

Nouveau code de la commande publique, les 10 réformes qui s'imposent

Deuxième Partie : Les marchés similaires, et les autres...

Chapo : Alors même qu'il représente une réelle opportunité pour l'acheteur public lorsque celui-ci ne souhaite pas s'engager à l'avance sur la totalité d'une opération, le marché similaire, permettant de reproduire un précédent marché et de le réattribuer sans publicité, ni mise en concurrence au titulaire du marché initial demeure inconnu et peu pratiqué par les acheteurs. Cela tient sans doute à un régime juridique jusqu'ici peu précisé qui, soit provoque une certaine crainte, soit peut inciter à commettre de graves manquements (méconnaissance du régime des modifications en cours d'exécution, notamment). On peut regretter que le projet de commande publique ne fournisse pas l'opportunité d'une modification du texte en vigueur.

Il serait pourtant nécessaire que, transposant complètement la directive, le nouveau texte rappelle que ce type de marché doit s'inscrire dans un projet global, ce qui induit un effort minimal de programmation par les acheteurs publics.

Introduction

A la suite de la mise en ligne par le MINEFI du projet de code de la commande publique, pour concertation (<https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>), il apparaît que nombre de dispositions du décret du 25 mars 2016 n'ont pas été modifiées. La codification offrant l'opportunité d'apporter les précisions nécessaires, plusieurs propositions, dont celles qui suivent pourraient être mises en œuvre sans grande difficulté juridique.

Plusieurs dispositions révèlent des distorsions persistantes avec le droit européen qu'il conviendra de résoudre rapidement afin de ne pas placer les acheteurs devant des conflits de normes, dont on sait que l'issue est en principe la prévalence du droit de l'Union, conformément à la jurisprudence Nicolo. Tel est le cas des marchés similaires, dont les conditions d'utilisation mériteraient d'être précisées (I), sans quoi ses utilisateurs risquent d'utiliser la technique, en lieux et place d'autres qui bien que voisines, n'obéissent pas au même régime juridique (II).

I – Marchés similaires, nécessité d'un rappel des conditions d'utilisation

Le décret relatif aux marchés publics, non modifié par le projet de code de la commande publique, demeure très lacunaire sur les conditions de fond (A), et les conditions de forme (B) du recours aux marchés similaires.

A – Conditions de fond : sur l'absence de définition du marché « similaire »

Par sa rédaction plutôt souple, un simple marché « similaire » (et non plus, nécessairement « identique », depuis 2004), l'article 30 peut donner l'impression qu'il n'est enfermé dans aucune condition. Sa lecture pourrait laisser croire qu'à la manière d'un moule, l'acheteur public pourrait reproduire librement en autant d'exemplaires qu'il souhaite le premier marché (un peu comme l'enfant multiplie les pâtés de sable) puis au titulaire du premier marché sans nouvelle mise en concurrence, à la simple condition d'avoir annoncé qu'il userait de cette possibilité.

Ceci explique sans doute pourquoi, dès la parution du texte actuel, la Direction des affaires juridiques de Bercy a rappelé que les marchés de l'article 30, parce qu'ils font exception à l'obligation de publicité et de mise en concurrence, doivent être utilisés que dans des cas exceptionnels et dûment justifiés : « l'acheteur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui doivent s'interpréter strictement (CJUE, 14 septembre 2004, Commission c/République Italienne, aff. C-385/02, points 19 et 37), sont remplies (CJUE, 27 octobre 2011, Commission c. République Hellénique, aff. C-601/10, point 32. 3). A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office (CE, 28 juillet 2000, Jacquier, n°202792 » (*Fiche DAG, Les marchés négociés sans publicité, ni mise en concurrence, p. 1*).

Il conviendra par conséquent d'établir la réalité du caractère « similaire » du nouveau marché. Précaution qui n'est pas de pure forme car faute de justification convaincante, l'absence de mise en concurrence entraîne la réalisation du délit de favoritisme (*Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-88.373 : JurisData n° 2008-044926*).

