuances très instructives. L'un des participants estime à ce sujet que le *sourcing* n'est pas la panacée d'un achat public réussi, mais « *peut seulement contribuer* » à désamorcer en amont les potentielles difficultés d'exécution. Un autre renchérit en estimant qu'il doit impérativement être « *bien réalisé* » pour être efficace ; qu'à cette fin, il faut qu'« *il existe suffisamment de temps entre le sourcing et la procédure* » pour permettre à l'acheteur de s'appropriier les informations récoltées et de les confronter avec les besoins exprimés par les services prescripteurs.

Au regard de ces réponses, il n'est pas étonnant qu'une majorité tout aussi imposante ait émergé de la question de savoir s'il fallait davantage favoriser le *sourcing*. Sur 65 réponses, 62 se sont tournées vers le oui et seulement 3 vers le non. Les quelques commentaires laissés par les participants font parfois état d'une volonté de généralisation de cette pratique qualifiée par un acheteur d'« *indispensable* », devant être mobilisée « *systématiquement* ».

108. Une pratique à améliorer. Par-delà l'engouement suscité par le *sourcing* auprès de notre panel, certains risques et pistes d'amélioration apparaissent – il faut rappeler que la possibilité de mettre en place un *sourcing* n'existe que depuis le décret de 2016. Il était en effet demandé aux acheteurs publics quelles étaient les difficultés qu'elles rencontraient dans la mise en place du *sourcing*. Sur 43 réponses récoltées, les difficultés peuvent être catégorisées comme suit :

- **Le manque de temps / les contraintes calendaires** : déjà entrevue au stade de l'enquête qualitative, il s'agit de la difficulté qui ressort majoritairement avec 18 réponses en ce sens. Les répondants soulignent que le *sourcing* est une pratique chronophage qui, en tout état de cause, ne peut être mobilisée pour l'ensemble des achats d'une collectivité. Cette difficulté d'ordre temporel peut être particulièrement incapacitante pour un service achat : un participant estime en effet que parfois, le *sourcing* est bâclé, « *fait pour être fait* ».
- **Le manque d'implication des services prescripteurs** : 6 acheteurs pointent un manque d'investissement des services prescripteurs en la matière. La technique étant bien souvent, dans les collectivités, connue des seuls acheteurs publics, les agents des services

opérationnels tendent à rester « *sur leurs acquis* », voire à la négliger ce qui, aux dires d'un acheteur, le contraint parfois à « *refaire le sourcing* » qu'il avait confié au service prescripteur.

- **Le manque de formation / de connaissance du marché** : 8 autres acheteurs estiment que le *sourcing* pâti d'un manque de formation et/ou de connaissances du tissu économique pour être véritablement pertinent. Sur ce point, un acheteur souligne la nécessité d'être « *vigilant* » dans ses rapports avec les entreprises consultées, car il y a toujours un risque de contrevenir aux principes de la commande publique. De ce point de vue, le *sourcing* est une technique de management de l'achat public qui nécessite une formation adéquate des acheteurs.
- **La crainte d'atteinte à la concurrence** : on aurait pu penser que cette difficulté allait être largement mentionnée, mais il n'en est rien. Seuls 3 participants soulignent les difficultés qu'ils rencontrent à prouver que leurs méthodes de *sourcing* ne portent pas atteinte à l'égalité de traitement des opérateurs économiques ou engendrent un risque de distorsion de la concurrence.
- **L'imprécision des dispositions du Code de la commande publique** : 5 acheteurs considèrent que l'article R.2111-1 du Code n'offre pas assez de « *sécurité juridique* », notamment en ce qui concerne le périmètre du *sourcing*. Il faut dire qu'effectivement, ces dispositions ne brillent pas par le détail qu'elles offrent. Cependant, la Direction des affaires juridiques a publié en mars 2019 un *Guide du sourcing opérationnel* qui a vocation à rassurer les acheteurs sur l'étendue des possibilités qui leur sont offertes en matière de *sourcing*, ce qui, à terme, devrait être de nature à les rassurer et à enraciner plus profondément cette pratique dans les services de la commande publique.
- **La réticence des entreprises** : enfin, 2 acheteurs soulignent qu'ils font parfois face à une certaine réticence des entreprises à répondre à leurs questionnaires.

109. En conclusion, il faut souligner que, **juridiquement, la définition**

du besoin n'est pas, en elle-même, une source de difficultés d'exécution. Toutefois, il est largement admis que cette phase, autant délicate qu'essentielle, est **en pratique insuffisamment bien conduite pour désamorcer de façon pertinente les potentielles difficultés à venir.** Ceci explique que **la pratique du *sourcing* soit largement plébiscitée en ce qu'elle apparaît comme un palliatif pertinent aux errements constatés de la définition des besoins.**

Ceci confirme que l'achat public, fonction-support essentielle à la bonne marche de toute administration, doit davantage se professionnaliser.

2. Spécifications techniques et difficultés d'exécution

110. Le besoin de l'acheteur se traduit, en termes techniques, par des spécifications, lesquelles peuvent être formulées par des références à des normes techniques ou autres documents équivalents, par référence à des performances ou exigences fonctionnelles ou par combinaison des deux, conformément à l'article R.2111-8 du Code de la commande publique. Ces spécifications, qui permettent de cadrer, en termes techniques, le besoin, ne doivent pas, rappelons-le, être discriminantes. Si l'enquête qualitative n'a pas révélé de liens particuliers entre ces spécifications techniques et d'éventuelles difficultés d'exécution, encore fallait-il vérifier cela au stade de l'enquête qualitative.

111. Normes techniques et difficultés d'exécution. Sur 50 répondants, 41 estiment que le recours à des normes techniques dans les spécifications du marché ne génère pas de difficultés d'exécution. Ceci confirme ce qui avait été observé lors des interviews, à savoir que les normes techniques ont une vertu sécurisante pour les acheteurs. Quelques participants ont précisé leur réponse en commentaire et en ce sens, estimant notamment que les normes techniques ont cela d'intéressant qu'elles « renvoient à un langage technique partagé par les industriels et les prescripteurs », ce qui est source d'une meilleure compréhension mutuelle du besoin.

Toutefois, il faut préciser que, selon les commentaires de 6 personnes ayant répondu non et ayant souhaité développer leur réponse, les normes techniques ont parfois tendance à enfermer le besoin « dans un carcan » en ne permettant pas l'émergence de « solutions alternatives » qui, pourtant, pourraient davantage correspondre aux besoins de l'acheteur. Les nuances ainsi apportées ne portent, là

encore, pas sur la règle de droit en elle-même, mais davantage sur sa mise en œuvre. Ainsi, la norme technique apparaît comme un outil intéressant dans la spécification du besoin, à condition qu'elle soit mobilisée de façon pertinente et pour des achats qui y sont propices.

112. Performances, exigences fonctionnelles et difficultés d'exécution. La référence, dans les spécifications techniques, à des performances ou exigences fonctionnelles a été l'une des innovations du Code des marchés publics de 2006 qui avait précisément pour objet de gommer l'aspect parfois trop enclavant des normes techniques. Cependant, sur les 50 mêmes participants, 35 considèrent que de telles spécifications ne sont pas source de difficultés d'exécution. On note tout de même une légère inflexion par rapport à la question relative aux normes techniques (pour rappel, 41 sur 50). Ceci s'explique sans doute par le caractère moins normé de telles spécifications, qui est d'ailleurs souligné par un acheteur selon lequel « *il peut être difficile de contrôler lors de l'analyse des offres que les moyens proposés répondent effectivement à nos objectifs fonctionnels* ». Finalement, les exigences fonctionnelles ont l'inconvénient de leur avantage : si elles permettent d'accueillir des solutions techniques qui n'avaient pas nécessairement été envisagées par l'acheteur, elles en perdent la vertu sécurisante des normes techniques. Un autre acheteur résume cela en des termes particulièrement évocateurs : « *une définition en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles nécessite en réalité une approche encore plus fine des besoins ; à défaut, le champ est trop ouvert, voire indéterminé* ».

D'ailleurs, parmi les personnes estimant que les performances et exigences fonctionnelles ne sont pas source de difficultés d'exécution, nombreuses sont celles qui conditionnent leur réponse au caractère « *bien conçu* » du cahier des charges fonctionnels, ce qui suppose que « *cela ait bien été travaillé en amont* ».

113. Les spécifications techniques ne semblent pas être des sources reconnues de difficultés d'exécution. Si celles-ci sont bien maîtrisées et mobilisées de manière pertinente par les acheteurs, ce qui semble être le cas dans la majorité des situations, elles sont davantage un **gage de bonne compréhension mutuelle des prestations à réaliser dans le cadre de l'exécution du marché**.

3. Publicité et difficultés d'exécution

114. Si la publicité n'a pas, en tant que telle été mentionnée comme une potentielle règle de passation entraînant des difficultés d'exécution lors de l'enquête qualitative, il est tout de même apparu intéressant de demander aux participants si l'un des effets induits d'une large publicité, à savoir la passation de marchés avec des entreprises implantées en dehors du territoire national, pouvait être source de telles difficultés.

Sur 52 participants, 32, soit 61, 54 %, pensent que la conclusion de marchés publics avec des entreprises étrangères est source de difficultés d'exécution. Naturellement, cette règle est intangible en ce qu'elle est liée à la réalisation du marché intérieur, mais il n'est pas interdit de constater qu'elle peut avoir des conséquences néfastes sur l'exécution des marchés publics.

Trois problématiques majeures émergent des 15 commentaires exploitables apportés en complément de ces réponses :

- **La langue** : il s'agit de la difficulté la plus mentionnée puisqu'elle l'est par 9 acheteurs qui notent des difficultés de compréhension ou de communication avec leurs titulaires étrangers.
- **La méconnaissance du droit français / de la culture économique française** : 4 sondés considèrent qu'il s'agit là d'une difficulté importante. L'un d'entre eux mentionne notamment l'hypothèse de règles d'exécution des contrats publics différentes selon les pays. Il faut ici rappeler qu'effectivement, la France soumet l'exécution de ses contrats publics à un régime de droit public qui, par ailleurs, est tout à fait particulier, là où dans d'autres États, ce sont les règles du droit civil qui trouvent à s'appliquer.
- **Le manque de réactivité lié à l'éloignement géographique** : mentionné par 2 participants, il semble devoir être relativisé, l'éloignement géographique n'étant pas nécessairement lié à la nationalité de l'entreprise titulaire.

B – Le contenu du marché

Résumé intermédiaire

La fixation de la durée et du prix du marché semble être une importante cause de difficultés d'exécution. Non que les règles du Code de la commande publique soient mal conçues, mais il ressort bien des analyses que la durée telle que voulue par l'acheteur n'est pas toujours optimale, ce qui influe négativement sur la qualité des prestations fournies. Il peut en aller de même pour le prix, au moins sur deux plans. D'abord, les sondés s'accordent sur le fait que la mise en concurrence a pour effet pervers de trop tirer les prix vers le bas, ce qui a pour effet corrélatif de réduire la qualité des prestations. Ensuite, une utilisation mal avisée du prix forfaitaire peut donner l'apparence de la simplicité, mais entraîner de véritables difficultés opérationnelles.

115. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSE (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
La durée du marché (soit trop courte, soit trop longue) peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	63	69	45,73 %
Le prix résultant de la mise en concurrence peut-il être source de difficultés d'exécution ? Autrement dit, la mise en concurrence conduit-elle à trop tirer les prix vers le bas ?	66	66	50 %
Le prix global et forfaitaire est-il davantage source de difficultés d'exécution que le prix unitaire ?	54	78	40,91 %

1. La durée du marché

116. Les dispositions générales relatives à la durée des marchés publics sont, dans le Code de la commande publique, relativement imprécises. Simplement, la durée du contrat doit être déterminée en « *tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* » selon l'article L.2112-5. Il revient donc à l'acheteur de déterminer la durée du marché en tenant compte de ces éléments.

Il était alors demandé aux participants si, selon eux, la fixation de la durée du marché pouvait être une source de difficultés d'exécution. Sur 63 personnes, 47 ont répondu par l'affirmative, soit une majorité de 74, 6 %. Ici aussi, l'analyse des commentaires laissés par quelques répondants démontre que c'est bien une inadéquation de la durée au besoin qui est une source de difficultés d'exécution, non les règles de droit. Ainsi, une durée trop courte induit des délais « *pas tenables* » et

une durée trop longue fait peser le risque d'avoir à conclure des avenants.

2. Le prix

117. La fixation de la valeur estimée du marché public est une étape fondamentale de la procédure de passation. Non seulement le prix conditionne les règles applicables en termes de publicité et de procédure de mise en concurrence, mais encore il est une donnée fondamentale de l'économie de la mise en concurrence. Sur ce point, deux questions ont été posées aux participants. La première concernait la fixation du prix en tant que telle, en particulier le fait de savoir si la mise en concurrence induisait une baisse des prix pouvant engendrer des difficultés d'exécution dans l'hypothèse où le prix résultant de la mise en concurrence était trop bas par rapport aux prix normaux du marché. La seconde portait sur la forme des prix.

118. Prix résultant de la mise en concurrence. 66 personnes ont répondu à la question de savoir si l'un des effets de la mise en concurrence était de trop tirer les prix vers le bas et générer consécutivement un risque de difficultés d'exécution. 43, soit une majorité de 65,15 %, ont estimé qu'en effet, la mise en concurrence avait bien souvent un tel effet pervers de ne pas conduire au juste prix concurrentiel, mais à un prix inférieur au prix du marché.

Dans les commentaires facultatifs, certains participants proposent des pistes de réflexion quant aux causes de ce phénomène. Trois éléments ressortent, qui semblent pouvoir être combinés pour l'expliquer. D'abord, 6 participants (4 autorités contractantes et 2 entreprises) estiment qu'en pratique, le critère prix est trop souvent pondéré à l'excès. Ensuite, la seconde raison tient, selon 8 autres répondants (5 entreprises, 2 autorités contractantes et un avocat), à des pratiques de prix agressives de la part de certaines entreprises. Ce serait même, selon l'un d'eux, la « cause principale » des difficultés d'exécution, avec un schéma décrit par 3 participants selon lequel l'entreprise propose une offre à un prix irréalisable et essaie de « rattraper » cela en cours d'exécution, au besoin en inventant « *de faux travaux supplémentaires pour se rémunérer* ». Enfin, 3 participants, tous représentants d'autorités contractantes, soulignent que la procédure de détection des offres anormalement basses est beaucoup trop lourde pour pouvoir être mise en œuvre de façon efficace et rapide.

Dans les commentaires des personnes estimant au contraire que la mise en concurrence n'avait pas pour effet de trop tirer les prix vers le bas, on retrouve les mêmes préoccupations. 3 participants conditionnent leur réponse à la mise en place d'une détection effective des offres anormalement basses et 5 autres à l'existence de critères de sélection « finement réfléchis » et « pertinents ».

Encore une fois, on peut déduire de ces réponses que ce n'est pas tant la règle de droit qui fait défaut – à l'exception, peut-être, des dispositions relatives aux offres anormalement basses, sur lesquelles nous reviendrons –, mais **une mauvaise mobilisation de la règle ou, plus spécifiquement, une mauvaise stratégie d'achat et une connaissance peut-être pas assez fine du marché qui conduit à des prix irréalistes, sources de difficultés d'exécution.**

119. Prix unitaire et prix forfaitaire. L'enquête qualitative avait révélé que les prix forfaitaires, au-delà leur apparente simplicité, était en réalité souvent générateurs de difficultés d'exécution au regard du manque de transparence de leur contenu. Il a donc été demandé aux participants s'ils estimaient, eux-aussi, que le prix global et forfaitaire était davantage générateur de difficultés d'exécution que le prix unitaire. Sur 54 personnes ayant répondu à cette question, 33 estiment que non, infirmant ainsi les nombreux avis recueillis au stade de l'enquête qualitative.

En ce qui concerne les 21 personnes ayant choisi l'affirmative, 14 ont commenté leur choix (7 entreprises, 6 autorités contractantes et un avocat), dont 11 en livrent les raisons. Pour 3 d'entre eux, le prix global et forfaitaire n'est source de difficultés d'exécution que dans l'hypothèse où le besoin a été mal défini. 3 autres pointent le manque de souplesse du prix global et forfaitaire, qui ne peut entraîner une indemnisation que dans les conditions très restrictives de la jurisprudence *Haute-Normandie* (sujétions imprévues). 4 participants estiment par ailleurs que le prix global et forfaitaire n'est problématique que si la Décomposition du Prix Global et Forfaitaire est imprécise. Enfin, l'un d'entre eux souligne qu'en soi, le forfait n'est pas problématique, qu'il peut toutefois l'être s'il est utilisé pour des prestations inadaptées à cette forme de prix.

