

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2019

Comment concilier limitation des aléas et dématérialisation ?

Catherine LAMBERT

Introduction

- L'aléa n'est pas une fin en soi qui se programme à l'avance.
- Il repose avant tout sur le caractère imprévu de sa survenance.
- En s'inspirant, comme pour la préparation de la négociation, de ce qu'écrivait Sun Tse dans « l'art de la guerre » il y a plus de 2 500 ans :

« Vous saurez distinguer ce qui est possible de ce qui ne l'est pas, vous n'entreprendrez rien qui ne puisse être mené à bonne fin. »

Comment donc limiter les imprévus ?

Introduction

- **Si l'on veut distinguer ce qui est possible, comment ne pas revenir vers une analyse du besoin bien conduite et complètement menée ?**
- La réponse se trouve dans :
 - l'optimisation des moyens mis en œuvre,
 - la simplification des documents de consultation au travers notamment de la dématérialisation,
 - les modifications du contrat prévues à l'avance sous la forme de clauses de réexamen,
 - et enfin, uniquement lorsque c'est impérativement nécessaire, les modifications du contrat en cours d'exécution.

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2018

L'optimisation des moyens mis en œuvre

L'optimisation des moyens mis en œuvre

« Vous apprécierez le fort et le faible, tant de ceux qui sont confiés à vos soins que des ennemis que vous aurez à combattre. » Sun Tse

• Connaître les forces et faiblesses des partenaires impose à l'acheteur de s'ouvrir à la réalité du ou des secteurs marchands auxquels il va devoir s'adresser :

- sourcing direct ou dématérialisé,
- évaluation, à périodicité définie, des contrats en cours,

L'optimisation des moyens mis en œuvre

- Connaître ses propres forces et faiblesses impose à l'acheteur de s'ouvrir à la réalité de ses performances par rapport à d'autres acteurs et d'en tirer les conséquences :
 - benchmarking,
 - évaluation à périodicité définie des contrats en cours,
 - utilisation de modèles ou d'outils d'aide à la rédaction des dossiers de consultation,
 - mise en place d'une culture de l'évaluation partagée avec les fournisseurs.

L'optimisation des moyens mis en œuvre

- L'optimisation connaît néanmoins quelques limites :
 - le **niveau de qualité de l'achat** : le mieux-disant et non le moins-disant ce qui renvoie notamment au choix des critères de jugement et à leur pondération,
 - le **temps** que l'acheteur peut consacrer à ces méthodes,
 - la **nécessaire déontologie** qui doit les guider,
 - le **libre arbitre** que doit s'autoriser l'acheteur par rapport à des outils d'aide comme les outils de rédaction : il n'y a pas d'automatisme pour toutes les formes d'achat comme par exemple l'avance et leur remboursement éventuellement protégé par une garantie bancaire exigée systématiquement,
 - l'**harmonisation des pratiques** entre tous les acheteurs d'une même institution.

L'optimisation des moyens mis en œuvre

- Mais l'optimisation procure toutefois quelques avantages :
 - une **approche partagée** avec les entreprises,
 - une **meilleure compréhension réciproque** qui devrait aboutir à une limitation du nombre des « surprises » durant l'exécution,
 - un **gain de temps** dans l'exécution du contrat,
 - la **professionnalisation des acheteurs**,
 - un **impératif** plus que nécessaire pour éviter une concurrence trop faible voire des infructueux dans un contexte économique plus favorable pour les entreprises qui vont dès lors pouvoir se permettre d'opérer des arbitrages entre les donneurs d'ordre potentiels puisque le carnet de commandes se remplit plus aisément.

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2018

La simplification des documents de consultation au travers notamment de la dématérialisation

La simplification des documents de consultation

« Mais tout en montrant à l'extérieur beaucoup de simplicité, de sécurité et même d'indifférence, soyez vigilant et éclairé. » Sun Tse

• La dématérialisation est l'occasion de repenser la structuration du dossier de consultation des entreprises :

- diminuer le nombre des fichiers,
- veiller au format des fichiers,
- structurer l'organisation pour faciliter l'archivage des documents reçus des entreprises : « dites-le nous une fois »,
 - travailler ensemble à la constitution des coffres-forts uniques :
e-certis;
- mais exiger un véritable engagement car un contrat est un engagement et exige la signature des parties prenantes pour donner une existence légale au contrat !