Or la difficulté vient du fait que, nulle part, les textes ne définissent le terme « similaire ». La situation actuelle contraint par conséquent à procéder par élimination, en considérant les techniques voisines prévues par la réglementation, techniques auxquelles par définition ne peuvent correspondre les marchés similaires.

Similaire n'est pas complémentaire

A l'évidence, « similaire » ne signifie pas « complémentaire ». Cela se déduit logiquement de l'existence d'un droit des marchés complémentaires, distinct de celui des marchés similaires. Depuis 2016, les marchés complémentaires sont réservés aux seuls achats de fourniture, tandis que pour les services et travaux complémentaires, seule la modification en cours d'exécution est autorisée.

On peut donc, en opposant ces deux termes en déduire qu'il est interdit d'utiliser les marchés similaires pour « compléter » un premier marché. Le marché similaire ne peut donc être utilisé que si le premier marché est « complet » : il correspond à la reproduction de ce marché, mais nullement à son complément.

Marché similaire et avenant

Le marché similaire ne devrait davantage être confondu avec les avenants. Bien entendu chacun sait que l'avenant ne peut être conclu que durant la validité du premier marché, mais il faut encore ajouter que si l'avenant permet d'achever un marché, le marché similaire en constitue un autre, autonome... La distinction peut sembler évidente mais elle mérite pourtant d'être développée, tant chez certains praticiens, la tentation est parfois grande d'utiliser le marché

similaire en lieu et place de l'avenant, compte tenu de sa souplesse d'utilisation, en particulier de l'absence de sa limitation en volume.

Comme on le voit, le raisonnement par distinction atteint vite ses limites, ce qui supposerait plus d'indications textuelles sur la similarité.

B - Les conditions de procédure

La mise en concurrence doit tenir compte des marchés similaires à venir (1), ces marchés dont l'usage est encadré dans le temps (2), doivent être précédés d'une négociation (3).

1) Obligations de mise en concurrence

Même si chacun d'eux pris isolément est dispensé de mise en concurrence par l'article 30, les marchés similaires doivent avoir été annoncés aux concurrents.

a) Sur la nécessité de transposer la notion de « Projet de Base »

Bien que non repris dans le droit français, la directive marchés publics 2014/24/UE du 26 février 2014 pose une condition liée à l'établissement d'un « projet de base » et l'information des concurrents sur celui-ci au moment de la passation du premier marché.

Selon l'article 32 de la directive : « il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base ».

La légalité du marché similaire dépendrait donc de sa programmation, certes légère, puisqu'il suffirait qu'il s'inscrive dans un projet, et non comme le laisse penser l'actuel article 30, du caprice du pouvoir adjudicateur.

b) Conséquences procédurales

Eclairées par cette notion de « projet de base », deux règles classiques et transposées, prennent une dimension nouvelle :

1° Le marché public initial doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Il est évident que cette possibilité ne peut être raisonnablement envisagée que si le pouvoir adjudicateur a préalablement réfléchi à un projet plus global dans lequel les marchés similaires sont appelés à s'inscrire. Mais, si le texte le rappelait, le texte ne pourrait qu'y gagner en ergonomie.

De plus, ici encore, un flottement rédactionnel mériterait d'être corrigé. L'article 30 prévoit que la précision doit être donnée dans le « marché public », sans préciser s'il vise la procédure de passation ou le contrat lui-même. Selon la DAJ, « l'avis de publicité ou les autres documents de la consultation doit porter une telle mention. Si les formulaires européens sont obligatoires, la rubrique relative aux options de l'avis de publicité doit alors être remplie » (*Les modalités de modification en cours d'exécution, Fiche DAJ, Point 1.8.*). Telle est également l'opinion commune des praticiens. Or, certains d'entre eux partagent un doute sérieux sur cette interprétation officielle. A