Les personnes ayant répondu négativement ont moins commenté leur réponse, puisque sur 33 répondants, seuls 11 donnent des réponses exploitables. Pour un acheteur, le forfait est tout simplement « plus simple », mais les 10 autres nuancent cette réponse et soumettent la bonne exécution d'un marché à prix

forfaitaire à certaines conditions. Pour l'un d'entre eux, il faut que le DPGF soit parfaitement rédigé. Pour 6 autres, le prix forfaitaire n'est pertinent que pour certaines prestations et qu'il faut donc le choisir si et seulement si cela se trouve pertinent. Enfin, 3 autres conditionnent la bonne exécution du marché à forfait à une bonne définition du besoin.

L'ensemble de ces réponses aboutit à un constat plus nuancé. Le prix global et forfaitaire n'est pas, en soi, une source de difficultés d'exécution. Néanmoins, une **mauvaise utilisation du forfait peut avoir des répercussions particulièrement néfastes au stade de l'exécution**. Il est donc **primordial, outre que le besoin soit bien défini, que les acheteurs n'optent pour le forfait que pour des objets contractuels qui s'y prêtent et à condition de rédiger à la perfection le DPGF**.

C – Organisation des achats / séparation des fonctions

Résumé intermédiaire

Cela avait déjà été révélé lors de l'enquête qualitative se confirme : l'allotissement est une source potentielle de difficultés d'exécution qui semble polariser les opinions. Il apparaît en effet qu'en soi, l'allotissement ne soit nullement problématique, qu'il puisse même être un vecteur d'atténuation des difficultés d'exécution en ce qu'il permet au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre d'identifier plus facilement les responsabilités de chacun. Mais, dans l'hypothèse d'un allotissement technique qui, par nature démultiplie les interfaces, cela suppose une coordination optimale et donc une mission OPC parfaitement réalisée.

Pour autant, le marché global ne semble pas être la solution par excellence, les sondés étant très partagés sur la capacité de ces contrats, qui dérogent au principe d'allotissement, à atténuer les difficultés d'exécution.

En ce qui concerne la séparation des fonctions de maître d'ouvrage, de maître d'œuvre et d'entrepreneur telle que découlant de la loi MOP, celle-ci semble bien ancrée dans le paysage des travaux publics. Toutefois, il ressort clairement de l'enquête que trop souvent, le marché de maîtrise d'œuvre est négligé, son titulaire mal rémunéré et selon un forfait inadapté, le tout ayant potentiellement des conséquences désastreuses sur le marché de travaux en tant que tel. Cependant, là encore, la maîtrise d'œuvre intégrée, que l'on retrouve dans les marchés globaux ou de partenariat, ne semble pas être un remède absolu. Encore faut-il que les missions soient bien identifiées dans le groupement et que la phase de conception soit convenablement assurée.

En ce qui concerne la réservation, les marchés à tranches ou les variantes, ceux-ci n'entraînent des difficultés d'exécution qu'à la marge, lorsqu'ils sont mal utilisés.

120. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSE (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
L'allotissement est-il source de difficultés d'exécution ?	57	75	43,18 %
Les marchés globaux permettent-ils de limiter les difficultés d'exécution ?	44	88	33,33 %
La séparation des fonctions de maître d'œuvre et d'entrepreneur depuis la loi MOP génère-t-elle des difficultés d'exécution ?	45	87	34,09 %
<i>A contrario</i> , la maîtrise d'œuvre intégrée (marchés globaux, marchés de partenariat) génère-t-elle des difficultés d'exécution ?	32	100	24,24 %
La réservation de marchés ou de lots à des opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés ou aux entreprises de l'économie sociale et solidaire peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	53	79	40,15 %
L'obligation de réserver, dans les marchés globaux, 10 % de l'exécution aux PME ou artisans (décret du 30 mars 2021) risque-t-elle d'être source de difficultés d'exécution ?	48	84	36,36 %
Les marchés à tranches sont-ils davantage source de difficultés d'exécution ?	59	73	44,70 %
Les variants sont-elles source de difficultés d'exécution ?	62	70	49,97 %

1. Allotissement et marchés globaux

121. Allotissement et difficultés d'exécution. L'allotissement technique avait été mentionné à plusieurs reprises par des interviewés de l'enquête qualitative comme une source importante de difficultés d'exécution, en particulier du fait qu'il générerait mécaniquement de nombreuses interfaces susceptibles d'être le terreau de telles difficultés. Pourtant, l'enquête quantitative révèle ici davantage de nuances, car sur 57 répondants, 28 estiment que l'allotissement est source de difficultés d'exécution, 29 pensant l'inverse. Les résultats sont particulièrement partagés.

L'analyse des commentaires laisse entrevoir une pluralité de causes de difficultés en lien avec l'allotissement. Sur 20 commentaires exploitables de personnes ayant opté pour l'affirmative, tous évoquent des difficultés de coordination sur le chantier. Certains en termes généraux, 11 d'entre eux notant que l'allotissement génère parfois trop d'interfaces et pose incidemment des problèmes de coordination. D'autres vont davantage dans le détail. Ainsi, 2 estiment que c'est la coactivité, la réalisation conjointe de plusieurs lots qui est source de difficultés. 3 autres considèrent que l'allotissement n'est générateur de difficultés que si en amont les besoins sont mal définis ou les lots mal coordonnés. Enfin, 4 précisent que même si en amont le chantier semble bien coordonné, il peut y avoir des difficultés en cours d'exécution si la mission OPC (Ordonnancement, Pilotage et

Coordination) est mal réalisée.

Au reste, sur les participants ayant répondu par la négative, moins de commentaires ont été fournis. Si 4 d'entre eux notent, en termes généraux, que l'allotissement est vertueux dans la distinction des prestations ou l'accès des PME à la commande publique, 5 autres conditionnent leur réponse à la bonne organisation et coordination de l'allotissement.

En définitive, il apparaît que **l'allotissement n'est pas source de difficultés d'exécution que lorsque la coordination des différents acteurs est défaillante. Cependant, il faut aussi dire que, par nature, la multiplication des interfaces est le ferment presque inévitable de potentielles difficultés.**

122. Marchés globaux et difficultés d'exécution. En théorie, les marchés globaux permettent de limiter une difficulté inhérente à l'allotissement, celle de la multiplicité des interfaces, non en supprimant celles-ci, mais en les sanctuarisant sous l'égide du titulaire. L'acheteur n'a, dès lors, qu'un seul interlocuteur responsable de l'ensemble des acteurs du chantier. Pourtant, là encore, les réponses sont très partagées. Sur 44 personnes ayant apporté une réponse, 24 estiment que les marchés globaux sont de nature à limiter les difficultés d'exécution, 20 considérant l'inverse.

Parmi les 24 personnes ayant répondu « oui », 8, dont 5 autorités contractantes, 2 entreprises et un avocat, commentent leur réponse en affirmant que le marché global permet de réduire les interfaces et de les sanctuariser à l'intérieur du groupement, ce qui serait de nature à réduire les difficultés d'exécution. Une entreprise précise néanmoins que, de son point de vue, le marché global est plus difficile à utiliser pour cette raison.

Les personnes ayant répondu négativement sont moins nombreuses à commenter. 2 d'entre elles alertent sur le prix parfois plus important et une autorité contractante souligne que le marché global peut constituer un risque pour les maîtres d'ouvrage publics de petite taille qui se trouvent dans une situation d'asymétrie d'expertise avec le groupement titulaire du marché.

Partant, il est possible de synthétiser l'ensemble de ces réponses en soulignant que **le marché global est une solution qui peut être vertueuse en matière d'exécution, mais qui suppose, du côté de l'acheteur public, une véritable réflexion préalable sur sa pertinence et un suivi effectif et pertinent.**

2. Maîtrise d'œuvre

123. Loi MOP et difficultés d'exécution. Le schéma classique en matière de marchés publics de travaux tel qu'issu de la loi MOP de 1985 aujourd'hui intégrée au Code de la commande publique a pu être mentionné au cours de l'enquête qualitative comme source potentielle de difficultés d'exécution, en particulier liée à une attention moindre accordée à la phase de conception. Pourtant, là encore, l'enquête quantitative semble montrer qu'en tant que telle, la séparation des fonctions de maître d'œuvre et d'entrepreneur n'est pas en elle-même problématique. Sur 45 personnes, seules 10 estiment qu'une telle séparation génère des difficultés d'exécution.

Ces résultats corroborent ceux de l'enquête qualitative et il semble bien que la séparation des fonctions issue de la loi MOP soit aujourd'hui bien ancrée dans les méthodes du BTP. Toutefois, 4 personnes estiment que la séparation des fonctions génère des difficultés d'exécution commentent leur propos en affirmant que les difficultés peuvent surtout intervenir en cas de défaillance du maître d'œuvre, une autre en soulignant que la distinction induit un manque de souplesse en pratique.

2 autres participants, qui considèrent que la séparation des fonctions n'est pas problématique en soi, soulignent toutefois que tout dépend de la qualité de la maîtrise d'œuvre.

Ces données rappellent la **nécessité de ne pas négliger la maîtrise d'œuvre et, conséquemment, de la rémunérer au juste prix afin qu'une maîtrise d'œuvre bâclée n'influe pas négativement sur la réalisation des travaux.**

124. Maîtrise d'œuvre intégrée et difficultés d'exécution. L'intégration de la maîtrise d'œuvre dans le groupement qui réalisera les travaux, comme dans les marchés globaux ou de partenariat, ne semble pas constituer, pour les participants, la panacée de l'évitement des difficultés d'exécution. En effet, pour 13 répondants sur 32, elle est même une source de difficultés d'exécution. Néanmoins, les données sont ici plus nuancées puisque 19 d'entre eux n'estiment pas la maîtrise d'œuvre intégrée comme une telle source de difficultés d'exécution (il n'était pas proposé que cela pouvait améliorer l'exécution).

5 participants ayant pris parti pour l'affirmative commentent leur réponse. 3 d'entre eux, représentant des autorités contractantes, soulignent que le maître d'ouvrage perd un « *précieux conseil* », « *indépendant* » en la personne du maître d'œuvre et qu'il est important de bien verrouiller le contrat pour identifier précisément la personne en charge de la conception. 3 autres soulignent qu'en réalité, les difficultés sont les mêmes, mais qu'en tant qu'elles sont gérées en interne dans le groupement titulaire, elles sont moins visibles.

On peut alors en conclure que **la maîtrise d'œuvre intégrée ne supprime pas les difficultés inhérentes aux relations qui se tissent sur un projet de construction, mais les déplace et les encadre au sein du groupement titulaire.** Du reste, apparaît une nouvelle fois la **nécessité d'une définition précise du rôle de chacun afin que le maître d'ouvrage – dans l'hypothèse des marchés globaux où l'autorité contractante conserve cette qualité – ne soit pas déconnecté des autres acteurs du chantier.**

3. Réserve

125. La réserve de marchés, de lots, ou d'une part de l'exécution de marchés globaux à certaines entreprises permet de déployer l'accès à la commande publique à des entreprises ou des personnes pour lesquelles cet accès n'est pas nécessairement aisé. Il s'agissait ici de savoir si de telles réserves pouvaient entraîner, en pratique, des difficultés d'exécution.

126. **Travailleurs handicapés ou défavorisés et entreprises de l'économie sociale et solidaire.** Les articles L.2113-12 à -16 du Code de la commande publique permettent de réserver certains marchés ou lots à des opérateurs économiques employant des travailleurs handicapés ou défavorisés ou à des entreprises de l'économie sociale et solidaire. À la question de savoir si une telle réserve était source de difficultés d'exécution, une grande majorité de répondants estime que ce n'est pas le cas puisque sur 53, seuls 10, soit 18, 87 %, considèrent la réserve comme une source de telles difficultés.

Sur ces 10 participants, seuls 4 livrent des commentaires exploitables. Sans doute, le caractère délicat du sujet n'a pas incité les répondants à s'épancher en commentaires. 2 entreprises considèrent que la pratique de réserve est source d'une « *concurrence malsaine* » qui favorise les structures organisées

spécifiquement pour recourir à des publics en difficulté et un acheteur note que cela engendre parfois des « *problèmes de compétences* », le dernier précisant qu'en réalité, les difficultés rencontrées sont analogues à celles des marchés publics ne recourant pas à la réservation.

127. Réserve de parts de l'exécution des marchés globaux à des PME. Une seconde question, davantage prospective, portait sur le fait de savoir si l'obligation de réserver 10 % de l'exécution des marchés globaux à des PME, issue du décret du 30 mars 2021 pourrait être source de difficultés d'exécution. Les réponses récoltées montrent une proportion légèrement supérieure pour l'affirmative par rapport à la question précédente, puisque 13 personnes sur 48, soit 27,08 % se sont tournées vers celle-ci.

Au regard de l'absence de retours pratiques liée au fait que cette règle n'ait pas encore été mise en œuvre, seuls quelques commentaires d'ordre général ont été fournis, sans que l'on ne puisse en tirer de véritables conclusions. Pour autant, 2 entreprises notent que le seuil de 10 % est un peu arbitraire, d'autant qu'en pratique, il est des situations dans lesquelles plus de 10 % de l'exécution d'un marché global est assurée par des PME.

En définitive, **la réserve en tant que telle ne semble pas être une problématique importante influant négativement sur l'exécution des marchés publics.**

4. Marchés à tranches

128. Descendants des anciens marchés fractionnés, les marchés à tranches sont permis par les articles R.2113-4 et suivants du Code de la commande publique, lesquels rendent possible la conclusion d'un marché comprenant nécessairement une tranche ferme et potentiellement plusieurs tranches optionnelles qui ne seront exécutées que si l'acheteur décide de les affermir. Pour notre panel, ces marchés à tranches ne semblent pas constituer une source particulière de difficultés d'exécution puisque sur 59 participants, seuls 9 estiment que de tels marchés induisent de telles difficultés.

La question n'a, du reste, pas suscité d'amples commentaires. Sur les 9 participants qui soulignent que ces marchés à tranches sont sujets à difficultés d'exécution, 4 apportent un commentaire exploitable, pointant du doigt les

incertitudes induites du caractère optionnel des tranches, la nécessité d'un suivi plus important du marché, un coût potentiellement supérieur ou encore le risque que le titulaire commence à exécuter une tranche optionnelle non affermie.

En soi et au regard des 7 commentaires généraux fournis par les 50 participants ayant répondu par la négative, **les marchés à tranches n'apparaissent pas comme des viviers de difficultés d'exécution : ils sont simplement une technique d'organisation de l'achat qui peut être pertinente si employée à bon escient.**

5. Variantes

129. Malgré les efforts déployés par la DAJ pour dynamiser la pratique des variantes, avec la publication récente du guide « *Oser les variantes dans les marchés publics* », et la place que cette pratique ménage à l'innovation, l'enquête qualitative avait révélé une certaine réticence des acteurs à leur rencontre.

Néanmoins, l'enquête quantitative révèle une appréhension moindre de la part des acteurs de la commande publique puisque sur 62 répondants, seuls 10 estiment que les variantes sont source de difficultés d'exécution.

Les commentaires apportés par ces 10 participants sont d'ordre général et il est difficile d'en tirer des enseignements convenablement assis. La moitié d'entre eux fournit d'ailleurs un commentaire exploitable, 3 précisant que la variante peut être source de difficultés d'exécution si son périmètre a été mal défini en amont, les deux autres précisant tantôt qu'il est parfois délicat d'estimer si la variante répond réellement au besoin initialement formulé, tantôt qu'elle peut générer des difficultés d'exécution si, combinée à un allotissement, elle influe sur l'exécution des autres lots. Par ailleurs, sur les quelques commentaires recueillis des personnes considérant le contraire, 3 notent qu'elles posent certes des « *difficultés lors de la passation* », notamment en matière d'analyses, les autres soulignant que les variantes constituent une pratique à valoriser et à déployer.