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2018

Les modifications du contrat prévues à l'avance sous la forme notamment de clauses de réexamen

Les clauses de réexamen

« Attaquez ouvertement mais soyez vainqueur en secret. » Sun Tse

- Introduites par la directive européenne n° 2014/24UE, les clauses de réexamen sont évoquées uniquement dans la partie du Code de la Commande Publique qui traite de l'exécution des marchés publics.
- « Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. »
- Les informations données sur ce dispositif sont assez avares :
 - elles ne sont pas limitées aux seuls aspects financiers,
 - elles doivent être anticipées pour être claires, précises et sans équivoque,
 - elles peuvent se décliner sous forme d'options.

Les clauses de réexamen

- Les clauses de réexamen peuvent être classées en deux catégories distinctes :
 - celles qui, étant claires, précises et sans équivoque, donc totalement décrites peuvent aboutir à une décision unilatérale de l'acheteur,
 - celles qui impliquent une négociation préalable avec le titulaire et se concrétisent donc obligatoirement par un avenant.

Les clauses de réexamen

- Une première catégorie de clauses de réexamen peuvent donc être parfaitement décrites dès la rédaction du dossier de consultation.
- Ce type de clauses, bien qu'énoncées dans le contrat, ne garantissent pas néanmoins qu'elles puissent être réalisées obligatoirement.
- C'est le cas pour :
 - les tranches optionnelles,
 - la reconduction du contrat,
 - les prestations similaires ou complémentaires.

Les clauses de réexamen

- La directive européenne n° 2014/24UE pose des limites financières à l'application des options.
- La fiche de la DAJ prend pour exemple une augmentation exceptionnelle du volume de commandes, telle une vague de froid exceptionnelle dans le cadre d'un marché public relatif à la mise à disposition de logements pour assurer un hébergement d'urgence.
- Dans ce cas, seul un pourcentage maximal d'augmentation pourrait être exprimé.
- Le volume supplémentaire envisagé par l'option doit être pris en compte pour l'évaluation initiale de l'achat et donc conduire à la publicité et à la procédure appropriées en fonction des seuils définis par les textes.

Les clauses de réexamen

- Cette première catégorie de clauses de réexamen doit donc préciser, au minimum :
 - ce sur quoi ces dernières peuvent porter et les limites fixées : le champ d'application, contenu somme toute assez proche de ce qui est déjà pratiqué pour les variantes,
 - leur nature : financières, administratives, techniques,
 - les modalités de leur mise en œuvre : conditions, à l'initiative de qui, comment, quand, pour quelles raisons, seront-elles automatiquement mises en œuvre ou pas.

Les clauses de réexamen

• Etant donné la présentation qui en est faite notamment dans la fiche élaborée par la Direction des Affaires Juridiques et la place qui leur est conférée dans le Code de la Commande Publique, l'acheteur peut légitimement s'interroger sur les points suivants :

- Faut-il, dans l'exécution du contrat et lorsque ces clauses sont mises effectivement en œuvre, recourir à un avenant ?
- Les traditionnelles décisions d'affermissement d'une tranche optionnelle ou courrier de reconduction du marché sont-ils toujours possibles ?
- Est-ce un gage de transparence que d'accorder un régime différencié entre les prestations complémentaires et les prestations similaires que d'exiger pour une seule d'entre elles qu'elles soient mentionnées dans le marché ?

Sont-elles limitées à ces trois cas exposés ?