bien y regarder, l'article 30 mentionne le terme « marché initial », or il n'y a pas de « procédure initiale » dans le cadre de l'article 30 dès lors qu'il dispense de publicité et de mise en concurrence (la seule « procédure » pourrait à la rigueur concerner la négociation obligatoire). En revanche, il existe bien un « contrat initial », à savoir le premier marché passé, celui-là même qui a vocation à être reproduit. Il y a donc tout lieu de penser que l'indication de l'usage prochain des marchés similaires devrait figurer, non pas dans le règlement de consultation et/ou la publicité, mais dans le cahier des charges du premier marché (CCAP, ou tout autre pièce contractuelle).

On pourra trouver stupide d'annoncer la possibilité de marchés similaires dans le cahier des charges, car celui-ci ne doit en principe comporter que des clauses destinées à lier le futur titulaire et l'administration, il n'en demeure pas moins que cette rédaction malhabile conduit à cette solution. De plus, l'information des concurrents paraît nettement mieux assurée par la publicité, ou par le règlement de consultation, deux documents naturellement destinés à l'information des candidats et qui pourront les renseigner sur l'ampleur de la mise en concurrence, sans même avoir lire, voire chercher la clause.

2° La mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services.

Il convient donc de prendre en compte l'ensemble du projet pour vérifier le franchissement des seuils. On mesure une nouvelle fois le caractère perfectible du texte actuel. Sans référence au projet global, il peut laisser penser que cette estimation est absolument libre, et qu'elle dépend en définitive du for intérieur de l'acheteur.

Sur ce point, la DAJ a bien cherché à améliorer la situation. Elle considère que « pour une meilleure information des candidats potentiels, l'avis de marché peut décomposer le montant global des prestations en indiquant la part relative au marché initial et celle relative au marché similaire. La mention d'une telle information est toutefois facultative, et son absence ne rend pas irrégulière le recours à la procédure décrite à l'article 30-I 7° du décret » (*Les modalités de modification en cours d'exécution, Fiche DAJ, Point 1.8.*).

Bien entendu, la DAJ va plus loin que le texte, et le sait. Il ne s'agit donc que d'une suggestion. Mais sa position, quelque peu surprenante, se comprend mieux si on la met en perspective avec l'exigence d'un « projet de base » par la directive (v. ci-dessus).

En substance, le marché similaire ne procède nullement du seul caprice momentané de l'acheteur, de ses besoins nouveaux. Son estimation n'est en définitive pas aussi aléatoire que d'autres formules d'achat, par exemple celle des accord-cadres. Il faut un lien, à l'intérieur d'un même projet, et si l'acheteur a correctement établi ce dernier, il n'y a pas d'obstacle, met même que des intérêts pour renforcer l'efficacité de la procédure, à l'annoncer aux concurrents lors de la passation du premier marché.

On aboutit donc à une toute autre conception que celle qui prévaut sans l'indication de la nécessité de s'inscrire dans un projet global.

Du reste, l'obligation de préparer un projet global n'est pas très contraignante. Le problème ne devrait donc pas se situer à ce niveau. En revanche, elle serait très utile s'il elle était annoncée dès la conclusion du premier marché, et ce pour deux raisons :

- elle permet de contraindre l'administration à mieux programmer ses marchés ;

- elle permettra de justifier que l'acheteur ne se trouve pas dans le cas d'un marché complémentaire ou d'un avenant.

Si l'on en reste au texte actuel (défaut d'indication de la nécessité d'établir un « projet global »), en cas de contrôle ou de contentieux, il y aurait une contradiction entre l'annonce de futurs marchés similaires, et l'incapacité à pouvoir justifier de ceux-ci au moment du lancement de la première procédure.