Bien entendu, la variante apparaît comme un **outil pertinent de valorisation de l'achat public par l'ouverture à l'innovation**. Néanmoins, elle suppose une expertise plus approfondie au stade de l'analyse des offres et une connaissance fine, de la part de l'acheteur, de l'état du marché et de la technique pour qu'il puisse véritablement la confronter à son besoin.

D – Les procédures de passation et techniques d'achat

Résumé intermédiaire

Comme cela avait été souligné lors de l'enquête qualitative et ainsi qu'on le pressentait depuis les questions générales, il apparaît évident que la place limitée de la négociation dans l'attribution des marchés publics soit la cause la plus partagée de difficultés d'exécution. Deux points essentiels doivent être soulignés. D'une part, l'impossibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir, pour leurs achats supérieurs aux seuils européens, à la procédure négociée en dehors des cas limitatifs prévus au Code apparaît comme un frein légal au déploiement d'une pratique de nature à désamorcer d'éventuelles difficultés d'exécution futures. D'autre part, il semble également que la pratique de la négociation soit encore trop limitée dans les marchés publics, se cantonnant le plus souvent aux seuls prix et délais d'exécution. Peur de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats, manque de formation aux techniques de négociation, les causes de ce phénomène sont multiples, mais surmontables.

Par ailleurs, la pratique de l'accord-cadre n'apparaît pas comme particulièrement génératrice de difficultés d'exécution, sauf à ce que cette technique d'achat soit utilisée à mauvais escient.

130. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCE DE RÉPONSE (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
L'objectif d'une bonne exécution du marché est-il pris en compte dans le choix de la procédure de passation ? (Question réservée aux acheteurs)	52	80	39,39 %
Selon vous, parmi les procédures formalisées, laquelle est la plus susceptible de réduire les difficultés d'exécution ?	57	75	43,18 %
Lorsque vous recourrez à la négociation (y compris en MAPA), quels sont les points que vous négociez ? (Plusieurs réponses possibles)	61	71	46,21 %
Depuis que les conditions du recours à la négociation ont été assouplies, observez-vous un recours accru à la négociation ?	56	76	42,42 %
Pensez-vous qu'il serait opportun de ne pas limiter le recours à la négociation ou au dialogue compétitif, comme pour les entités adjudicatrices ?	61	71	46,21 %
Acheteurs, quelles difficultés rencontrez-vous lors des négociations ? (Question réservée aux acheteurs publics)	33	99	25 %
Entreprises, quelles difficultés rencontrez-vous lors des négociations ? (Question réservée aux entreprises)	15	117	11,36 %
L'accord-cadre est-il générateur de difficultés d'exécution ?	61	71	46,21 %

131. Bonne exécution et choix de la procédure de passation. Avant de porter l'analyse sur les différentes procédures de passation, une question générale

sur le fait de savoir si l'objectif d'une bonne exécution était pris en compte dans le choix de la procédure de passation était posée aux participants. Sur 52 participants, 34 ont répondu positivement à cette question, ce qui n'est pas négligeable puisque cela représente 65,38 % des sondés. Toutefois, peu de commentaires ont été postés. Ainsi, sur les 34 participants ayant répondu par l'affirmative, seuls 3 commentent leur réponse, mais donnent des précisions extérieures à la question qui portait spécifiquement sur le choix de la procédure de passation, l'un précisant que cet objectif est pris en compte au stade de la candidature, l'autre sur la technique d'achat (accord-cadre, marchés à tranches...), un autre enfin sur l'insertion d'une clause de réexamen.

Ceci peut sans doute s'expliquer par le **caractère contraint du choix de la procédure puisqu'à l'exception des marchés à procédure adaptée, les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas de grande marge de manœuvre pour choisir une procédure autre que l'appel d'offres.**

1. Approche comparative des différentes procédures formalisées au prisme des difficultés d'exécution

132. La procédure négociée plébiscitée. La première question posée aux participants portait sur le fait de savoir laquelle des procédures formalisées, appel d'offres, procédure négociée ou dialogue compétitif, était la plus susceptible de réduire les difficultés d'exécution (une seule réponse était possible). L'enthousiasme rencontré lors de l'enquête qualitative pour la procédure négociée se retrouve ici puisque sur 57 répondants, 42 ont opté pour celle-ci, 10 pour le dialogue compétitif et seulement 5 pour l'appel d'offres.

- **L'appel d'offres** : procédure de droit commun à laquelle les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent déroger que dans des hypothèses restreintes listées par l'article R.2124-3 du Code de la commande publique, l'appel d'offres n'a recueilli que 5 suffrages sur 57, soit 8,77 %. Un seul participant a commenté son choix en estimant qu'il s'agit d'une procédure « *claire et précise* ».
- **La procédure avec négociation** : avec 73,68 % de mention, la procédure avec négociation est incontestablement celle qui est considérée par le panel comme la plus à même de limiter les difficultés d'exécution. Malheureusement, seuls 9 participants

livrent un commentaire exploitable (6 autorités contractantes, 2 entreprises et un avocat). 4 d'entre eux estiment que la procédure avec négociation permet une meilleure compréhension des besoins pour l'entreprise, les 4 autres notant que cela permet de désamorcer en amont les éventuelles difficultés d'exécution par l'ajustement des clauses techniques notamment. Le dernier participant, une entreprise, estime cependant que cela ne peut fonctionner que s'il y a un « véritable dialogue ».

- **Le dialogue compétitif : 17,54 % des participants ont opté pour la procédure du dialogue compétitif.** 4 d'entre eux commentent leur réponse. Les 2 premiers livrent une réponse analogue à ce qui a pu être observé concernant la négociation : le dialogue compétitif, en tant qu'il permet une discussion en amont de la conclusion du contrat – et même en amont de la rédaction de bien des clauses techniques – permet par nature de désamorcer les difficultés d'exécution. Un autre souligne cependant qu'il nécessite plus de temps que les autres procédures. Le dernier note que malheureusement, c'est une procédure peu pratiquée alors qu'elle présente des avantages considérables. Cette dernière remarque peut expliquer pourquoi le dialogue compétitif a recueilli moins de suffrages que la procédure négociée, qui est davantage connue et pratiquée par les acheteurs publics.

2. La négociation

a. Le développement de la négociation

133. La négociation, une pratique qui se développe. Depuis que les conditions du recours à la négociation ont été assouplies depuis la transposition des directives de 2014, notamment en matière de procédures formalisées, il semble que la pratique de la négociation se soit développée. En effet, sur 56 participants, 39 observent un tel développement. 17 autres participants n'observent aucun développement.

La question n'appelant qu'une réponse binaire, il n'était pas demandé aux participants de commenter leur choix.

134. La négociation, une pratique à déployer. Outre le constat d'un développement du recours à la négociation, il était également demandé aux participants s'ils estimaient opportun d'aller encore plus loin et de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à la procédure négociée et au dialogue compétitif par pure opportunité, à l'image des règles s'appliquant aux entités adjudicatrices. En clair, s'il serait opportun de supprimer les hypothèses dans lesquelles la négociation est permise, contenues à l'article R.2124-3 du Code.

Les données recueillies sont sans appel : sur 61 répondants, 54 ont opté pour l'affirmative, soit une écrasante majorité de 88,52 %. Seuls 12 commentaires exploitables ont été récoltés et tous louent les vertus de la négociation, précisant par ailleurs qu'il existe en pratique une « *forte attente* » en ce sens, tant il est, selon une entreprise, « *aberrant de conclure des marchés de travaux à plusieurs millions, des marchés de fournitures et services à plus de 214 000 euros sans même avoir négocié* ».

Cette attente autour de la négociation, déjà fortement perceptible au stade de l'enquête qualitative, se confirme donc ici, tant et si bien que **le déploiement de la négociation apparaît comme un levier important, sinon le plus important, du désamorçage des futures difficultés d'exécution pendant la phase de passation**.

b. La pratique de la négociation

135. Les objets de la négociation. Si, en tant que telle, la négociation est louée pour son influence positive sur l'exécution du marché, l'enquête qualitative avait tout de même pointé quelques lacunes pratiques quant à l'étendue de la négociation, celle-ci étant souvent arcboutée autour des seuls prix et délais d'exécution. Il était donc demandé aux participants sur quoi portaient en pratique leurs négociations, MAPA compris. Plusieurs choix leur étaient offerts avec la possibilité d'opter pour plusieurs. En données brutes, les réponses se sont réparties comme suit, étant entendu que 61 personnes ont répondu à cette question :

- **Le prix** : 59 réponses, soit 96,72 %.
- **Les délais d'exécution** : 38 réponses, soit 62,30 %.
- **Les dérogations au CCAG** : 10 réponses, soit 16,39 %.
- **Les clauses du CCAP proposées par l'acheteur** : 15, soit 24,59 %.
- **Les aspects techniques** : 56 réponses, soit 91,80 %.

- **Autres : 4 réponses, soit 6,56 %.**

Au regard de ces réponses, le fait que la négociation porte toujours sur le prix et bien souvent sur les délais d'exécution est confirmé. Néanmoins, on note une proportion très importante de participants ayant répondu également sur le terrain des aspects techniques, alors que cela ne ressortait pas nécessairement de l'enquête qualitative, bien au contraire.

Malheureusement, l'analyse des commentaires ne permet pas de prendre une position franche sur la question puisque peu de participants ont déposé des commentaires. Pour le détail, 3 participants ont livré un commentaire exploitable après avoir coché la case « *prix* ». L'un d'entre eux, acheteur public, précise que la négociation ne porte sur le prix que lorsque celui-ci paraît élevé. Les 2 autres, une entreprise et une autorité contractante, soulignent que la négociation porte exclusivement sur le prix la plupart du temps. Aucun participant n'ayant coché la case « *délais d'exécution* » n'a commenté sa réponse. Il en va de même pour ceux qui ont répondu « *clauses du CCAP proposées par l'acheteur* ». Sur les personnes ayant répondu « *dérogations au CCAG* », seules 3 ajoutent un commentaire. Pour l'un d'entre eux, il s'agit d'un fait « *rare* », ce qui est corroboré par un autre, cela ne se produit que dans les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence. Seul le dernier, une autorité contractante, précise que c'est le plus souvent la question des avances et des acomptes qui est discutée. Enfin, 5 répondants livrent un commentaire exploitable après avoir répondu que les aspects techniques étaient négociés. Mais pour 2 d'entre eux, il s'agit d'une discussion « *limitée* » ou qui masque en réalité une question de prix, les 3 autres précisant que l'étendue des négociations sur ce point est limitée, la discussion se cantonnant à des précisions ou compléments marginaux sur les aspects techniques de l'offre.

À l'évidence, il est délicat de tirer des conclusions définitives au regard du peu de commentaires recueillis, mais **l'on peut tout de même noter que semble ressortir le sentiment que les aspects techniques et administratifs font l'objet d'une négociation moindre que le prix, autour duquel s'articule l'essentiel de la négociation.**

136. Les difficultés de la négociation. À la question, ouverte, de savoir quelles difficultés les participants rencontraient lors des négociations, 25 autorités contractantes et 15 entreprises ont apporté des réponses exploitables.

- **Du côté des autorités contractantes** : les réponses fournies par les autorités contractantes montrent une certaine hétérogénéité dans les difficultés rencontrées. Aussi est-il possible de les classer comme suit :
 - *La crainte de porter atteinte à l'égalité de traitement* : 10 autorités contractantes mentionnent une telle crainte, laquelle se matérialise, pour 6 d'entre elles, par des difficultés à tracer l'ensemble des échanges avec toutes les entreprises candidates et pour 4 autres dans une mauvaise connaissance de l'étendue des possibilités de négociation, ce qui les invite à limiter celle-ci au strict minimum.
 - *Le manque de temps* : 6 représentants d'autorités contractantes soulignent que la négociation est chronophage et que ce n'est pas toujours adapté aux impératifs temporels qui s'imposent à eux, l'un notant même que « *l'interventionnisme politique* » est un élément perturbateur.
 - *Le manque d'expertise technique* : 6 acheteurs publics estiment que les connaissances techniques ou spécifiques au secteur d'activité concerné constituent un véritable frein à la négociation. Pour 2 d'entre eux, qui vont plus loin dans leur analyse, cette problématique est amplifiée par les services prescripteurs, qui ne prennent pas le temps d'échanger avec eux sur les aspects techniques de leur besoin, un manque de communication interne à la personne publique qui avait déjà été soulevé lorsqu'avait été traité la question de la définition du besoin.
 - *Les entreprises qui ne jouent pas le jeu* : 3 acheteurs mentionnent des difficultés rencontrées auprès de certaines entreprises, soit qu'elles ne répondent pas aux demandes d'affinement de leur offre, soit qu'elles méconnaissent les règles de la commande publique (on peut penser qu'il s'agisse d'offres non conformes au cahier des charges).
 - *Le manque de formation aux techniques de négociation* : cette

difficulté est mise en lumière par 2 acheteurs, qui ne s'estiment pas assez rompus au jeu de la négociation.

- **Du côté des entreprises** : de la même manière, les problématiques rencontrées sont assez diverses, bien que certaines tendances se dessinent :
 - *La réduction des négociations au prix et aux délais d'exécution* : 6 entreprises le soulignent et le regrettent, confirmant ainsi l'enquête qualitative sur ce point.
 - *La crainte d'une atteinte à l'égalité de traitement* : 5 entreprises mentionnent les réticences qu'ils ont à proposer des solutions innovantes par peur que celles-ci soient diffusées à d'autres candidats de manière opaque et que l'égalité de traitement ne soit pas respectée.
 - *Le manque de professionnalisation des acheteurs* : ce point est mentionné par 3 entreprises, 2 le notant expressément, la troisième précisant que la conséquence de ce manque de formation est une négociation « *obscure* » dont le périmètre n'est pas clairement défini.

Dans l'ensemble, si l'on devait retenir un point sur lequel autorités contractantes et entreprises convergent, c'est bien le **manque de formation des acheteurs sur la question des négociations**. Ces derniers ne sont pas réticents à l'idée de négocier, mais deux points d'achoppement semblent faire naître une forme de réticence chez eux : le **manque de connaissance sur ce qui est permis de négocier** (derrière lequel plane le spectre de la potentielle atteinte au devoir de probité) et le **manque d'expertise en matière de techniques de négociation**. C'est une fois encore dans la professionnalisation de l'achat public que les solutions résident.

3. Les accords-cadres

137. Pour terminer l'analyse des procédures de passation et techniques d'achat, il était demandé aux sondés si, selon eux, l'accord-cadre était une source de difficultés d'exécution. Pour 50 participants sur 61, soit une large majorité de 81,97 %, la réponse négative s'est imposée. Les 11 personnes soulignant que

l'accord-cadre est une source de difficultés d'exécution apportent des commentaires très hétérogènes quant aux raisons de leur réponse, si bien que sur les 9 commentaires recueillis, tous divergent et rendent impossible toute systématisation. L'un estime que les difficultés surgissent si les modalités d'attribution des marchés subséquents sont mal définies, un autre précise qu'ils ne sont problématiques que dans l'hypothèse où ils sont multi-attributaires, un autre considère que dans ce même cas, il y a un risque d'entente entre les titulaires.

Par ailleurs, sur les 7 commentaires de personnes ayant répondu négativement, ressort l'idée que l'accord-cadre permet de donner plus de souplesse à l'achat, sous réserve, cependant, d'un « *suivi rigoureux* ».

Pour résumer, il ressort de l'analyse que **les accords-cadres ne sont pas, en eux-mêmes, des sources de difficultés d'exécution, mais qu'ils peuvent l'être s'ils sont mobilisés à mauvais escient par les acheteurs publics, en particulier, dans le cadre d'accords-cadres multi-attributaires.**

E – Les candidatures

Résumé intermédiaire

La phase de candidature apparaît davantage comme une formalité que comme une étape essentielle de la procédure. Si les sondés sont conscients des potentielles difficultés d'exécution pouvant découler de la non-exclusion de candidats, la majorité des acheteurs semble frileuse quant à la possibilité d'exclure des candidats, estimant que le risque contentieux est important. Il faut dire que les règles relatives aux exclusions sont complexes et nécessitent des justifications importantes, ce qui est par ailleurs logique au regard du principe d'égalité de traitement.

Ainsi, il n'est pas étonnant de constater que les difficultés d'exécution précédemment rencontrées avec un opérateur économique ne soient pas souvent un motif d'exclusion et le soient même rarement lorsque de telles difficultés ont été rencontrées par un autre acheteur.

138. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSE (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
Faudrait-il que les textes contraignent davantage l'examen des candidatures au regard des motifs d'exclusion ?	49	83	37,12 %
L'interdiction d'exclure les entreprises en redressement judiciaire, mais disposant d'un plan de redressement est-elle susceptible d'induire des difficultés d'exécution ?	46	86	34,85 %
Acheteurs, vous arrive-t-il d'exclure un opérateur économique lors de la procédure de passation du fait de difficultés antérieures dans l'exécution d'un contrat antérieur passé par le même acheteur ? (question réservée aux acheteurs)	41	91	31,06 %
Ou par un autre acheteur ? (question réservée aux acheteurs)	30	102	22,73 %

139. Exclusions. Il était ressorti de l'enquête qualitative que les motifs d'exclusion des candidats tels que prévus aux articles L.2141-1 et suivants du Code de la commande publique n'étaient pas assez précis et ne permettaient pas véritablement d'exclure des candidats à la santé financière douteuse et dont il est probable qu'ils ne seront pas en mesure d'assurer une saine exécution du contrat. La question a donc été posée aux participants de savoir si, selon eux, les textes devaient davantage contraindre l'examen des candidatures au regard de ces motifs d'exclusion.

À rebours du constat ainsi établi lors des interviews, seuls 11 participants sur 49 ont opté pour l'affirmative, soit 22,45 %. Sur les 9 commentaires recueillis sous cette question, 3 considèrent que l'examen de la candidature est déjà satisfaisant et un autre qu'il n'y a pas lieu d'aller plus loin. Les 5 autres notent tantôt que la phase de candidature est fondamentale, et en conséquence que davantage de marges de manœuvre devraient être laissées aux acheteurs, tantôt qu'en pratique, cette même phase est négligée et constitue « *une formalité* ».

À l'évidence, **il ne semble pas y avoir de réelle prise de conscience, en pratique, de l'importance de la candidature pour désamorcer en amont les potentielles difficultés d'exécution.**

140. Redressement judiciaire et exclusion. La loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique a entendu pérenniser un dispositif de l'ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020 visant à protéger les entreprises placées en redressement judiciaire. Ainsi, il n'est plus possible, selon le nouvel article L.2141-3, 3°, d'exclure au stade de la candidature

une entreprise placée en redressement judiciaire si celle-ci bénéficie d'un plan de redressement. Dans un esprit, une nouvelle fois, prospectif, il était demandé aux sondés si une telle impossibilité d'exclusion pouvait être source de difficultés d'exécution.

Sur 46 répondants, 31 estiment que oui, soit une majorité de 67,39 %. Parmi ces personnes, 11 ont livré des commentaires qui, sans surprise, portent en eux la même idée, selon laquelle cette nouvelle disposition fait peser un risque certain puisqu'un plan de redressement n'est nullement une garantie de redressement effectif de l'entreprise, qui peut donc se trouver liquidée en cours d'exécution. Deux d'entre eux livrent par ailleurs une réflexion intéressante puisqu'ils soulignent que cela peut être risqué si le marché est d'une durée supérieure au plan de redressement. Dans pareille hypothèse, les craintes évoquées par les autres participants trouvent tout leur sens.

Étant entendu que cette nouvelle disposition peut permettre à des entreprises en difficulté d'accéder tout de même à la commande publique et, potentiellement et par ce biais, se « sauver », il pourrait être intéressant d'engager la réflexion pour affiner le dispositif.

141. Exclusion pour difficultés antérieures. L'idée de pouvoir exclure un candidat au regard de difficultés d'exécution antérieures avait été évoquée au cours de l'enquête qualitative. Cependant, les dispositions du Code ne le permettent que dans des cas extrêmes puisque l'article L.2141-7 précise que seules peuvent être concernées « *les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur* ». En d'autres termes, ce ne sont pas tant les difficultés d'exécution au sens large qui sont visées, mais leur manifestation suprême : l'inexécution, à la condition supplémentaire que celle-ci ait fait l'objet d'une sanction.

Deux questions étaient alors posées aux acheteurs sur le fait de savoir s'il leur arrivait d'exclure des candidats au regard de difficultés d'exécution rencontrées à l'occasion d'un précédent contrat, conclu avec eux-mêmes ou avec d'autres acheteurs et dont ils auraient eu connaissance de telles difficultés.

Sur la première question, les réponses sont très partagées. 20 acheteurs affirment avoir déjà exclu un candidat pour des difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché antérieur et 21 nient l'avoir fait. Parmi les acheteurs ayant répondu par l'affirmative, 7 commentent leur réponse. Pour 2 d'entre eux, cela reste très « rare ». 4 autres soulignent les difficultés à mettre en œuvre une telle exclusion, celle-ci étant conditionnée par la preuve d'une sanction prononcée à l'occasion de l'exécution d'un précédent marché. L'un d'eux, enfin, affirme l'avoir déjà fait « très souvent », mais « sans jamais le formuler ainsi ». 8 acheteurs ayant répondu négativement apportent un commentaire exploitable et tous considèrent que cela est bien trop « difficile » ou « complexe » à mettre en œuvre, notamment au regard du risque contentieux que cela engendre.

Sur la seconde question, seuls 2 acheteurs sur 30 ayant répondu disent avoir déjà exclu un opérateur économique du fait de difficultés rencontrées lors de l'exécution d'un marché public conclu par un autre acheteur. Seuls 6 commentaires exploitables ont été livrés et peuvent se diviser en deux catégories. 3 acheteurs soulignent ne pas le faire par manque d'information. En effet, comme le précise l'un d'entre eux, cela suppose l'existence d'un « réseau » entre acheteurs par lequel de telles informations pourraient être échangées. Or, de tels réseaux n'existent pas où ils sont informels et limités. Les 3 autres apportent une réponse plus surprenante puisqu'ils considèrent que ce n'est légalement pas possible. Il s'agit d'une interprétation erronée de l'article L.2141-7 du Code qui n'impose pas que les difficultés aient été rencontrées par l'acheteur lui-même, mais simplement et de manière indéfinie « lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique ».

À l'issue de cette analyse quantitative, ce qui était ressorti de l'enquête qualitative est confirmé : **les acheteurs manient les règles d'exclusion d'une main tremblante, ce qui peut être source de difficultés d'exécution ultérieures.**

F – Les offres

Résumé intermédiaire

Si les règles relatives à la détection et l'exclusion des offres anormalement basses ont été affirmées par le Code de la commande publique, il reste que, de l'aveu d'une majorité de sondés, elles demeurent insuffisantes.

Au reste, la pratique des critères de sélection des offres a fait apparaître avec une forte acuité que le critère prix était très largement prépondérant dans la plupart des procédures, aboutissant à des prestations moins qualitatives et davantage sujettes à difficultés d'exécution. Là encore, la règle de droit n'est pas incriminée. C'est davantage la pratique de l'achat public et, sans doute, la force d'inertie de ce que l'on peut qualifier de « culture du moins disant », qui apparaissent comme des sources de difficultés d'exécution liées à une trop grande pondération du critère prix.

Enfin, les critères liés aux conditions d'exécution n'apparaissent pas particulièrement générateurs de difficultés d'exécution.

142. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSE (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
Le mécanisme de détection des offres anormalement basses est-il, selon vous, suffisamment efficace pour écarter ces offres ?	58	74	43,94 %
Le choix des critères d'attribution peut-il être source de difficultés d'exécution ?	55	77	41,67 %
La pondération des critères d'attribution peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	56	76	42,42 %
Les critères ou clauses liés aux conditions d'exécution (critères sociaux, critères environnementaux...) peuvent-ils induire des difficultés d'exécution ?	61	71	46,21 %
Acheteurs, les performances passées sont-elles un critère officieux d'évaluation des offres lors d'une procédure de passation ? (Question réservée aux acheteurs)	42	90	31,82 %

1. Offres anormalement basses et difficultés d'exécution

143. Déjà évoquée par plusieurs sondés lors de questions précédentes, la problématique de la détection des offres anormalement basses a fait l'objet d'une question dédiée. Il était demandé aux participants si, de leur point de vue, le mécanisme de détection de telles offres, résultant des articles L.2152-5 et -6 et R.2152-3 à -5 du Code de la commande publique, était suffisamment efficace pour les écarter.

19 participants sur les 58 ayant répondu à la question estiment le mécanisme

suffisamment efficace, une majorité de 67,24 % pensant l'inverse. Au rang des commentaires, sur les 19 personnes ayant répondu positivement, seules 4 commentent leur réponse en soulignant simplement que les précisions apportées par l'ordonnance et le décret de transposition des directives de 2014 aujourd'hui reprises au Code de la commande publique ont permis de mieux appréhender les offres anormalement basses.

Les sondés ayant opté pour la proposition inverse sont plus nombreux à commenter leur choix, puisque 18 commentaires exploitables ont été retenus. Il ressort de l'analyse de ces commentaires que pour 13 d'entre eux, dont 2 entreprises et 11 autorités contractantes, le mécanisme de détection des offres anormalement basses est trop imprécis et empreint d'un caractère tellement subjectif qu'il est difficilement utilisable au plan opérationnel. Une entreprise et une autorité contractante déduisent de ce constat une facilité, pour les opérateurs économiques, de le contourner. Une autre autorité contractante mentionne le caractère chronophage du mécanisme de détection, qui ne l'incite pas à le mettre en œuvre par « *manque de temps* ». Enfin, 2 autres autorités contractantes appellent de leurs vœux des précisions, éventuellement en termes de « *seuil* », ce qui paraît difficile à mettre en œuvre, ou de « *modalités de calcul* ».

Ici, si l'on a pu constater des améliorations sur la règle elle-même, il semble que celles-ci n'aient pas été suffisantes pour saisir pleinement la problématique des offres anormalement basses. Les acheteurs, comme les entreprises, semblent réclamer une méthodologie davantage objective et mesurable.

2. Critères de sélection des offres et difficultés d'exécution

144. Choix des critères de sélection et difficultés d'exécution. À la question de savoir si le choix des critères de sélection pouvait être une source de difficultés d'exécution, une large majorité de 65,45 % de répondants a répondu positivement, puisque 36 participants sur 55 ont porté leur choix sur cette proposition.

Seuls 17 participants, ayant tous répondu par l'affirmative, ont donné un commentaire exploitable et il est possible de diviser ces commentaires en deux catégories. 9 d'entre eux apportent une réponse d'ordre général, estimant que le

choix des critères de sélection peut entraîner des difficultés d'exécution s'il est mal « *calibré* », car cela risquait de faire remporter le marché à un opérateur économique dont l'offre n'est, en pratique, pas adaptée au besoin de l'acheteur. Pour les 8 autres, c'est la prépondérance du critère prix qui est bien souvent la source de difficultés d'exécution à venir, l'idée de devoir sélectionner le « *moins disant* » étant encore fortement ancrée dans les pratiques d'achat public. Sur ce plan, les participants ont anticipé sur la question suivante, liée spécifiquement à la pondération.

145. Pondération des critères de sélection et difficultés d'exécution.

Une seconde question portait en effet sur le fait de savoir si la pondération des critères de sélection était source de difficultés d'exécution. Étonnamment, les résultats sont ici plus serrés que précédemment puisque sur 56 participants, 31 ont choisi la positive, soit une majorité, plus courte, de 55,38 %. Si les personnes ayant répondu négativement n'ont pas commenté leur réponse, ceux considérant que la pondération des critères pouvait être source de difficultés d'exécution sont plus discrets. Ainsi, sur les 13 commentaires recueillis, 2 font état de considérations générales, estimant que la pondération est source de difficultés d'exécution si elle n'est pas correctement réalisée et 11, soit la plupart d'entre eux, soulignent que c'est lorsque le critère du prix est trop pondéré que le risque de voir apparaître des difficultés en cours d'exécution se fait le plus pressant.

L'on en revient à l'idée, évoquée au précédent paragraphe, que l'ère du « *mieux disant* » n'a pas, en fait, encore supplanté celle du « *moins disant* ». Il est **difficile, ici, d'incriminer les textes. Certes, l'article R.2152-7 du Code impose que le critère prix soit présent, mais il semble que la tendance à le pondérer à l'excès soit davantage liée à la force d'inertie d'une culture de l'achat public comme devant presque exclusivement préserver les deniers publics, au détriment de la qualité des prestations**. La solution ne résiderait donc pas dans une réforme textuelle, mais, là encore, dans une professionnalisation accrue de l'achat public.

146. **Critère officieux lié aux performances passées ?** Sans doute un peu irrévérencieuse, l'idée de l'existence d'un critère officieux portant sur les performances passées avait été mentionnée lors de l'enquête qualitative. Sous le couvert de l'anonymat inhérent à cette enquête, il a donc été demandé aux acheteurs s'ils avaient déjà mobilisé un tel critère fantôme.

42 acheteurs publics ont participé à la question et 20 ont répondu positivement. 4 d'entre eux livrent un commentaire sur cette pratique. Pour 2, c'est davantage une pratique en vogue dans les services prescripteurs et ils soulignent qu'en tant qu'acheteurs, ils doivent fréquemment rappeler à ces services l'impératif d'objectivité dans le choix des offres. Les 2 autres reconnaissent plus franchement donner un coup de pouce ou un coup de frein aux offres émanant d'entreprises ayant déjà contracté avec leur collectivité, en fonction de leurs performances passées.

3. Critères et clauses liés aux conditions d'exécution et difficultés d'exécution

147. Pour terminer cette étude sur les règles de passation des marchés publics et leurs liens avec les difficultés d'exécution, une question portait sur les critères ou clauses liés aux conditions d'exécution du marché, c'est-à-dire, principalement, les critères ou clauses sociaux et les critères ou clauses environnementaux, question d'autant plus d'actualité que les nouveaux CCAG comprennent de telles clauses.

Sur le fait de savoir si de tels critères ou clauses étaient susceptibles de générer des difficultés d'exécution, 32 ont répondu positivement et 29 négativement. Les résultats sont donc partagés. Seules 8 personnes ayant opté pour l'affirmative ont apporté un commentaire exploitable à leur réponse. Pour 6 d'entre elles, ce ne sont pas tant ces critères ou clauses qui sont problématiques au stade de l'exécution, mais seulement l'hypothèse dans laquelle ils auraient été mal ciblés ou inappropriés. En particulier, 2 entreprises estiment que les clauses sociales sont parfois stipulées pour des prestations intellectuelles ou nécessitant une expertise très spécifique, et qu'elles sont, de ce fait, difficiles à mettre en œuvre. Enfin, 2 acheteurs soulignent que l'exécution des clauses environnementales ou sociales est souvent difficile à mettre en œuvre en pratique.

Confirmant sur ce point l'enquête qualitative, **cette question démontre que les critères et clauses liés aux conditions d'exécution du marché ne sont pas, en tant que telles, des viviers de difficultés d'exécution. C'est simplement leur mise en œuvre pratique qui peut conduire à de telles difficultés.**

§IV. Comparaison droit public / droit privé des règles d'exécution des contrats

148. Pour clore le questionnaire, il était demandé aux participants, dans la mesure où leur expérience leur permettait de répondre à une telle question, de préciser si selon eux les règles d'exécution des contrats administratifs, comprenant notamment les pouvoirs exorbitants de l'administration contractante et les mécanismes de résistance aux aléas extracontractuels, étaient de nature à générer ou amplifier davantage de difficultés d'exécution que les règles d'exécution des contrats de droit privé.

45 personnes ont participé à cette question et les résultats sont très partagés. En effet, 21 considèrent que les règles d'exécution des contrats administratifs génèrent ou amplifient les difficultés d'exécution par rapport aux règles d'exécution des contrats de droit privé. 20 affirment l'inverse et 4 estiment que la nature publique ou privée des règles d'exécution est indifférente au regard des difficultés d'exécution.

Dans les commentaires fournis par les répondants, l'on trouve un panel large d'arguments, souvent classiques pour les universitaires, mais dont il est intéressant qu'ils soient soulevés par des praticiens. Parmi ceux qui considèrent les règles d'exécution des contrats privés moins à même de générer ou amplifier les difficultés d'exécution, 7 livrent un commentaire exploitable et leurs réponses font apparaître quatre catégories d'arguments : le manque de souplesse des règles d'exécution des contrats administratifs (2 commentaires), l'inégalité entre les contractants (3 commentaires), la complexité des règles générales applicables aux contrats administratifs (1 commentaire) et la peur des tribunaux administratifs (1 commentaire).

