

Mieux sélectionner les entreprises

COMMANDE PUBLIQUE // L'ordonnance transposant les deux directives marchés de 2014 et parue cet été affirme plusieurs objectifs : efficacité économique d'un côté et préoccupations sociales, environnementales de l'autre. Avec, en filigrane, un soutien à l'innovation. Les critères de préférence locale et de coût de cycle de vie font également leur apparition.

LA CHRONIQUE
de **Thomas Rouvyrant***



Le décret du 26 septembre 2014, premier texte de transposition partielle des directives, avait déjà engagé des mesures de simplification des procédures s'agissant des conditions de sélection des candidatures : régime du dites-le nous une fois, fixation d'un chiffre d'affaires maximum limité.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, si elle ne révolutionne pas les conditions de sélection cette fois-ci des offres des entreprises candidates à l'attribution d'un marché public, s'inscrit pleinement dans les objectifs poursuivis par les directives de 2014 : simplification et allègement des procédures, mesures en faveur des PME et, enfin, prise en compte des objectifs sociaux et environnementaux ou encore soutien à l'innovation.

Définir une stratégie d'achat par le choix de critères

Le Conseil d'analyse économique l'a clairement énoncé dans ses recommandations présentées en avril 2015 par Stéphane Saussier et Jean Tirole (« Renforcer l'efficacité dans la commande publique ») : recourir à la commande publique pour atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou en faveur de l'innovation est pour lui inefficace à de nombreux égards ; notamment, une mesure politique doit être uniforme et globale et ne peut s'apprécier à l'échelle d'un acte de commande publique spécifique ; de même, la mesure de l'effet jugé (le taux de pollution, par exemple) est difficilement appréciable à l'échelle d'un seul donneur d'ordre pas nécessairement équipé en conséquence.

Pour autant, le choix qui vient d'être fait par le gouvernement est tout autre, le ministre s'étant prononcé à l'occasion de la présentation de la réforme, dans ces mêmes colonnes, en faveur de l'inclusion d'objectifs notamment sociaux et environnementaux dans les marchés : pour le ministre, la commande publique doit avoir valeur d'exemple dans le cadre de politiques publiques même si elle n'est pas la voie la plus efficace. L'acheteur est désormais face à un choix : intégrer ou pas ces critères selon la politi-

que qu'il entend mener, d'achat pur ou, au-delà, de soutien à des mesures sociales ou environnementales.

Préférence locale et coût de cycle de vie

A la différence du code actuel, l'article 52 de la nouvelle ordonnance ne donne plus de liste indicative de critères susceptibles d'être appliqués pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur public étant désormais jugé apte à les identifier dans le respect des principes généraux de la commande publique et la dictature du prix le plus

Pour la première fois, l'ordonnance autorise les pouvoirs adjudicateurs à insérer des critères fondés sur la nationalité des candidats si ces derniers viennent de pays où aucune réciprocité des grands principes de la commande publique n'existe.

bas étant définitivement abandonnée. L'ordonnance rappelle en revanche que le ou les critères sont nécessairement liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution et ce lien avec cet objet ou ces conditions est défini à l'article 38 de l'ordonnance.

Pour la première fois, l'ordonnance autorise tout d'abord les pouvoirs adjudicateurs à insérer des critères fondés sur l'origine des travaux, fournitures ou services ou la nationalité des candidats si ces derniers

viennent de pays où aucune réciprocité des grands principes de la commande publique n'existe. Le décret d'application de l'ordonnance qui est attendu précisera les modalités de cette mesure de protectionnisme. S'agissant ensuite du prix ou du coût, le donneur d'ordre public peut arrêter un rapport qualité/prix qui tient compte tout à la fois du prix ou encore du coût des offres avec d'autres critères, tels que ceux sociaux ou environnementaux ou en lien avec une innovation. Mais le choix peut également porter sur un rapport coût/efficacité et l'article 38 précité fait expressément référence à la nouvelle notion de coût de cycle de vie inscrite dans les directives de 2014 : prise en compte des coûts liés à un achat depuis la recherche et développement jusqu'à la fin du service ou de l'utilisation du bien en passant par l'acquisition, la production ou le transport. Etant précisé que peuvent être pris en compte tant les coûts directs que ceux indirects (coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit, au service ou à l'ouvrage selon les termes mêmes des directives). L'application d'un tel critère, complexe, nécessitera, à l'évidence des compétences particulières de l'acheteur public. Les directives de 2014 évoquent d'ailleurs la nécessité de mettre au point au niveau de l'Union européenne des méthodes communes pour calculer le coût de cycle de vie de certaines catégories de produits ou services.

*Avocat associé au cabinet Scyban & Associés