De même, la réflexion fondée sur un « projet global » permettrait très concrètement d'apprécier la capacité de l'entreprise et rejoindrait, pour ne pas dire, fonderait la position de la DAJ qui préconise d'examiner les capacités des candidats en incorporant les marchés similaires les plus probables : Une réponse ministérielle confirme la nécessité d'apprécier correctement l'importance du marché similaire. Comme le rappelle la DAJ : « l'acheteur doit s'assurer au moment de la passation du marché initial que le titulaire a les capacités suffisantes pour effectuer les prestations du marché similaire (*Réponse ministérielle n° 48786 , JOAN du 19 août 2014, p.7021, cit. in Fiche Marchés négociés sans publicité, ni mise en concurrence*).

Pour le dire plus simplement, le sens du texte n'est pas d'autoriser la simple annonce de futurs marchés similaires, puis d'user de ceux-ci au fil de l'eau, et sans pouvoir rendre compte de leur programmation dès le départ. Le marché similaire ne constitue pas un simple confort qui permet de s'affranchir de la définition du besoin initiale et viendrait s'ajouter au droit de passer des avenants, à chaque fois que quelque chose n'a pas été prévu au moment de la conclusion du marché.

2) Durée de conclusion

Par ailleurs, l'article 30-I-7° du même décret dispose que, pour les marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent, « la durée pendant laquelle les nouveaux marchés publics peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché public initial ».

Cette disposition n'appelle pas de modifications particulières, à l'exception de l'expression « marché initial » (v. ci-dessus).

3) Conditions de négociations

Même si le pouvoir adjudicateur est libre sur le choix de sa forme (écrite, orale), le marché similaire doit être précédé d'une négociation.

L'article 30 indique en effet, que pour l'ensemble des cas qui s'y trouvent exposés, l'acheteur est autorisé à passer « un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ».

L'expression « marché négocié » ne laisse donc aucun doute : une négociation est obligatoire. Conformément à la jurisprudence rendue sur cette disposition une simple demande d'information sur la teneur de l'offre, une demande de renseignement adressée aux candidats, ne sauraient tenir lieu de négociation, celle-ci suppose en effet une véritable discussion des propositions techniques et financières de l'entreprise.

Cette négociation est d'ailleurs bienvenue car elle permet de faire miroiter au titulaire du marché initial de nouveaux contrats. A la condition toutefois qu'il tienne compte du fait qu'il connaît déjà le chantier, qu'il réalisera forcément des gains de productivité, dont il serait inéquitable qu'il n'e partage pas un peu avec le pouvoir adjudicateur.

On touche ici, à l'intérêt majeur de la procédure des marchés similaires. A la différence des marchés à tranche (ferme et optionnelle) dans lesquels le titulaire s'engage à l'avance sur un prix intangible, les marchés similaires permettent de négocier ce qui s'apparente bien à une tranche, dans la mesure elle s'inscrit dans une programmation d'ensemble.

Quoi qu'il en soit la négociation est obligatoire, à défaut la légalité du marché serait fortement fragilisée. Il ne serait sans doute pas inutile que le texte soit plus explicite sur ce point.

II- Sur l'impossible substitution des marchés similaires aux avenants, marchés complémentaires et accords-cadres

Le régime en apparence très souple des marchés similaires pourrait conduire à privilégier son usage sur celui des avenants, lesquels comportent des règles nettement plus sévères (nécessité de le conclure avant la fin du marché initial, limitation à 10 ou 15%, interdiction des modifications substantielles). Bien entendu, cette instrumentation conduirait à vider de son sens le régime des avenants, lequel n'est évidemment pas optionnel (A). L'éviction du régime des avenants revient à prendre un risque juridique important, notamment au plan pénal (B).

A – Le droit des avenants est obligatoire

Utiliser les marchés similaires en lieu et place des modifications en cours d'exécution (avenant), revient à éluder le droit des avenants, ce qui n'est évidemment pas autorisé.