Du côté de ceux qui estiment qu'au contraire ce sont les règles de droit privé qui sont davantage susceptibles de générer ou d'amplifier les difficultés d'exécution, l'on peut aussi classer les 8 commentaires exploitables livrés en quatre catégories : l'adaptabilité des contrats administratifs face à l'aléa (4 commentaires), le fait que les contrats administratifs soient moins risqués pour les cocontractants de l'administration (2 commentaires), la connaissance de ces règles par les entreprises (1 commentaire) et enfin la théorie de l'équation financière qui ouvre droit à indemnisation du cocontractant en cas d'utilisation par la personne publique de ses prérogatives exorbitantes du droit commun (1 commentaire).

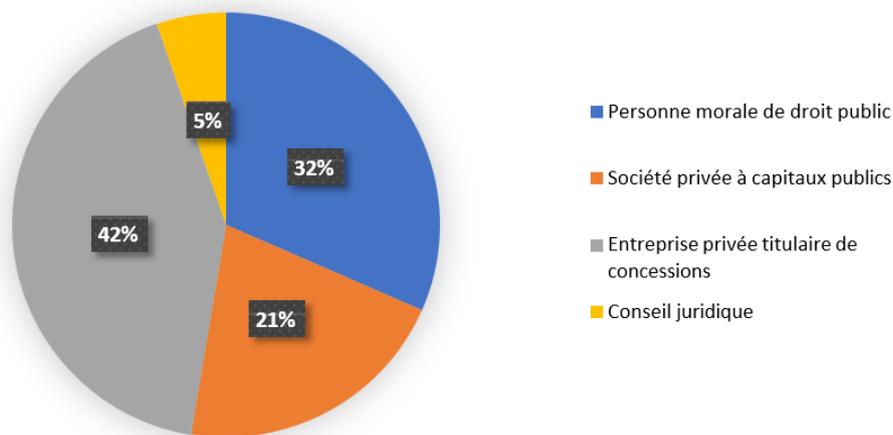
Section II : Les concessions

§I. Profil des répondants

149. **Par nature juridique.** Sur les 19 personnes ayant répondu à au moins une question, on observe une part prépondérante de concessionnaires puisqu'on dénombre 8 entreprises privées titulaires de concessions et 4 sociétés privées à capitaux publics répondant en tant que concessionnaires et non d'autorités concédantes. La proportion d'autorités concédantes est donc moitié moindre puisqu'elles sont 6 à avoir répondu à au moins une question. Un avocat a également participé au sondage.

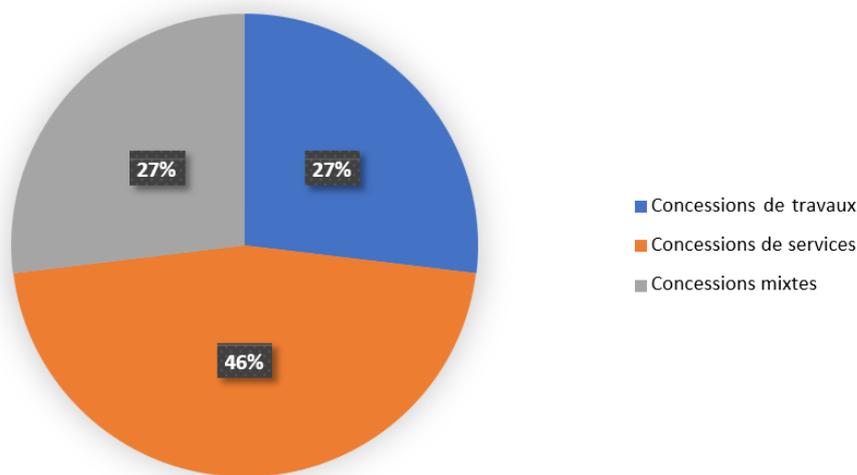
Par ailleurs, sur ces 19 participants, 13 représentent une structure de plus 500 personnes, 4 de plus de 50 personnes et 2 de moins de 50 personnes.

Répartition des répondants par nature juridique



150. **Par formes contractuelles.** Les diverses formes de concessions sont représentées dans le panel, avec, logiquement, une proportion plus large de concessions de services (46 %), mais une part non négligeable de concessions de travaux (27 %) et de concessions mixtes (27 %), toutes de droit public et relevant du juge administratif.

Répartition des formes contractuelles



151. Analyse de l'échantillon. Les données récoltées dans le cadre de ce questionnaire sont, il faut le dire, quantitativement faibles et ne permettent pas de dresser une véritable synthèse. Néanmoins, l'analyse a tout de même été conduite, car elle a pu faire ressortir des idées intéressantes. Il convient donc, pour le lecteur, de garder à l'esprit que le panel de cette enquête est particulièrement restreint.

§II. Généralités

Résumé d'étape n°1

Dans l'ensemble, ce qui avait été constaté lors de l'analyse du questionnaire relatif aux marchés publics se confirme ici.

D'abord, la notion de difficultés d'exécution apparaît encore comme largement hétérogène et les quatre catégories proposées aux sondés ont recueilli un pourcentage similaire de suffrages. Par ailleurs, une majorité de participants considère qu'une difficulté d'exécution n'est pas nécessairement source de surcoûts. Cela peut s'expliquer par l'économie particulière des concessions, qui s'apprécie non pas selon une logique de prix, mais de résultats d'exploitation. Ce constat renforce aussi l'idée selon laquelle les difficultés d'exécution se figurent sous la forme d'une échelle, dont les premiers barreaux n'induisent pas nécessairement un coût économique.

Ensuite, le principe même de la mise en concurrence n'est pas considéré comme étant, en lui-même, générateur de difficultés d'exécution.

Résumé d'étape n°1 (suite)

Du reste, ce ne sont pas les règles elles-mêmes qui sont considérées comme génératrices de difficultés d'exécution – d'autant que les règles de passation des concessions sont plus souples que celles des marchés publics –, mais bien leur mise en œuvre pratique. Une mauvaise définition du besoin, une mauvaise rédaction des cahiers des charges et un périmètre de négociation restreint qui sont particulièrement visés.

Enfin, si les particularités inhérentes aux concessions devraient justifier une approche différenciée, il n'en est pas toujours ainsi, y compris dans les textes. Par exemple, les règles de modification des contrats de la commande publique, communes aux marchés publics et aux concessions, apparaissent moins adaptées à des dernières, dont la temporalité justifierait plus de souplesse.

152. Le questionnaire relatif aux concessions s'ouvrait, de la même manière que celui portant sur les marchés publics, sur des questions d'ordre général. Celles-ci étaient, du reste, analogues à celles posées aux participants au questionnaire marchés.

153. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSE (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
Que faut-il ranger, selon vous et indépendamment de leurs causes, dans la catégorie des difficultés d'exécution ? (Plusieurs réponses possibles. Veuillez donner des exemples en commentaire, relatant des situations que vous avez rencontrées)	15	4	78,95 %
Selon vous, une difficulté d'exécution est-elle nécessairement source de surcoût ?	15	4	78,95 %
Selon vous, de manière générale, le principe même de publicité et de mise en concurrence permet de garantir une bonne exécution des contrats, est source de difficultés d'exécution ou est indifférent ?	15	4	78,95 %
Selon vous, l'absence de publicité et de mise en concurrence (autres concessions, concessions passées selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence) garantit une bonne exécution, est source de difficultés d'exécution ou est indifférente ?	15	4	78,95 %
Quelles sont selon vous les principales règles de passation qui sont susceptible d'engendrer le plus de difficultés d'exécution ?	15	4	78,95 %
Pensez-vous que des difficultés d'exécution puissent naître d'une procédure de passation insuffisamment longue (par exemple, au regard des délais de réponse à un avis de concession ou de la durée de négociation) ?	15	4	78,95 %
Si oui, la contraction des durées des procédures de passation est-elle, selon vous, liée à des considérations politiques ?	8	11	42,11 %
De manière générale, quelle forme contractuelle jugez-vous la plus à même de générer des difficultés d'exécution ? (Plusieurs réponses possibles)	14	5	73,68 %
Les règles de modification des contrats publics contribuent-elles à créer ou amplifier les difficultés d'exécution ?	12	7	63,16 %
De manière générale, pensez-vous que les règles de passation des concessions soient davantage génératrices de difficultés d'exécution que celles des marchés publics ?	8	11	42,11 %

A – La perception de la notion de difficulté d'exécution

154. Catégories de difficultés d'exécution. Les mêmes catégories de difficultés d'exécution étaient proposées aux participants, avec, là encore, la possibilité d'opter pour plusieurs réponses et de mentionner d'autres difficultés en commentaire. En matière de concessions, sur 15 participants, la répartition des réponses a été la suivante :

Difficultés techniques d'exécution (difficultés qui portent spécifiquement sur les aspects techniques et matériels de l'exécution et qui nécessitent la mobilisation de procédés non initialement prévus au contrat : 8 participants sur 15 ont mentionné les difficultés techniques d'exécution. Une seule a illustré son choix en précisant que ces difficultés apparaissent surtout lors de la phase de travaux.

Difficultés temporelles d'exécution (retards, extension des délais d'exécution...) : ici aussi, 8 personnes ont soulevé ce point, dont un a commenté en précisant que les difficultés d'exécution qu'il a rencontrées étaient imputables à un retard initial lors de la phase de travaux.

Difficultés juridiques d'exécution (d'ordre contractuel, comme une difficulté d'interprétation ou d'ordre extracontractuel, comme un refus de permis de construire nécessaire à l'exécution du contrat...) : 9 participants mentionnent les difficultés juridiques d'exécution, avec, là encore, un seul commentaire exploitable qui précise qu'en matière de concessions, les difficultés liées à l'interprétation du contrat sont davantage fréquentes qu'en matière de marchés publics du fait de la durée des contrats et de stipulations souvent « *larges* ».

Difficultés financières d'exécution (difficultés inhérentes à l'une ou l'autre des parties et qui influent sur l'exécution du contrat) : il s'agit de la catégorie qui recueille le plus de suffrages avec 10 participants. 2 participants commentent en livrant les causes de ces difficultés. Pour l'un, il s'agit, la plupart du temps, de circonstances imprévisibles extérieures.

Autres difficultés d'exécution : 3 participants, tous concessionnaires, ont mentionné d'autres difficultés auxquelles ils avaient été confrontés en pratique. Si l'un d'entre eux apporte une réflexion générale tenant à la trop grande rigidité des clauses contractuelles, les 2 autres affirment avoir

rencontré, pour l'un, des difficultés « *politiques* », notamment lors de changements de majorité d'organes délibérants et, pour l'autre, des difficultés liées à l'usage par le concédant de son pouvoir de modification unilatérale.

155. Difficultés d'exécution et surcoûts. 15 personnes ont répondu à la question de savoir si les difficultés d'exécution étaient nécessairement source de surcoûts pour l'entreprise. 9 ont répondu négativement et 6 positivement. Cette majorité acquise au non peut s'expliquer par le mode de rémunération particulier des concessions, portant essentiellement sur les résultats de l'exploitation. Ce faisant, à l'inverse des marchés publics, une difficulté d'exécution peut effectivement entraîner un surcoût temporaire, mais qui n'entraînera pas de déficit d'exploitation et pourra être « rattrapé » en cours d'exécution.

B – Mise en concurrence et difficultés d'exécution

1. Principe de mise en concurrence et difficultés d'exécution

156. Le principe même de la mise en concurrence. Pour 7 participants sur 15, le principe même de publicité et de mise en concurrence en matière de concessions est indifférent aux difficultés ultérieures d'exécution du contrat. Sur les 8 autres, 4 estiment qu'il est une source de difficultés d'exécution et 4 qu'au contraire, il permet de garantir une bonne exécution du contrat.

5 commentaires exploitables ont été livrés par des entreprises et permettent d'éclairer ces données. Tous se rejoignent sur le fait que ce n'est pas tant le principe de la publicité et de la mise en concurrence qui est source de difficultés d'exécution, mais sa mise en œuvre pratique qui parfois peut être défailante. Ainsi, 3 d'entre eux mentionnent des cahiers des charges peu opérationnels, les 2 autres soulignant que la conséquence d'une mauvaise passation est la nécessaire modification du contrat, laquelle est rendue difficile par l'exigence de ne pas remettre en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. Malheureusement, aucun participant ayant considéré que le principe de publicité et de mise en concurrence était à même de garantir une bonne exécution de la concession n'a commenté sa réponse.

157. L'absence de publicité et de mise en concurrence. À la question de savoir si l'absence totale de publicité et de mise en concurrence était de nature à

garantir une bonne exécution du contrat, aucun participant n'a répondu favorablement. 2 ont répondu négativement et 13 estiment que c'est indifférent. Bien que ces données soient à relativiser au regard de leur faible volume, on entrevoit que la mise en concurrence des concessions, qui historiquement est bien plus neuve que celle des marchés publics, s'est particulièrement bien ancrée dans les pratiques. En commentaire, un participant note d'ailleurs que la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence est particulièrement rare en matière de concessions.

4 autres participants renseignent leur réponse en soulignant que ce n'est pas tant la procédure ou l'absence de procédure qui est problématique, mais bien l'équilibre du contrat ou encore la définition du besoin.

2. Règles de passation et difficultés d'exécution

158. De la même manière que concernant les marchés publics, une question générale à réponse libre était posée aux sondés. Il leur était demandé quelles étaient, selon eux, les règles de passation les plus susceptibles d'engendrer des difficultés d'exécution. 11 réponses exploitables ont été recueillies et trois catégories de règles de passation émergent :

- **La mauvaise définition du besoin** : 4 réponses.
- **La mauvaise rédaction du cahier des charges** : 4 réponses.
- **Une négociation au périmètre trop restreint** : 3 réponses.

Si l'on peut tirer un enseignement, nuancé, de ces résultats, c'est qu'ici aussi, **ce n'est pas tant la règle de droit en elle-même qui est pointée instinctivement du doigt par les participants, mais bien sa mise en œuvre pratique qui, parfois, est défailante.**

3. Temporalité de la passation et difficultés d'exécution

159. **Une procédure insuffisamment longue.** 10 participants sur 15, soit les deux tiers, considèrent que des difficultés d'exécution peuvent émerger du fait de procédures de passation insuffisamment longues. 2 d'entre eux, entreprises titulaires de concessions, soulignent, pour préciser, que bien souvent les délais de procédure contraints ne permettent pas aux opérateurs économiques de proposer des offres suffisamment travaillées. Parmi les 5 qui estiment le contraire, seul l'un d'entre eux fournit un commentaire en précisant que la procédure est déjà trop

longue.

Le constat du caractère contraint, en pratique, des délais de remise des candidatures et des offres, avait déjà été formulé concernant les marchés publics. Il se confirme ici en matière de concessions.

160. Une influence du politique non mesurable. Seuls 8 participants ont répondu à la question de savoir si la contraction des délais de procédure était liée à une influence politique, 5 ayant opté pour l'affirmative, 3 pour la négative. Ces données sont insuffisantes pour en tirer une conclusion.

4. Formes contractuelles et difficultés d'exécution

161. Concessions et marchés publics. Pour rappel, dans le questionnaire « marchés publics », une écrasante majorité de participants estimait qu'il n'y avait pas de différence fondamentale entre les marchés publics et les concessions au regard des difficultés d'exécution. Dans le questionnaire sur les concessions, sur 8 participants, un seul estime que les règles de passation des concessions sont davantage génératrices de difficultés d'exécution, sans préciser pourquoi.

162. Entre les différentes formes de concessions. De la question relative à la différence entre les formes de concessions au regard des difficultés d'exécution, il n'est pas possible de tirer des enseignements. En effet, 11 participants considèrent que c'est indifférent, 2 que les concessions de travaux sont davantage sujettes à difficultés d'exécution et un que ce sont les concessions mixtes. Globalement, il semble qu'il n'y ait pas de différences notables entre les différentes formes de concessions.

5. Modifications du contrat et difficultés d'exécution

163. Selon 3 entreprises et une autorité contractante sur un panel de 12 répondants, les règles de modification des concessions sont de nature à créer ou amplifier les difficultés d'exécution. Pour elles, ces règles sont trop contraignantes alors qu'en matière de concession, la durée des contrats devrait justifier davantage de souplesse. L'une des entreprises explique ainsi que la solution proposée par le Code de résilier le contrat s'il est impossible de le modifier en étant en conformité avec ses dispositions est désastreuse d'un point de vue opérationnel.