Les clauses de réexamen

- Une seconde catégorie de clauses de réexamen, qualifiées par la fiche de la DAJ de « clauses de rendez-vous » que le Comité exécutif de l'Union sociale pour l'habitat qualifie pour sa part de « clauses de revoyure » impliquent donc préalablement à leur mise en œuvre une véritable négociation.
- Sur quoi peuvent-elles donc porter ?
 - sur les montants minimum et maximum d'un accord-cadre,
 - sur des références nouvelles dans le cas d'une évolution technologique rapide,
 - sur des modalités nouvelles d'évolution des prix si les conditions initiales prévues par le marché ou fondant l'offre du titulaire ont évolué sensiblement, ...

Les clauses de réexamen

- Pour cette nature de clauses de réexamen, un fait déclencheur est souvent nécessaire.
- Les modalités de la future négociation doivent donc être définies par le contrat :
 - dans quel délai avant le terme de la période en cours,
 - sous quelle forme : entretien, échange dématérialisé. ...
 - avec qui et sous quel format ?
 - quelle durée ?
 - dans quels locaux ?
 - dans quel esprit : gagnant-gagnant ?

Les clauses de réexamen

- Des limites ont néanmoins été posées par la Directive européenne :
 - le considérant 111 de la directive n° 2014/24UE précise que la clause de réexamen ou d'option ne doit pas laisser au pouvoir adjudicateur « toute latitude » en matière de modification du contrat,
 - l'évolution notamment des minimum et maximum issue d'une clause « suffisamment claire » permettrait « de prévoir des adaptations du marché rendues nécessaires par des difficultés techniques apparues pendant l'utilisation ou l'entretien »,
 - sur des modalités nouvelles d'évolution des prix si les conditions initiales prévues par le marché ou fondant l'offre du titulaire ont évolué sensiblement, ...

Les clauses de réexamen

- L'acheteur peut à nouveau légitimement s'interroger sur les points suivants :
 - Que faire si la négociation n'aboutit pas ? Il pourrait être prudent de prévoir à l'avance les dispositions qui continueront à s'appliquer.
 - Que faire si l'échec de la négociation conduit le titulaire à renoncer à poursuivre l'exécution du marché ? Est-ce possible ? Est-ce acceptable ?
 - Ces clauses remplacent-elles les bordereaux des prix supplémentaires dont l'objectif était justement d'introduire une référence nouvelle sans apporter d'autres changements au marché ou doivent-elles se concrétiser par ce document ?
 - L'accord-cadre à marché subséquent constitue aussi une technique rapide de consultation sur des références nouvelles : quelle méthode privilégier ?

Les clauses de réexamen

- D'une manière générale, l'acheteur peut aussi légitimement s'interroger sur le fait que le Code de la Commande Publique ne décrit pas ou ne donne pas nombre des indications qui précèdent :
 - Le respect de cette fiche est-il aussi impératif que le Code de la Commande Publique ?
 - Suivre les conseils de la fiche garantissent-ils l'absence de contestation à venir ?

Conférence annuelle de l'AAP le 22 novembre 2018

Les modifications du contrat en cours d'exécution

Les modifications du contrat en cours d'exécution

« Un grand général doit savoir l'art des changements. » Sun Tse

• La rédaction actuelle du chapitre sur les modifications en cours d'exécution appelle de ma part dans la perspective du renouvellement des équipes municipales et intercommunales les remarques suivantes :

- il convient de savoir replacer ces dispositions dans le contexte général de la réglementation,
- or, même si le guide des bonnes pratiques associe les modifications à ce qui est imprévu, ce n'est pas le cas du Code de la Commande Publique,
- les acheteurs avertis vont donc devoir faire œuvre de pédagogie avec les nouvelles équipes sur le fait que les différentes possibilités évoquées n'interviennent que sous réserve du respect des règles initiales de publicité et de mise en concurrence !

Conclusion

- **Tout ce qui aura été anticipé minimisera les tentations de modifier ce qui a été convenu.**
- **« Pour réussir, la bravoure et la prudence doivent toujours accompagner les efforts et une conduite habile, mais il ne faut qu'une faute pour tout perdre et à combien n'est-il pas exposé d'en commettre ? »** **Sun Tse**

Soyez donc braves mais prudents !

Merci pour votre attention