Le texte des articles 139 et 140 régissent la modification des contrats en cours d'exécution (avenants). Indépendamment des différents cas (limitatifs) de modification du contrat initial non rappelés au cas présent, le décret relatif aux marchés précise qu'en aucun cas, la modification ne peut être substantielle. Cette solution est classique, car si le caractère substantiel de l'avenant est reconnu, « la modification d'un marché public en cours de validité doit être considérée comme substantielle et doit par conséquent être qualifiée en nouveau contrat soumis aux règles du droit de la commande publique » (*Les modalités de modification en cours d'exécution, Fiche DAJ, Point 2*).

Pour mémoire, on rappellera que le « seuil » de la modification substantielle est fixé assez bas, dès lors qu'elle correspond à un seul des cas suivants :

« - lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;

- lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ;

- lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

- en cas de changement de cocontractant sauf exceptions » (*Fiche DAJ, préc.*).

.

Dans ces conditions user de la formule du marché similaire en lieu et place de l'avenant expose à une illégalité importante, sanctionnable tant par le juge administratif, que par le juge pénal..

B – Les risques liés à la confusion des procédés du marché similaire et des modifications en cours d'exécution

La nécessité d'une amélioration de la rédaction se mesure aux risques d'illégalité relevée tant par le juge administratif (1), que pénal (2).

1) Illégalité tenant au champ d'application différent

Le champ d'application est également différent.

L'avenant est destiné à modifier un contrat en cours d'exécution. S'il porte sur des prestations différentes de celles prévues par le marché, l'avenant est considéré comme un nouveau marché, et de ce fait illégal, car non précédé d'une mise en concurrence (CE, 13 mars 1998, *Dpt du Pas-de-Calais : RD imm.* 1998, p. 360 ; CE, 30 juill. 2003, *Cne de Lens : Rec. CE* 2003, tables p. 863).

Le marché similaire permet quant à lui de reproduire un premier marché, au fur et à mesure des besoins dans le cadre d'un projet global (v. ci-dessus). Il pourrait par exemple concerner la rénovation d'un bâtiment étage par étage, ou la création successive de bâtiments ou d'ouvrages, etc.... à la condition d'en avoir informé convenablement les concurrents.

Cette interprétation résulte de l'histoire même des marchés similaires :

A l'origine (réglementation antérieure à 2001), ces marchés s'appelaient « marchés de reconduction ». Bien que ce terme ait disparu (source de confusion avec la clause de reconduction), il présentait le mérite d'indiquer clairement l'obligation de reprendre les clauses mêmes du premier contrat.

De 2001 à 2004, son nom a été « marché identique », ce qui illustre une nouvelle fois la nécessité d'une reprise des termes de l'ancien contrat.

Les règles applicables aux marchés similaires, conduisent à deux enseignements :

- Les utiliser pour modifier les prestations objet d'un marché en cours conduirait à violer le droit des avenants ;

- Les utiliser pour compléter un précédent marché, aboutirait à méconnaître le droit des marchés complémentaires, droit rendu encore plus strict par la réforme de 2016. La suppression des marchés complémentaires de travaux et de services montre d'ailleurs qu'il ne peut être question de prolonger ou augmenter l'exécution d'un précédent marché, au moyen, ni d'un marché similaire, ni d'un marché complémentaire.

Au final, appliquer les dispositions de l'article 30, sans se préoccuper des notions qui jouxtent la technique du marché similaire, et en définissent finalement les contours (modifications en cours d'exécution, marchés complémentaires, et peut-être même les accord-cadres, si l'on considère qu'ils permettent de reproduire des marchés subséquents), peut conduire à un grave contresens.