Cependant, 8 autres considèrent que ces règles de modification ne sont pas problématiques en elles-mêmes. Une entreprise note à ce propos en commentaire que les concessions sont bien souvent pourvues de clauses de réexamen qui permettent la conclusion d'avenants sans risquer de violer les règles du Code. 2 autres soulignent, au regard de leur expérience, que les freins à la modification de leurs concessions ne sont pas tant juridiques, mais politiques, sans toutefois donner de plus amples précisions.

Il semble ainsi qu'en matière de concessions, la pratique se soit davantage tournée vers l'utilisation des clauses de réexamen, particulièrement indiquées pour des contrats de longue durée, ce qui limite corrélativement les effets pervers des contraintes induites des règles de modifications.

§III. Analyse des difficultés d'exécution liées aux règles de passation des concessions

Résumé d'étape n°2

La durée des concessions nécessite une définition du besoin d'autant plus fine que la relation contractuelle s'inscrit souvent dans le temps long. Pour autant, il semble que le temps accordé à cette phase soit parfois trop restreint et que les lacunes acquises à ce moment comportent des répliques parfois intenses au cours de l'exécution.

Au plan du contenu du contrat, sa durée comme les tarifs perçus sur les usagers ne font pas toujours l'objet d'un calcul optimal, ce qui peut aussi engendrer des frictions en cours d'exécution. À la fois exploitation économique et mission d'intérêt général voire de service public, la concession suppose une ingénierie contractuelle particulièrement raffinée en amont.

De la même manière que concernant les marchés publics, la négociation, plus largement déployée dans les concessions, souffre d'une pratique encore limitée, alors qu'elle est d'autant plus fondamentale pour anticiper les difficultés d'exécution et les désamorcer.

Enfin, les phases de sélection des candidatures et des offres ne semblent pas, selon les données recueillies, particulièrement sujettes à controverse.

164. Au plan de la structure, le questionnaire reprenait celle de celui relatif aux marchés publics. Néanmoins, les règles de passation des concessions étant moins denses que celles des marchés publics, certaines phases de la procédure ont été regroupées pour permettre une présentation plus dynamique. Seront donc traitées successivement la définition du besoin, la définition du contenu de la

concession et la procédure de passation en tant que telle, cette sous-partie comprenant également les règles relatives aux candidatures et aux offres.

165. Données.

QUESTIONS	RÉPONSES EXPLOITABLES	ABSENCES DE RÉPONSE (DONT « SANS AVIS »)	TAUX DE RÉPONSES EXPLOITABLES
La définition du besoin est-elle source de difficultés d'exécution ?	12	7	63,16 %
Autorités concédantes, quelles difficultés rencontrez-vous dans la définition du besoin ? (Question réservée aux autorités concédantes)	2	17	10,53 %
Plus particulièrement, la détermination des investissements à réaliser peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	10	9	52,63 %
Est-il pertinent de faire participer les opérateurs économiques à la définition du besoin ?	12	7	63,16 %
La fixation des redevances à verser à l'autorité concédante peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	11	8	57,90 %
La fixation des tarifs perçus sur les usagers peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	11	8	57,90 %
La limitation de la durée des concessions est-elle source de difficultés d'exécution ?	11	8	57,90 %
La réservation d'une part de l'exécution à des PME peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	7	12	36,84 %
Lors de la passation de vos concessions, quels sont les points que vous négociez ? (Plusieurs réponses possibles)	12	7	63,16 %
Autorités concédantes, quelles difficultés rencontrez-vous lors des négociations ? (Question réservée aux autorités concédantes)	1	18	5,26 %
Entreprises, quelles difficultés rencontrez-vous lors des négociations ? (Question réservée aux entreprises)	9	10	47,37 %
Le choix des critères d'attribution peut-il être source de difficultés d'exécution ?	10	9	52,63 %
La hiérarchisation des critères de sélection peut-elle être source de difficultés d'exécution ?	3	16	15,79 %

A – La définition du besoin

166. Définition du besoin et difficultés d'exécution. À ce stade, les 12 participants au questionnaire sont unanimes : la définition du besoin est une source de difficultés d'exécution. Elle est même, selon l'un d'entre eux, le « *principal problème* ».

Cependant, les 6 commentaires exploitables recueillis témoignent, une fois de plus, que **la cause profonde du problème ne réside pas tant dans la règle de droit, mais bien dans son application** puisque l'un d'entre eux souligne que la mauvaise définition du besoin est souvent liée à une « *mauvaise connaissance du marché* », 5 autres conditionnant les difficultés d'exécution à une « *mauvaise définition du besoin* » ou à un besoin qui n'est « *pas défini clairement* ».

Une question additionnelle, réservée aux autorités concédantes, avait pour but de sonder les difficultés rencontrées par ces dernières dans la définition du besoin. Malheureusement, seules 2 réponses ont été recueillies et il n'est pas

possible d'en tirer des conclusions convenablement assises. On les mentionnera tout de même. Pour l'une de ces autorités concédantes, intervenant dans la gestion d'équipements sportifs, le principal problème est « *l'accueil des publics institutionnels* ». L'autre apporte une réponse d'ordre plus général en mentionnant successivement le « *calibrage économique* », la « *durée* » et la « *connaissance des sous-sols* ».

Au regard de ces quelques réponses, il n'est pas envisageable de dégager autre chose que des suppositions. Sans doute, **la phase de définition du besoin est-elle bien plus délicate à réaliser en concession qu'en marché public, ne serait-ce qu'au regard de la durée du contrat et de son caractère d'exploitation économique**. Plus encore qu'en marchés publics, la professionnalisation des agents apparaît comme une donnée fondamentale afin de sécuriser les contrats.

167. La question de la détermination des investissements à réaliser.

Si, conformément aux prescriptions de l'article L.3111-1 du Code de la commande publique, la nature et l'étendue des besoins doivent faire l'objet d'une information suffisante de la part de l'autorité contractante, le Conseil d'État a récemment jugé, dans une décision *Commune de Saint-Amand-les-Eaux* du 6 novembre 2020, que n'était pas irrégulière la procédure de passation d'une concession dans laquelle l'autorité concédante ne décrit pas avec précision « *l'étendue et le détail* » du programme d'investissements qu'elle souhaite voir réaliser. Il a donc été demandé aux participants si une telle détermination des investissements à réaliser était de nature à entraîner des difficultés d'exécution.

Pour les 10 participants ayant répondu à cette question, la réponse est une nouvelle fois unanime dans l'affirmative. 2 concessionnaires commentent leur réponse. Pour l'une, des difficultés peuvent naître lorsque ces investissements à réaliser « *ne sont pas listés précisément* » dans l'avis de concession, ce qui interroge la pertinence de la solution rendue par le Conseil d'État. Pour l'autre, les difficultés semblent inhérentes à la durée des contrats et à l'impossibilité de se projeter sur le temps long.

L'on retrouve la même idée que précédemment : **la durée des concessions appelle à une ingénierie contractuelle qui ne peut pas être analogue à celle que les autorités contractantes mobilisent lors de la conclusion de leurs marchés publics**.

168. Participation des opérateurs économiques à la définition des besoins. Afin de gommer les difficultés inhérentes à la définition des besoins, il était demandé aux sondés s'il était pertinent de faire participer les opérateurs économiques à la définition du besoin, dans une logique proche de celle du *sourcing*. Sur 12 sondés, 10 ont répondu positivement. 4 entreprises commentent en précisant que cela permettrait aux autorités concédantes de mieux connaître le marché, ce qui permettrait un meilleur « dimensionnement » de leurs besoins, voire de faire émerger des « solutions innovantes ». Une autorité concédante ajoute cependant que cela ne serait pertinent que lorsqu'elle n'est « pas à même de définir le besoin ».

L'une des 2 personnes ayant opté pour la négative livre un commentaire s'interrogeant sur les potentielles atteintes à l'égalité de traitement.

Le Code de la commande publique étant moins disert quant à la phase de définition des besoins en concessions qu'en marchés publics, sans doute **une réflexion pourrait-elle s'engager pour intégrer dans la texture du Code – ou à travers une circulaire ou un guide –, des moyens à disposition des autorités contractantes pour sonder, préalablement à la définition de leur besoin et en toute sécurité juridique, les opérateurs économiques.**

B – Le contenu de la concession

169. Redevances dues à l'autorité concédante et difficultés d'exécution. Les participants sont partagés sur la question de savoir si la fixation des redevances dues par le concessionnaire à l'autorité concédante sont sources de difficultés d'exécution puisque 6 répondent par l'affirmative et 5 par la négative, ce qui ne permet pas vraiment de juger.

Au reste, dans les commentaires, 3 entreprises ayant répondu positivement expliquent qu'en réalité, c'est un défaut d'« *estimation* » ou de rédaction se produisant de « *manière marginale* » qui engendre les difficultés. Un commentaire d'une entreprise estimant le contraire souligne que bien souvent, « *les règles sont claires* » dès le début et que cela ne pose pas de difficulté.

170. Redevances perçues sur les usagers et difficultés d'exécution. Les réponses apportées à la question relative aux liens entre la fixation des tarifs perçus sur les usagers et les difficultés d'exécution sont plus tranchées, puisque sur 11 participants, 10 optent pour le oui. 6 commentaires exploitables sont fournis, dont

5 convergent : les considérations politiques dans la fixation des tarifs perçus sur les usagers viennent se confronter à la réalité économique de l'exploitation de la concession et sont souvent source de frictions. Ceci semble attesté par le dernier commentaire qui souligne la faible part de négociation sur cette question qui présente un fort risque d'engendrer des difficultés d'exécution.

Ces données sont à relativiser, puisque fournies exclusivement par des entreprises concessionnaires, sans que le point de vue d'autorités concédantes ait été fourni ici. La difficulté réside, semble-t-il, dans la **nature profondément singulière de la concession qui n'est pas une exploitation économique comme une autre puisque, précisément, elle poursuit, en règle générale, une mission de service public.**

171. Durée de la concession et difficultés d'exécution. La durée des délégations de service public est, depuis la loi Sapin du 29 janvier 1993, limitée en ce qu'elle ne doit « *pas excéder le temps raisonnablement escompté par le titulaire pour qu'il amortisse ses investissements* », une disposition aujourd'hui reprise aux articles L.3114-7 et R.3114-1 et suivants du Code de la commande publique. Du reste, dans certains secteurs particuliers, le législateur a fixé des durées maximales. Il en va ainsi dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et des autres déchets, pour lesquels les concessions ne sauraient excéder une durée de vingt ans depuis la loi du 2 février 1995. Il y a donc un équilibre à trouver entre cette limitation de la durée des concessions, directement liée à l'exigence de remise en concurrence périodique, et leur rentabilité économique.

Selon 8 participants sur 11, cette limitation de la durée des concessions est une réelle source de difficultés d'exécution. 5 commentaires sont apportés par des entreprises concessionnaires. 2 d'entre eux sont généraux, ils soulignent que plus la concession est longue, plus il est facile de lisser l'amortissement des investissements dans le temps. 2 autres font état d'un élément particulièrement intéressant, qui n'est pas évoqué dans les dispositions du Code de la commande publique relatives à la méthode de fixation de la durée des concessions. Ils précisent que la durée de la concession est calculée à travers le seul prisme de l'amortissement des investissements à réaliser, sans prendre en compte les « *investissements immatériels* », à savoir les investissements commerciaux également réalisés par le concessionnaire pour rendre l'exploitation la plus rentable possible. Si, comme cela

a été souligné précédemment, une concession n'est pas une exploitation économique comme une autre, elle en demeure bel et bien une et par conséquent, il y a nécessairement une part d'investissements purement commerciaux à réaliser. Du reste, une telle conception limitative de la notion d'investissements à réaliser semble procéder d'une interprétation erronée, car trop restrictive des dispositions du Code de la commande publique. En effet, l'article R. 3114-1 du Code précise que « *les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés* ». L'alinéa second du même article en offre par ailleurs une liste non limitative, ce qui témoigne d'une conception large.

Le dernier commentaire se veut plus catégorique encore. Il précise que la fixation d'une durée absolue est, en soi, un problème puisque cela scelle définitivement l'une des variables de l'équilibre économique du contrat. Ce faisant, le concessionnaire n'aura d'autre marge de manœuvre que les tarifs, dont on a vu qu'ils sont difficilement modifiables, sauf à, selon ce participant, demander une « *subvention d'équilibre* ».

On entrevoit ici que, d'un point de vue économique, il y a une tension entre l'exigence de remise en concurrence périodique, qui contraint les durées des concessions, et la nature même de l'exploitation concessive qui, comme toute exploitation économique, se porte d'autant mieux qu'elle peut s'inscrire dans le temps long.

172. Réserve. L'article L.3114-9 du Code de la commande publique permet aux autorités concédantes d'imposer à leurs concessionnaires de réserver une part de l'exécution de leurs concessions à des PME notamment. Sur le fait de savoir si cela était de nature à engendrer des difficultés d'exécution, 3 participants ont répondu positivement, 4 négativement. Un seul a rédigé un commentaire selon lequel « *tout dépend du secteur* ». À l'évidence, aucune conclusion ne peut être tirée à partir de ces données.

C – La procédure de passation et la sélection des offres

1. Négociation

173. On le sait, à la différence des marchés publics, les concessions

obéissent à une procédure de passation plus libre, organisée « *librement* » par l'autorité concédante selon l'article L.3121-1 du Code, dans le respect toutefois d'un déroulement fixé par les dispositions suivantes. Si le même article L.3121-1 précise que l'autorité concédante « *peut* » recourir à la négociation, en pratique, celle-ci est largement utilisée tant historiquement, les concessions ménagent une part d'*intuitu personae* plus importante que concernant les marchés publics.

174. Le champ de la négociation. De la même manière que pour le questionnaire « marché », il était demandé aux participants quels étaient les points qu'ils négociaient lors de la procédure de passation de leurs concessions. Plusieurs propositions étaient pré-renseignées et les sondés avaient la possibilité de fournir plusieurs réponses.

- **Les clauses financières :** 11 sondés sur 11 ont mentionné négocier les clauses financières de leurs concessions. L'un d'entre eux, une entreprise, précise négocier plus spécifiquement les clauses d'indexation, les garanties de paiement et toutes garanties financières ;
- **Les délais d'exécution :** sur les 11 participants, 8 ont coché la case des délais d'exécution, sans qu'aucun n'apporte de commentaire.
- **Les clauses administratives proposées par l'autorité concédante :** 9 participants sur 11 ont porté leur choix sur les clauses administratives, avec des précisions émanant de 2 concessionnaires. Ceux-ci précisent négocier, pour l'un les pénalités, pour l'autre les clauses de responsabilité.
- **Les aspects techniques :** les aspects techniques disent être négociés par 8 participants sur 11, dont un seul, entreprise concessionnaire, précise que cela porte souvent, le concernant, sur les opérations de maintenance.
- **Autres :** enfin, 5 participants ont ici apporté un commentaire, mais seuls 3 sont exploitables, les 2 autres mentionnant, pour l'un, les subventions, qui font partie de la catégorie des clauses financières, pour l'autre le fait que les concessions étaient trop souvent des « *contrats d'adhésion* ». En ce qui concerne les 3 ayant apporté une réponse supplémentaire, on retrouve, successivement, les clauses de

fin de contrat, les clauses fiscales, les clauses de mises aux normes, les clauses de révision, les clauses RH, les clauses de propriété intellectuelle et le projet de développement.

Si l'on excepte la réponse soulignant le caractère d'adhésion des contrats de concessions et en tenant toujours compte du trop faible nombre de réponses, **il semble toutefois que la négociation occupe un champ beaucoup plus large en matière de concessions que de marchés publics pour lesquels, rappelons-le, le prix et les délais d'exécution occupaient la place prépondérante des éléments négociés.**

175. Les difficultés de la négociation. La question relative aux difficultés rencontrées lors des négociations était proposée séparément aux autorités concédantes et aux entreprises concessionnaires.

Autorités concédantes : malheureusement, seule une autorité concédante a répondu, laquelle précise seulement que lorsqu'il n'y a qu'un candidat, la marge de négociation est réduite.