Il est regrettable que, ni la réglementation en vigueur, ni celle envisagée dans le prochain code de la commande publique n'apportent de clarification sur le domaine respectif de techniques permettant de faire évoluer le contrat initial. Ce qui conduit, non sans les réserves d'usage, à proposer le tableau suivant, en ajoutant une technique sans doute plus éloignée des précédentes, mais pouvant à l'occasion être dévoyé afin de prendre quelques libertés avec la définition initiale du besoin :

TABLEAU COMPARATIF				
	Avenant- Modifications en cours d'exécution	Marché similaire	Marché complémentaire	Accord- Cadre
	<i>(Décret 2016-360, art. 139 ; Projet C. comm. publ. art. R.2194-1)</i>	<i>(Décret 2016- 360, art. 30-I- 7° ; Projet c. comm. publ., art. R.2122-7)</i>	<i>(Décret 2016-360, art. 30-I-4°) Projet C.comm. publ. art. R.2122-4)</i>	<i>(Décret 2016-360, art. 77 ; Projet C. comm. publ., art. R.2362-2)</i>
Précédent contrat en cours de validité	Obligatoire	Facultatif	Facultatif	Accord-Cadre en cours de validité
Limitation quantitative	10, 15 %	Aucune	50%	Aucune, sauf à bon de commande avec mini- maxi

Objet (par rapport au contrat déjà conclu)	Identique	Similaire « ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiée »	Complémentaire	Pas de limitation par rapport aux précédents marchés subséquents (mais respect de l'objet de l'accord cadre)
Fonction	Permettre d'achever l'exécution du contrat	Permettre de reproduire le contrat dans le cadre d'un « projet de Base » (Dir 2014-24, art. 32, v. ci-dessus)	Permettre de compléter ou réassortir des fournitures (uniquement)	Lier les titulaires de l'accord-cadre sur un objet défini largement et pendant une durée et limiter la mise en concurrence entre ces derniers
Clauses définissant les prestations (par rapport au contrat déjà conclu)	Bouleversement interdit (v. 139 et 140, D. 2016-360)	« (...) prestations similaires à celles qui ont été confiée »	Démontrant complémentarité « livraison complémentaire de fournitures »	Selon rédaction de l'accord-cadre

2) Conséquences pénales d'une interprétation erronée de la notion de marché similaire

On sait que le juge administratif, de même que le juge pénal, n'est en rien tenu par la qualification retenue par le pouvoir adjudicateur. Il peut parfaitement requalifier un marché similaire en avenant, s'il considère qu'au travers du marché similaire, il ne s'est agi que de poursuivre l'exécution de prestations qui pouvaient être intégrées dans le contrat original. De même, il peut parfaitement refuser la qualification de marché similaire et considérer que le nouveau marché n'entrant pas dans ce cas, il devait être précédé d'une mise en concurrence.

Bien que la question des marchés similaires n'ait pas encore été abordée par le juge pénal, la jurisprudence relative aux avenants, illustre ce travail de requalification. Un avenant passé hors conditions constitue un nouveau marché, et dès lors n'ayant pas été précédé d'une mise en concurrence, il expose son auteur au délit de favoritisme (432-14 C. pén., CA Colmar, 14 nov. 1997, appel sur TGI Saverne, 27 mars 1997, ref. MIEM s/5/95 ; CA Reims, 4 nov. 1998, n° 784 : Journ. L'Union, 8 oct. 1998, p. 8 ; Cass. crim., 6 avr. 2005, n° 00-80.418 ; CA Nancy, ch. corr. 19 janv. 2006 ; Cass. crim., 27 sept. 2006, n° 06-81.300 ; Cass. crim., 10 mai 2007, n° 05-86.874 : JurisData n° 2007-039607).

La DAJ a rappelé la règle, à propos des modifications substantielles « si les modifications apportées au cahier des charges sont substantielles et entraînent une modification des conditions initiales de mise en concurrence, la réalisation des prestations devrait alors être confiée à un prestataire à l'issue d'une mise en concurrence» (Fiche DAG, *Les marchés négociés sans publicité, ni mise en concurrence, point 1.1.8*).

La conclusion de marchés « non similaires », sans publicité, ni mise en concurrence, expose aux mêmes risques. Autant de bonnes raisons pour que le prochain code de la commande publique s'y intéresse davantage que les textes qui l'ont précédé...