Concessionnaires : du côté des entreprises concessionnaires, 2 précisent ne rencontrer aucune difficulté lors des négociations. 7 autres, en revanche, notent les points d'achoppement fréquents qu'elles rencontrent. Il n'est pas possible de synthétiser ces réponses tant elles sont particulièrement hétérogènes. Pour 2 entreprises, la principale difficulté tient à la « frilosité » des autorités contractantes qui ne souhaitent pas modifier les cahiers des charges. Une autre va dans la même direction en précisant que ce ne sont trop souvent que les clauses financières qui sont négociées. Pour un autre concessionnaire, il est parfois difficile de faire adhérer les agents de l'autorité contractante aux réalités économiques de l'exploitation d'une concession, ce qu'un autre semble confirmer en soulignant la place prépondérante de l'autorité concédante dans le rapport précontractuel. Enfin, sont mentionnées des difficultés à négocier les clauses de révision et les clauses d'assurance.

À l'évidence, ces quelques données ne donnent pas une vision assez large de la négociation dans les concessions pour en tirer des conclusions. Au surplus, le fait qu'une seule autorité concédante ait répondu est de nature à biaiser les résultats de l'enquête sur ce point.

2. Sélection des offres

176. Choix des critères de sélection et difficultés d'exécution. Sur 10 participants, 4 estiment que le choix des critères de sélection peut être source de difficultés d'exécution, en particulier, pour une entreprise, si le « *critère prix* » est « *trop haut* » et, pour une autre, si les critères sont « *non adaptés* ». Sur les 6 personnes ayant répondu par la négative, seule une, également entreprise concessionnaire, commente en précisant que les critères restent généralement « *suffisamment larges* », sans préciser ce qu'elle entendait par-là.

177. Hiérarchisation des critères de sélection et difficultés d'exécution. La question de savoir si la hiérarchisation des critères pouvait être source de difficultés d'exécution n'a reçu que 3 réponses, toutes positives, dont l'une est commentée. Selon ce commentaire, déposé par une entreprise, la hiérarchisation « donne lieu à interprétation » et peut fragiliser ultérieurement le contrat en cas de recours d'un candidat évincé.

§IV. Comparaison droit public / droit privé des règles d'exécution des contrats

178. La même question finale que celle posée aux participants au questionnaire sur les marchés publics était ici proposée. Il s'agissait, pour rappel, de savoir si, selon les sondés, les règles d'exécution des contrats administratifs étaient davantage susceptibles de créer ou d'amplifier les difficultés d'exécution que celles des contrats de droit privé.

À cette question, 7 participants ont répondu par l'affirmative et 3 par la négative, aucun n'estimant que c'était indifférent. Seuls 4 participants estimant que les règles d'exécution des contrats administratifs étaient plus susceptibles de générer ou aggraver les difficultés d'exécution ont commenté leur réponse. Pour 3 d'entre eux, c'est surtout l'inégalité entre les contractants qui est problématique. Selon le dernier répondant, dans les contrats administratifs, la négociation en cours d'exécution est plus difficile, les autorités concédantes s'estimant trop souvent pieds et poings liés pour s'engager dans une négociation en vue de modifier le contrat.

Section III : Les conventions d'occupation du domaine public

179. Les deux questionnaires comprenaient une question sur les conventions d'occupation du domaine public. Depuis l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017, l'article L.2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques impose, pour l'attribution des titres d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique, la mise en place d'une procédure de sélection. Cette procédure est organisée librement par l'autorité compétente pour attribuer le titre et doit tout à la fois comprendre des mesures de publicité adéquates et garantir l'impartialité et la transparence.

La question posée consistait donc à savoir si l'introduction d'une telle procédure de sélection pour l'attribution des conventions d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique pouvait potentiellement engendrer des difficultés d'exécution. En regroupant les données recueillies des deux questionnaires, 42 personnes ont répondu à cette question. 15 ont opté pour la positive et 27 pour la négative. 35, 71 % des sondés considèrent donc que la mise en place d'une procédure de sélection pour l'attribution des conventions d'occupation du domaine public est source de difficultés d'exécution. Ce taux est à mettre en perspective avec les résultats obtenus à la question de savoir si le principe même de la mise en concurrence était source de difficultés d'exécution pour les marchés publics (16, 70 %) et pour les concessions (26, 67 %). Malheureusement, les commentaires postés par les participants n'apportent pas de plus-value, la plupart d'entre eux répondant de façon générale que cela risque d'accroître les tâches administratives des entreprises, ce qui ne constitue pas une difficulté d'exécution en soit. D'autres, reconnaissant leur absence d'expérience en la matière, se veulent prudents en disant « *peut-être* ».

Bref, les deux enquêtes n'ont pas permis d'avoir de réelles remontées de terrain sur la question.

Partie 3 : Synthèse et recommandations

180. Sommaire de la partie.

Section I – Synthèse

I – Généralités

- A. *La perception de la notion de difficultés d'exécution*
- B. *Mise en concurrence et difficultés d'exécution*

II – Difficultés d'exécution liées aux règles de passation des contrats publics

- A. *La définition du besoin*
- B. *Le contenu du contrat*
- C. *Organisation des achats / séparation des fonctions*
- D. *Les procédures de passation et techniques d'achat*
- E. *Les candidatures*
- F. *Les offres*

Section II – Recommandations

Section I : Synthèse

181. La présente synthèse porte sur l'ensemble des études précédentes, à savoir l'enquête qualitative et les deux questionnaires de l'enquête quantitative. Elle a vocation à mettre en lumière les points de convergence observés entre les deux phases de travaux, mais aussi à souligner les points de divergence qui ont pu apparaître.

§I. Généralités

A – La perception de la notion de difficultés d'exécution

182. **Une 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 que l'on pourrait qualifier d'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 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, il n'est pas étonnant de constater que les personnes interviewées lors de l'enquête qualitative peuvent se diviser en deux catégories. D'une part, celles qui cantonnaient la notion de difficultés d'exécution à l'application de la jurisprudence *Haute Normandie* et pour lesquelles la notion couvrait l'ensemble des sujétions imprévues ou des fautes du maître d'ouvrage ouvrant droit à indemnisation pour le titulaire. D'autre part, celles qui considéraient que la notion englobait toutes les divergences entre les prévisions contractuelles et leurs réalisations concrètes. Cependant, lorsque les différentes catégories de difficultés d'exécution telles que présentées dans l'introduction leur étaient soumises, 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 paraît 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.

183. Une 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.

B – Mise en concurrence et difficultés d'exécution

184. Une absence apparente de lien entre mise en concurrence et difficultés d'exécution. 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 que cela a été soulevé à plusieurs reprises lors de l'enquête qualitative, 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 indifférente à la bonne exécution du contrat.

185. Une influence potentielle de la mise en concurrence sur l'exécution. Toutefois, 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.

§II. Difficultés d'exécution liées aux règles de passation des contrats publics

A – La définition du besoin

186. Les difficultés pratiques de la définition du besoin. La définition des besoins constitue, selon les résultats des enquêtes qualitative et quantitative, une source importante de difficultés d'exécution. Toutefois, à interpréter les dires des

praticiens interviewés et les données recueillies par le sondage en ligne, 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 études conduites dans le cadre des deux enquêtes relèvent qu'en pratique, la définition des besoins n'est pas conduite de manière optimale, un constat qui est d'ailleurs partagé entre les entreprises titulaires de contrats publics et les autorités contractantes. Les causes en sont, par ailleurs, 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, ce qui est particulièrement perceptible en matière de concessions, une relation contractuelle à venir s'inscrivant sur le temps long, rendant corrélativement incertains les contours sur le long terme du besoin lui-même.

187. Le *sourcing* comme remède opérationnel. 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 diligentée. 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 se font jour et 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.

188. Les spécifications techniques hors de cause. La traduction du besoin par le recours à des normes techniques ou des performances ou exigences fonctionnelles n'apparaît pas, en tant que telle comme 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.

B – Le contenu du contrat

189. Unilatéralité dans la rédaction des clauses. Le caractère unilatéral de la rédaction des clauses des contrats publics, parfois qualifiés de « *contrats d'adhésion* » est ressorti assez nettement de l'enquête qualitative comme étant une importante source de difficultés d'exécution. Cet élément est par ailleurs 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.

190. Durée. 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, au travers d'expériences pratiques relatées par les participants, ce qui peut sembler constituer une lapalissade, à savoir 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 considération l'évolution des circonstances de fait ou de droit postérieures à la conclusion du marché.

Pour ce qui est des concessions, il est assez communément admis que la limitation de leur durée crée 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.

191. Prix. 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 sur laquelle nous reviendrons. En tout état de cause, 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, précisément, 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 sont la véritable source des difficultés d'exécution.

192. Clauses financières des concessions. 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 que l'on peut qualifier d'hybride de la concession : tout à la fois exploitation économique et, bien souvent, mission de service public.

C – Organisation des achats / séparation des fonctions

193. Allotissement et difficultés d'exécution. 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 générant 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. Les interviewés de l'enquête qualitative avaient été nombreux à souligner cela et il faut noter que les réponses sont plus nuancées du côté des participants à l'enquête quantitative.

Il semble en réalité que l'allotissement ne soit 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 soi de difficultés d'exécution.

194. Marchés globaux et difficultés d'exécution. D'avis partagés, il ne semble pas que les marchés globaux soient de nature à éviter les difficultés d'exécution fréquemment rencontrées dans les marchés classiques allotis. En effet, quoiqu'intériorisées dans le groupement titulaire, les interfaces demeurent et leur gestion est simplement transférée.

195. Maîtrise d'œuvre et 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 il nous a été rapporté que dans bien des cas, la mission de maîtrise d'œuvre était quelque peu délaissée en étant inconvenablement rémunérée. Or, des défaillances dans la conception rejaillissent nécessairement au moment de l'exécution des travaux, d'où la nécessité de rémunérer au juste prix le maître d'œuvre.

196. Marchés à tranches, variantes et difficultés d'exécution. Les marchés à tranches et les variantes n'apparaissent pas comme particulièrement sources de difficultés d'exécution. Il s'agit de moyens spécifiques à disposition des autorités contractantes pour gérer leurs achats. En cela, ils nécessitent naturellement une certaine expertise, en particulier en ce qui concerne les variantes, et sont à mobiliser à bon escient.

D – Les procédures de passation et techniques d'achat

197. Les procédures avec négociation comme limitatives de risques de difficultés d'exécution. Il s'agit sans doute de l'un des points les plus unanimes de l'étude : au rang des règles de passation, la principale source de difficultés d'exécution est la trop faible place accordée à la négociation. Déjà largement tancé par les personnes interviewées dans le cadre de l'enquête qualitative, l'appel d'offres a été totalement délaissé par les participants à l'enquête quantitative (pourtant majoritairement des autorités contractantes) à la question de savoir laquelle des procédures formalisées était la mieux à même d'éviter ou de réduire les difficultés d'exécution (8, 77 % de réponses contre 73, 68 % pour la procédure négociée et 17, 54 % pour le dialogue compétitif).

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.

198. Pratique de la négociation. 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 consécutif 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.

En ce qui concerne le périmètre des négociations, il est apparu tant dans l'enquête qualitative que dans l'enquête quantitative qu'en matière de marchés publics, dans la plupart des cas, 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, 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 : manque de temps ou, à nouveau, difficultés de communication avec les services prescripteurs.

199. Accords-cadres et difficultés d'exécution. Les accords-cadres ne semblent pas particulièrement source de difficultés d'exécution, ainsi que cela ressort clairement de l'enquête quantitative. Néanmoins, la remise en concurrence systématique en matière d'accords-cadres multi-attributaires a pu être évoquée, lors de l'enquête qualitative, comme génératrice de telles difficultés du fait de la propension d'entreprises, constatée par certaines personnes interrogées, à lésiner sur la qualité au fur et à mesure de l'avancée dans le temps du contrat.

E – Les candidatures

200. Examen des candidatures et difficultés d'exécution. 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.

201. Exclusions. 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.

F – Les offres

202. Offres anormalement basses. 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 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, appréciation qui peut nécessiter une expertise sur un marché ou un segment de marché que les acheteurs n'ont pas forcément.

203. Choix et pondération des critères de sélection. 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 maintenu 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.

Section II : Recommandations

204. Sommaire.

- 1 – La négociation
- 2 – Les offres anormalement basses
- 3 – Le *sourcing*
- 4 – Délai de mise au point / délai de préparation du chantier
- 5 – Exclusions liées à de mauvaises performances passées
- 6 – Anonymat des offres
- 7 – Libéraliser le recours à la conception/réalisation
- 8 – Prévoir la possibilité d'auditionner les soumissionnaires en appel d'offres
- 9 – Réduire le poids des critères financiers

Les recommandations sont précédées d'un exposé des motifs. Elles sont formalisées en gras pour les ajouts et les éléments à supprimer sont barrés.

1/ La négociation

1.1/ 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.

EXPOSE DES MOTIFS

Il est largement ressorti des enquêtes conduites dans le cadre de ce rapport que les procédures qui ménagent une part de négociation (procédure négociée, dialogue compétitif) étaient de nature à limiter les difficultés d'exécution, étant entendu que l'appel d'offres, par sa rigidité, ne permet pas de désamorcer les potentielles défaillances de l'écrit contractuel avant le début d'exécution. Un alignement du régime s'appliquant aux pouvoirs adjudicateurs sur celui des entités adjudicatrices est donc souhaitable, bien que cela suppose une modification de la directive « marchés ».

Dans cette attente, il est recommandé aux acheteurs d'utiliser la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif chaque fois que cela est juridiquement possible. À ce titre, et concernant plus particulièrement, le dialogue compétitif, des précisions quant à la mise en œuvre de l'obligation de confidentialité apparaissent utiles à intégrer dans la partie réglementaire du Code de la commande publique.

Propositions

- 1.** Une telle recommandation suppose une révision de la directive 2014/24, puisque son article 26 précise les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure concurrentielle avec négociation. La solution serait de **modifier cet article 26 et le rédiger de manière analogue à l'article 44 de la directive 2014/25**, de façon à ce que le recours à la procédure négociée soit permis à la discrétion de l'acheteur.
- 2.** En attendant, il peut être recommandé aux pouvoirs adjudicateurs **d'utiliser la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif chaque fois que cela est légalement possible**. À cet égard, il convient de ne pas avoir une approche trop restrictive des conditions posées par les textes, le seul arrêt du Conseil d'État condamnant le recours à la procédure avec négociation concernant des achats très standardisés (diagnostics immobiliers, cf. CE, 7 oct. 2020, *Sté ADE*, n°440575). Nous incitons ici les acheteurs publics à se référer à la fiche de la DAJ relative à la

procédure avec négociation¹¹⁰ qui apporte d'utiles précisions quant aux hypothèses de recours à une telle procédure.

3. On peut d'ailleurs préférer utiliser le dialogue compétitif compte tenu de ce qu'il permet une meilleure implication des candidats en amont. Toutefois, les dispositions réglementaires organisant la procédure de dialogue compétitif apparaissent parfois comme peu sécurisées, en particulier au regard de l'obligation de confidentialité qui pèse sur les acheteurs. Certes, l'article L.2132-1 du Code de la commande publique impose une obligation générale de confidentialité en disposant que

« l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telles que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres », mais cette obligation n'est pas détaillée dans les dispositions réglementaires relatives au dialogue compétitif alors que c'est par nature dans cette procédure que le risque d'atteinte à la confidentialité est le plus intense. Les précisions suivantes sont donc recommandées :

Article R.2161-24 :

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini.

Les modalités du dialogue, les critères d'attribution, **les dispositifs garantissant la confidentialité des échanges, pouvant être assurée par une traçabilité des échanges partagée entre tous les candidats, conformément à l'article L.2132-1** et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

1.2/ Périmètre de la négociation

EXPOSÉ DES MOTIFS

Par-delà la question du recours à la procédure négociée, les enquêtes conduites ont fait apparaître que lorsqu'un marché public était négocié, dans une majorité de situations, seuls le prix et les délais d'exécution faisaient l'objet d'une réelle négociation, là où il est apparu que davantage d'éléments faisaient l'objet de négociations en concession (à de rares exceptions près comme pour certaines concessions passées avec l'État). Or, il apparaît vertueux que les clauses administratives ou les éléments techniques soient eux-aussi négociés, ceci afin, notamment, que les entreprises puissent apporter leur expertise dans la construction du contenu contractuel et puissent alerter sur les clauses que l'on peut qualifier de « contentieuses » c'est-à-dire qui ont une forte probabilité de déboucher sur un contentieux ou à tout le moins sur un différend. Du reste, le phénomène de limitation des négociations semble directement lié à l'existence de barrières psychologiques chez certains acheteurs, en particulier la crainte d'excéder la marge de négociation mentionnée dans le Code de la commande publique et de remettre ainsi en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. Cette marge est pourtant large, puisqu'il est permis de négocier l'ensemble des éléments du contrat à l'exception des exigences minimales qui doivent être respectées et des critères d'attribution, conformément à l'article R.2161-17 du code. Sans doute que l'imprécision de la notion d'exigences minimales a une influence sur cette barrière psychologique, d'autant qu'elle n'est pas définie par la jurisprudence. Il est donc proposé d'inscrire au Code les éléments négociables, ainsi qu'ils sont mentionnés dans la fiche de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, en incitant les autorités contractantes à ouvrir la négociation à l'ensemble de ces éléments, sans pour autant rendre la négociation de l'ensemble de ces éléments obligatoire.

Propositions

4. L'incitation à une négociation large portant sur l'ensemble des éléments du contrat à l'exception des exigences minimales pourrait passer par un ajout aux dispositions réglementaires organisant l'examen des offres dans la procédure avec négociation. Une disposition comme celle qui suit pourrait opportunément être ajoutée aux dispositions relatives à la négociation :

Art. R.2161-17

Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres

initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales.

Il peut toutefois attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire.

Les exigences minimales mentionnées à l'article R. 2161-13 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

Sauf indication contraire de l'acheteur dans l'avis de marché, les négociations portent sur :

- **Le prix ou ses éléments et ses modalités d'évolution ;**
- **La quantité ;**
- **La qualité ;**
- **Les délais d'exécution ;**
- **Le cahier des clauses administratives particulières ;**
- **Les garanties de bonne exécution du marché.**

5. Une incitation analogue pourrait être formulée en matière de concessions en procédant à un ajout analogue :

Art. R.3124-1

Lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article L.3121-1, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation.

Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés aux articles R.3124-4 et R.3125-5.

Sauf indication contraire de l'autorité concédante dans l'avis de concession, les négociations portent sur :

- **La redevance ou tout équivalent et ses modalités d'évolution ;**
- **Les tarifs perçus sur les usagers ;**
- **La quantité ;**
- **La qualité ;**
- **Les délais d'exécution ;**
- **Les clauses administratives ;**
- **Les garanties de bonne exécution du contrat de concession.**

2/ Les offres anormalement basses

EXPOSÉ DES MOTIFS

Il est ressorti, tant de l'enquête qualitative que de l'enquête quantitative, que le mécanisme de détection et d'exclusion des offres anormalement basses n'était pas assez efficace. En particulier, 67 % des répondants au questionnaire en ligne considèrent que les dispositions du Code de la commande publique ne sont pas assez sécurisantes et que le mécanisme laisse une place trop importante à des considérations subjectives. Or, certains pays se sont dotés de procédures de détection et d'exclusion des offres anormalement basses bien plus détaillées, en particulier l'Espagne et l'Italie. La proposition suivante s'inspire de ces deux exemples, mais n'a pas entendu aller aussi loin en fixant des seuils d'anomalie intangibles, étant entendu que la Direction des affaires juridiques ne préconise pas une telle solution, dont la validité est douteuse. Sera notamment retenue l'idée de distinguer plus clairement les deux phases de la procédure : d'une part la détection des offres anormalement basses et d'autre part leur traitement.

Proposition

6. Il s'agit ici d'apporter des précisions dans la partie réglementaire du code afin de sécuriser la procédure de détection et de traitement des offres anormalement basses. Ainsi, la section relative aux offres anormalement basses pourrait être rédigée de la sorte :

Section 2 – Offres anormalement basses

Sous-section 1 – Détection des offres présumées anormalement basses

Art. R.2152-3

L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci **semble est présumée** anormalement basse ~~eu égard aux travaux, fournitures ou services~~, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter.

Pour présumer une offre comme anormalement basse, l'acheteur détermine, sous réserve qu'un nombre suffisant d'offres aient été reçues,

un seuil d'alerte par la moyenne arithmétique des montants des offres recevables, à l'exclusion de la plus onéreuse et de la moins onéreuse.

Lorsqu'une ou plusieurs offres proposent un montant inférieur de 25 % au seuil d'alerte ainsi déterminé, l'acheteur apprécie leur caractère anormalement bas en considérant leur prix ou leur coût dans leur globalité, au regard de l'ensemble des obligations qui seront à la charge du titulaire.

Sous-section 2 – Traitement des offres présumées anormalement basses

Art. R.2152-4

Lorsque l'acheteur présume que des offres ont anormalement basses, il en informe sans délai les soumissionnaires ayant déposé de telles offres. Il exige que lui soient transmises toutes justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- 3° L'originalité de l'offre ;
- 4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

Art. R.2152-5

L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse dans les cas suivants :

- 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ;
- 2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient en matière de droit de l'environnement, de droit social et de droit du travail aux obligations imposées par le droit français, y compris la ou les

conventions collectives applicables, par le droit de l'Union européenne ou par les stipulations des accords ou traités internationaux mentionnées dans un avis qui figure en annexe du présent code.

Art. R.2152-5-1

L'acheteur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si le soumissionnaire n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question répondait aux conditions de compatibilité avec le marché intérieur définies à l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'acheteur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne.

3/ Le sourcing

EXPOSE DES MOTIFS

D'avis général, le *sourcing* est un moyen pertinent de réduire les difficultés d'exécution, car il permet à l'acheteur d'affiner la définition de son besoin en la mettant au diapason de l'état du marché par une connaissance plus approfondie de l'offre et des différents opérateurs économiques. Or, il est constant que les dispositions relatives au *sourcing* sont générales et peu sécurisantes pour les acheteurs qui ne savent pas toujours placer le curseur entre le *sourcing* encouragé et le risque d'atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Cependant, la pratique du *sourcing* étant particulièrement hétéroclite, il n'est pas apparu pertinent d'égrener dans la partie réglementaire du code l'ensemble des possibilités à disposition des acheteurs, ceci afin de ne pas brider la pratique. Aussi est-il proposé de sécuriser le *sourcing* dit opérationnel en se fondant notamment sur le guide de la Direction des affaires juridiques.

Proposition :

7. Il serait opportun d'ajouter un article dans la partie réglementaire du code, ceci afin de sécuriser la pratique du *sourcing*, rédigé comme suit :

Art. R.2111-1-1

L'acheteur peut publier un avis d'appel à compétences précisant les exigences minimales du besoin à satisfaire en termes fonctionnels, ainsi qu'une estimation du volume des prestations et des délais d'exécution.

À la suite d'un délai que l'acheteur fixe en fonction de la complexité du projet ou du caractère nouveau du besoin à satisfaire, il sélectionne des opérateurs économiques susceptibles de répondre de manière pertinente à son besoin.

Les opérateurs ainsi sélectionnés sont invités à participer à des entretiens collectifs ou individuels avec l'acheteur, dans le respect des principes mentionnés à l'article L.3.

Le contenu de ces entretiens fait l'objet d'un compte rendu qui sera annexé au dossier de consultation des entreprises à l'exception des informations confidentielles dont la communication violerait le secret des affaires.

4/ Délai de mise au point / délai de préparation du chantier

EXPOSE DES MOTIFS

Il est ressorti des enquêtes que des difficultés d'exécution pouvaient naître du fait d'échanges insuffisants entre l'acheteur et le titulaire en amont de l'exécution du contrat, ou d'un délai de préparation du chantier dans les marchés publics de travaux, insuffisant, voire inexistant. Or, ces difficultés pourraient facilement être désamorçées avant le commencement d'exécution en contraignant acheteurs et titulaires à discuter afin d'une mise au point des différents aspects du contrat et d'une préparation efficace du chantier en ce qui concerne les marchés de travaux. Tel est l'objet des deux propositions suivantes, dont la rédaction est volontairement souple afin de laisser une certaine marge de manœuvre aux acheteurs.

Propositions :

8. Modifier l'article R.2152-13 du Code de la commande publique comme suit :

L'acheteur et le soumissionnaire retenu peuvent procéder à une mise au point des composantes du marché avant sa signature. Sauf pour les marchés ayant

pour seul objet l'achat de fournitures ou services standardisés, l'achèvement de la procédure comprend une phase de mise au point du marché dont le délai est fixé par l'acheteur en tenant compte de sa complexité.

Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché.

9. Ajouter un article R.2112-4-2 rédigé comme suit :

Art. R.2112-4-2

Pour les marchés dont au moins 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.

Aucun commencement d'exécution ne peut être ordonné pendant ce délai.

5/ Exclusions liées à de mauvaises performances passées

EXPOSE DES MOTIFS

L'exclusion d'opérateurs économiques au stade de la candidature en raison du fait de mauvaises performances passées n'est globalement pas mobilisée par les acheteurs, notamment du fait de l'important risque contentieux qu'elle induit. En particulier, les dispositions actuelles du Code de la commande publique manquent de clarté, tout comme le texte de la directive. Il y a donc lieu de sécuriser cette disposition pour la rendre davantage effective. La rédaction choisie, qui livre avec précision les cas dans lesquels une telle exclusion est possible, est certes moins large que ce que semble permettre le texte actuel – notamment en ce qu'elle supprime la mention « sanction comparable », qui est incertaine et en ce qu'elle exige que la sanction ou condamnation soit définitive en principe –, mais s'avère davantage opérationnelle, car de nature à rassurer les autorités contractantes. Par ailleurs, il est précisé que les manquements pouvant justifier une telle exclusion peuvent avoir été commis à l'occasion de l'exécution de contrats de la commande publique conclus par un autre acheteur ou une autre autorité concédante, ce qui ne ressort pas explicitement de la rédaction actuelle.

Proposition :

10. Ici, une réforme législative est nécessaire. Elle pourrait porter sur les dispositions de l'article L.2141-7 du code, modifié en ce sens :

Art. L.2141-7

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction ~~comparable~~ **d'exécution aux frais et risques du titulaire**, du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur, **y compris lorsque ce contrat avait été conclu par un autre acheteur ou une autre autorité concédante.**

6/ Anonymat des offres

EXPOSE DES MOTIFS

Prévu à l'article R.2162-18 du Code de la commande publique concernant l'analyse par le jury d'un concours de maîtrise d'œuvre des plans et projets des opérateurs économiques admis à participer un concours suite à l'analyse des candidatures, l'anonymat est un moyen efficace pour garantir une appréciation objective des offres.

Proposition :

11. Ajouter au Code de la commande publique un article R.2151-17 rédigé comme suit :

Art. R.2151-17

Lorsque le marché est passé selon la procédure de l'appel d'offres, les offres sont présentées de manière anonyme. Lorsqu'il est passé selon la procédure avec négociation, les offres initiales peuvent être classées de manière anonyme avant que ne s'engage la négociation.

7/ Faciliter et sécuriser le recours à la conception/réalisation

EXPOSÉ DES MOTIFS

Le recours à la conception-réalisation est aujourd'hui largement limité par le Code de la commande publique, si bien que les acheteurs sont parfois réticents à le mettre en œuvre alors même qu'il peut limiter les difficultés d'exécution par la réduction des interfaces et un dialogue plus direct entre les équipes en charge de la maîtrise d'œuvre et celles vouées à l'exécution des travaux en tant que telle. Il est donc proposé de faciliter le recours à la conception-réalisation, comme c'est déjà le cas dans le secteur des transports. Néanmoins, une telle ouverture du recours à la conception-réalisation doit s'accompagner d'un cadre législatif et réglementaire approprié, ceci afin de sécuriser cette technique.

Proposition :

12. Une telle réforme, d'ampleur, suppose d'engager une réflexion large à plusieurs niveaux, pour laquelle une concertation avec les partenaires de la Chaire s'avère nécessaire.

- Dans quelle mesure faut-il étendre les possibilités de recours aux marchés de conception-réalisation, aujourd'hui cantonnés à des ouvrages pour lesquels des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique justifient le recours à la conception-réalisation, sauf exceptions ? Une libéralisation totale est-elle envisageable ?
- Faut-il étendre les dispositions des articles D.2171-4 et suivants du Code, précisant les missions de base de l'équipe de maîtrise d'œuvre dans le cadre d'un marché de conception-réalisation, aux **ouvrages d'infrastructure** (aujourd'hui, ces dispositions ne sont applicables qu'aux ouvrages de bâtiment).
- Faut-il prévoir des dispositions imposant **l'identification de l'équipe de maîtrise d'œuvre** au sein du groupement ? En prévoyant, le cas échéant, que des changements puissent être opérés après accord du maître d'ouvrage.
- Faut-il imposer la mise en place d'une **équipe identifiée de maîtrise d'ouvrage** (interne au maître d'ouvrage ou externe – AMO) ? Le cas échéant, faut-il préciser dans le code quelle serait **l'étendue de ses missions** ?
- Rédiger un **CCAG conception-réalisation**.

8/ Prévoir la possibilité d'auditionner les soumissionnaires en appel d'offres

EXPOSE DES MOTIFS

La procédure de l'appel d'offres a très largement été décriée, au cours des enquêtes, comme fermant totalement la porte à toute forme d'interaction directe entre l'acheteur et les soumissionnaires. Les échanges sont strictement écrits : les opérateurs économiques prennent connaissance du projet de l'acheteur à la lecture du dossier de consultation des entreprises et les acheteurs ne voient des soumissionnaires et de leur offre qu'un reflet écrit. Or, il est constant que des échanges directs permettent souvent de préciser ce qui a pu être mal retranscrit à l'écrit, sans pour autant entrer dans une négociation à proprement parler. Plusieurs acheteurs interrogés au cours des enquêtes ont précisé avoir recours, lorsque cela est pertinent, à des auditions des soumissionnaires, ceci afin de bien comprendre le contenu des offres et de vérifier si leurs exigences étaient, à leur tour, bien comprises. Afin de dynamiser cette pratique, qui permet, en partie du moins, de gommer les effets néfastes de l'appel d'offres, la possibilité d'une audition pourrait être intégrée dans le Code de la commande publique.

Proposition

13. La partie réglementaire du Code serait modifiée en ce sens :

Art. R.2161-5

L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre. **Il peut, à cet effet, procéder à leur audition.**

9/ Réduire le poids des critères financiers

EXPOSE DES MOTIFS

Il est clairement ressorti des enquêtes qu'en pratique, les critères du prix ou du coût global étaient bien souvent surpondérés, dans une logique s'approchant de celle du « moins disant ». Or, il a également été révélé qu'un marché passé selon un prix bas était davantage sujet à des difficultés d'exécution postérieures, ce à quoi il faut ajouter que la faible qualité des prestations risque, à terme, d'engendrer des coûts supplémentaires d'entretien ou de réfaction. Partant, il est loin d'être certain que d'opter pour le moins-disant soit une solution durable, y compris au plan financier. Dès lors, afin d'éroder encore plus cette tradition du moins-disant, il serait pertinent de limiter la pondération du critère du prix et du critère du coût, dans l'hypothèse où l'acheteur recourt à une pluralité de critères, c'est-à-dire à l'exclusion des achats standardisés. En outre, afin d'en assurer la diffusion, il convient d'inscrire dans le Code la jurisprudence du Conseil d'État qui a autorisé une pondération du prix à 10 % (CE, 10 juin 2020, *Ministère de la défense*, n°431194.). Les acheteurs seraient ainsi confortés dans l'idée de minorer le critère du prix en toutes circonstances et pas seulement dans celles proches de l'affaire jugée par le Conseil d'État. Néanmoins, afin de prendre en considération l'ensemble des situations envisageables, les acheteurs pourraient déroger à cette règle en motivant ce choix dans les documents de la consultation. Il s'agit, ainsi, davantage d'inciter que de contraindre.

Proposition

14. La partie réglementaire du code serait modifiée en ce sens :

Art. R.2152-12

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié.

Lorsqu'il se fonde sur une pluralité de critères, l'acheteur ne peut prévoir une pondération du critère du prix ou du coût supérieure à 50 % ni inférieure à 10 %, sauf motivation dans les documents de la consultation.