



Union Nationale des Industries et Entreprises  
de l'Eau et de l'Environnement

**Monsieur Benoît DINGREMONT**  
Sous-Directeur de la Commande publique  
Direction des Affaires Juridiques  
des Ministères économiques et financiers  
6, rue Louise WEISS  
Télédoc 353  
75703 Paris Cedex 13

Paris, le 04 décembre 2015

**Objet : Consultation sur le projet de décret achevant la transposition des directives «marchés publics»**

Monsieur le Sous-Directeur,

L'UIE (Union Nationale des Industries et Entreprises de l'Eau de de l'Environnement) réunit dix syndicats professionnels du domaine de l'eau et de l'environnement et représente à travers eux 300 entreprises et 30 000 collaborateurs. Elle est de plus membre de la Fédération Nationale des Travaux Publics (FNTP).

Comme vous le savez, la commande publique représente une part essentielle du marché de notre secteur d'activité.

Nous vous remercions donc pour la consultation publique que vous organisez sur le projet de décret achevant la transposition des directives « marchés publics ». **Vous trouverez dans le tableau ci-après la liste de nos observations sur ce projet de décret.**

Si nous saluons votre volonté affichée de faciliter l'accès des marchés publics aux PME et TPE, nous regrettons fortement que certaines remarques concernant les acomptes et les pénalités, que nous vous avons fait parvenir en amont via la FNTP (courrier du 25 juin 2015) n'aient pas été intégrées dans ce projet de décret. Dès lors, nous nous permettons d'insister à nouveau sur l'importance de ces deux problématiques.

➤ **Acomptes dans les marchés publics**

Nous vous avons alerté, lors de nos précédents échanges, sur des clauses limitant le montant des acomptes mensuels à 95 %, 90% voire 80 % du montant du marché (en plus de la retenue de garantie habituellement fixée 5%). Ces clauses ont un impact extrêmement négatif pour les trésoreries des entreprises qui sont déjà très contraintes par la situation économique difficile que nous connaissons.

Vous aviez précisé en début d'année 2015 dans votre fiche sur les acomptes<sup>1</sup>, que ces clauses contrevenaient à l'article 101 du code des marchés publics. Malgré la publication de cette recommandation, certains maîtres d'ouvrages continuent à inscrire ces clauses dans leurs CCAP. Afin de clarifier cette situation nous souhaiterions que l'article 91 du code des marchés publics actuel soit modifié comme suit (modifications proposées en italique) « *Dans les marchés de travaux, le montant d'un acompte ~~ne peut excéder~~ doit correspondre à la valeur des prestations auxquelles il se rapporte* ».

➤ **Pénalités dans les marchés publics**

Nos entreprises observent depuis quelques années une augmentation importante, non justifiée, de pénalités diverses ainsi qu'une augmentation du montant des pénalités de retard. Cette dérive affecte fortement la santé financière de nos entreprises, et notamment celle des PME.

D'une part, nous souhaiterions que le montant des pénalités de retard **soit limité à 1/3000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché** par jour dans le code des marchés publics et que le **montant maximum soit plafonné à 5% du montant du marché**. A noter que la limite journalière du montant des pénalités (1/3000) est déjà présente dans le CCAG travaux mais l'intégrer réglementairement permettrait de sécuriser les entreprises.

D'autre part, nous souhaiterions que soient clarifiées réglementairement les notions de pénalités et de retenues et que soient privilégiée l'application de retenues telles que définies dans le CCAG travaux. En effet les motifs, le nombre et le montant des pénalités ne cessent de s'accroître au fil des ans et font peser un réel risque pour les entreprises, notamment les plus petites d'entre elles.

Nous vous remercions par avance de l'attention que vous porterez à l'ensemble de nos propositions et nous demeurons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, utile au bon règlement de ce dossier, ou précision que vous souhaiteriez recevoir de notre part.

Veillez recevoir, Monsieur le sous-directeur, l'expression de notre parfaite considération.

Didier Haegel



Président de l'UIE

---

<sup>1</sup> Fiche sur les acomptes, disponible sur le site internet de la DAJ, mise à jour le 10 février 2015

## CONCERTATION PUBLIQUE

*Observations sur le projet de décret relatif aux marchés publics*

### MODE D'EMPLOI

- Chaque observation doit faire l'objet d'une ligne (il peut donc y avoir plusieurs lignes pour un même article) ;
- La colonne « Numéro d'article » ne mentionne que le numéro de l'article (les alinéas doivent être indiqués en préalable dans la colonne observations) ;
- La colonne « Type d'organisme » est à remplir uniquement avec l'un des termes listés dans le menu déroulant ;
- La colonne « Nom de l'organisme » ne doit pas contenir de coordonnées ;
- Le format du tableau et la taille de la police ne doivent pas être modifiés.

NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
14	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe II</u></b>                      Les CCTG et CCAG sont des documents de référence qui ont une grande importance dans le secteur de l'eau afin de construire des ouvrages performants et pérennes.  <b>Nous souhaitons que ces documents soient publiés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés comme cela est le cas actuellement.</b>                      Une publication par avis risque de limiter la validité juridique de ces documents et d'en amoindrir l'utilisation et la portée dans les marchés futurs concernés.</p>
14	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe II</u></b>                      Afin de rendre les dérogations aux CCTG et CCAG plus transparentes et lisibles, l'article pourrait être modifié comme suit : <i>Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, dans un article spécifique, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge, à peine d'inopposabilité de ces dérogations.</i></p>
26	Fédération professionnelle	UIE	<p>L'article 26 pourrait être complété ainsi : <i>Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres ou dialogue compétitif, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 56, ont été présentées, l'entité adjudicatrice peut mettre en œuvre une procédure négociée sans être tenue de procéder à une nouvelle mesure de publicité, pour autant qu'elle ne fasse participer à la négociation que le ou les candidats ayant soumis une offre respectant les exigences relatives aux</i></p>

NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
			<p><i>délais et modalités formelles de présentation des offres et que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.</i></p> <p>Il est en effet regrettable que les entités adjudicatrices ne puissent pas bénéficier de la souplesse offerte sur ce point aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'elles optent en première intention pour l'appel d'offres (et non la procédure négociée).</p>
27	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I :</u></b></p> <p>La possibilité de se réserver le droit de négocier et l'incertitude qui en découle sont <b>particulièrement pénalisantes pour les candidats, en particulier dans le domaine des travaux (eu égard aux seuils applicables).</b></p> <p>Ainsi nous préconisons que cette possibilité soit réservée aux marchés dont la valeur du besoin est très inférieure aux seuils de procédure formalisée : 300 000 € (par exemple).</p>
27	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I :</u></b></p> <p>Il ne nous apparaît pas normal que l'acheteur puisse, lorsque des négociations sont prévues, accepter une offre initiale sans négociation. Il est nécessaire que les règles soient claires dès le début : <b>s'il y a une négociation prévue, une offre ne peut pas être acceptée sans négociation.</b></p>
27	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I :</u></b></p> <p>- Afin de garantir la transparence de la procédure, le I de l'article 27 pourrait être complété comme suit : <i>En cas de négociation, lorsque l'acheteur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées.</i></p> <p>La proposition ci-dessus est la phrase inscrite à l'article 70, paragraphe 3.</p>
39	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe III</u></b></p> <p><b>Les documents pouvant être délivrés dans un délai de 6 jours mériteraient d'être qualifiés : il peut s'agir de documents administratifs sans incidence mais en aucun cas de documents techniques nouveaux ou d'exigences techniques nouvelles qui remettraient significativement en cause la conception et ou le coût du projet</b> (exemple : une étude de sol ou une étude de sol modificative qui peut remettre en cause l'intérêt économique de la conception ne peut pas être fournie à la toute fin du projet, 6 jours avant la date limite de réception des offres.)</p> <p>Il faut que les documents techniques relatifs au projet (essais de sol, plans géomètres, exigences techniques,...) ne puissent pas être remis ou modifiés au-</p>

NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
			delà d'un délai de 15 jours après la mise à disposition des documents de la consultation.
50	Fédération professionnelle	UIE	Concernant les interdictions de soumissionner, l'ordonnance du 23 juillet 2015, en son article 48 a introduit les interdictions de soumissionner dites « facultatives ». Nous préconisons que cette liste d'interdictions soit reprise in extenso dans le projet de décret afin d'éviter toute ambiguïté sur les interdictions de soumissionner.
55	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I :</u></b>            Les variantes constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation. « Exiger » la présentation de variantes va à l'encontre de la notion même de variante.            Il serait utile de faire apparaître dans cet article la distinction entre variantes et les « Prestations supplémentaires alternatives ou éventuelles », ces dernières pouvant être exigées.            La distinction variantes / Prestations supplémentaires alternatives ou éventuelles mérite d'autant plus d'être consacrée que le chiffrage de prestations supplémentaires n'implique pas la remise d'un dossier complet, contrairement à la remise d'offres variantes. Cette distinction est donc importante pour garantir l'accès à la commande publique du plus grand nombre.</p>
55	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I :</u></b>            Imposer la remise d'offres variantes en complément de l'offre de base constitue une charge de travail importante pour les candidats et peut constituer un frein à l'accès à la commande publique.  <b>Il est indispensable de ne pas permettre à l'acheteur d'exiger une variante.</b></p>
55	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I :</u></b>            La différence de réglementation par rapport aux variantes entre marché public passé par un pouvoir adjudicateur et une entité adjudicatrice n'est pas justifiée.            Afin de promouvoir l'innovation dans les marchés publics et dans un souci de simplification et clarification, <b>nous souhaitons que les variantes soient autorisées par défaut dans les marchés passés par les entités adjudicatrices mais aussi dans ceux passés par les pouvoirs adjudicateurs.</b>            Cela permettrait, quel que soit le statut de l'acheteur, de permettre la présentation de propositions variantes techniquement et économiquement intéressantes.</p>
55	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I :</u></b>            Nous préconisons d'autoriser la présentation de variantes sans offre de base</p>

NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
			comme c'est le cas actuellement. L'article doit ainsi être complété comme suit : <i>Sauf exigence contraire du DCE, les variantes peuvent être présentées sans offre de base.</i>
55	Fédération professionnelle	UIE	<b>Paragraphe II :</b> Eu égard à la charge de travail importante que représente la formalisation d'offres variantes et aux coûts associés, <b>il conviendrait de préciser que la remise d'une offre variante n'implique pas la remise d'un dossier complet mais se limite à la remise d'un dossier allégé détaillant les seules dispositions dérogatoires à l'offre de base</b> (le tout étant régularisé à la mise au point). A noter que cette proposition était d'ailleurs évoquée dans les facteurs clés de succès du « <i>guide pratique de l'achat public innovant</i> », publié par la DAJ en janvier 2014.
56	Fédération professionnelle	UIE	<b>Paragraphe I :</b> La définition de l'offre irrégulière est précisée par rapport à la notion existante (article 35 CMP actuel) dans le projet de décret puisqu'il s'agira d'une offre qui ne respecte pas les documents de la consultation, notamment parce qu'elle est incomplète ou qui méconnaît la législation, notamment en matière sociale et environnementale. Quel est l'objet réel de cette précision ?
57	Fédération professionnelle	UIE	<b>Paragraphe I :</b> <b>Nous souhaitons que contrairement à ce qui est envisagé, le mécanisme de contrôle de l'offre anormalement basse (OAB) du sous-traitant soit supprimé.</b> En effet, dans tous les cas, le contrat de sous-traitance doit être peu important par rapport au marché principal et l'effet relatif d'une OAB du sous-traitant est faible. De plus l'instauration de l'OAB du sous-traitant n'est pas en adéquation avec le déroulement d'une négociation d'un contrat de sous-traitance. Enfin comme indiqué à l'article 130, le mécanisme de l'OAB du sous-traitant s'applique non seulement au stade de la remise de l'offre principale, mais également, lors de la déclaration d'un sous-traitant en cours d'exécution. L'OAB du sous-traitant risque d'apporter plus de complexité et d'insécurité car le maître d'ouvrage pourra s'immiscer dans la relation entreprise-sous-traitant.
58	Fédération professionnelle	UIE	Il faudrait ne pas limiter cet article aux marchés de fournitures mais l'étendre aux autres marchés à partir du moment où la part de la fourniture concernant ce marché provient à plus de 50% d'un pays tiers n'ayant pas signé des accords de réciprocité.
59	Fédération professionnelle	UIE	<b>Paragraphe II :</b>

NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
			<p>Nous nous réjouissons qu'il ne soit plus autorisé, pour les marchés de travaux, d'attribuer le marché en se basant uniquement sur le critère du prix.</p> <p><b>Cependant il ne nous semble pas profitable d'avoir la possibilité de se baser sur un unique critère d'attribution pour attribuer un marché (nouveau critère du coût du cycle de vie).</b></p> <p><b>Une pluralité de critère est toujours préférable.</b></p> <p>De plus, dans notre domaine où existent des marchés en conception-réalisation-exploitation, ce critère, revient tout simplement à autoriser une approche basée sur le prix.</p>
61	Fédération professionnelle	UIE	<p>Cet article ouvre la possibilité d'ouvrir la mise au point des composantes du marché public, avant son attribution.</p> <p><b>Nous ne comprenons pas l'intérêt de cette mise au point à ce stade de la procédure.</b></p> <p>De plus le terme « attribution » n'étant pas précis, cette mise au point risque de conduire à une certaine insécurité juridique.</p>
64	Fédération professionnelle	UIE	<p>Les délais minimum impartis sont trop courts pour permettre la remise d'offres de qualité dans de nombreux cas. Nous préconisons donc de rappeler et d'alerter qu'au-delà de ces délais minimaux, les acheteurs sont tenus de fixer un délai raisonnable de réponse, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché à conclure.</p>
65	Fédération professionnelle	UIE	<p><b>Cette possibilité introduite ne présente pas d'intérêt et au contraire peut conduire à des dérives importantes.</b> Si c'est l'anonymat qui est recherché dans cette possibilité, cela ne pourra pas fonctionner car les pièces de l'offre sont estampillées au couleur du soumissionnaire.</p> <p><b>En marché de travaux, cette possibilité risque d'influencer l'acheteur qui ne va retenir que le prix.</b></p>
66	Fédération professionnelle	UIE	<p>Les délais minimum impartis sont trop courts pour permettre la remise d'offres de qualité dans de nombreux cas. Nous préconisons donc de rappeler et d'alerter qu'au-delà de ces délais minimaux, les acheteurs sont tenus de fixer un délai raisonnable de réponse, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché à conclure.</p>
67	Fédération professionnelle	UIE	<p><b>Paragraphe I :</b></p> <p>Les délais minimum impartis sont trop courts pour permettre la remise d'offres de qualité dans de nombreux cas. Nous préconisons donc de rappeler et d'alerter qu'au-delà de ces délais minimaux, les acheteurs sont tenus de fixer un délai raisonnable de réponse, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché à conclure.</p>
68	Fédération professionnelle	UIE	<p>Les délais minimum impartis sont trop courts pour permettre la remise d'offres de</p>

NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
			qualité dans de nombreux cas. Nous préconisons donc de rappeler et d'alerter qu'au-delà de ces délais minimaux, les acheteurs sont tenus de fixer un délai raisonnable de réponse, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché à conclure.
70	Fédération professionnelle	UIE	<b><u>Paragraphe I :</u></b> La possibilité de se réserver la faculté de ne pas négocier et l'incertitude qui en découle sont particulièrement pénalisantes pour les candidats. Cette possibilité devrait à ce titre être réservée aux marchés inférieurs à 300 000 € (par exemple)
71	Fédération professionnelle	UIE	Les délais minimum impartis sont trop courts pour permettre la remise d'offres de qualité dans de nombreux cas. Nous préconisons donc de rappeler et d'alerter qu'au-delà de ces délais minimaux, les acheteurs sont tenus de fixer un délai raisonnable de réponse, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché à conclure.
110	Fédération professionnelle	UIE	Quelle que soit la taille de l'entreprise concernée, il est nécessaire que la périodicité du versement des acomptes soit fixée au maximum à un mois pour les marchés de travaux. Par ailleurs il est nécessaire de préciser dans cet article que « <i>dans les marchés de travaux, le montant d'un acompte doit correspondre à la valeur des prestations auxquelles il se rapporte</i> ».
118	Fédération professionnelle	UIE	<b><u>Paragraphe I</u></b> <b>Il est très regrettable que le régime juridique concernant la retenue de garantie, concernant les marchés publics de travaux, ne soit pas aligné sur celui de la loi du 16 juillet 1971.</b> La dichotomie du régime juridique de la RG entraîne de réelles difficultés d'exécution financière et technique au quotidien.
118	Fédération professionnelle	UIE	<b><u>Paragraphe I :</u></b> Le I de l'article 118 devrait être complété comme suit : <i>Le délai de garantie ne peut être supérieur à un an.</i> En effet, la vocation du délai de garantie est de s'assurer du parfait achèvement de l'ouvrage ou des prestations objet du marché. Sa durée classique de 1 an devrait apparaître dans le décret comme un délai maximum, afin d'éviter certaines dérives et le blocage corrélatif de la retenue de garantie (ou de la caution de substitution) pendant des années. Il est loisible à l'acheteur de prévoir d'autres garanties que celle prévue à l'article 118, en application de l'article 122. Les deux types de garanties doivent être clairement distingués.
130	Fédération professionnelle	UIE	<b><u>Paragraphe I :</u></b> La protection essentielle que constitue le droit à paiement direct du sous-traitant ne

NUMERO D'ARTICLE	TYPE D'ORGANISME	NOM DE L'ORGANISME	OBSERVATIONS
			<p>doit pas priver l'entreprise principale des outils de pilotage que constituent la retenue de garantie et les pénalités de retard classiquement prévues par les contrats de sous-traitance. L'acheteur public a lui-même tout intérêt à ce que ces outils soient efficaces dès lors qu'ils contribuent à la bonne exécution du marché. C'est la raison pour laquelle le 1° d) pourrait être complété comme suit :</p> <p><i>d) Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance (dont les pénalités et la retenue de garantie éventuelle) ainsi que les modalités de variation des prix.</i></p>
134	Fédération professionnelle	UIE	<p><b><u>Paragraphe I 4 b</u></b></p> <p>Les cas dans lesquels les avenants de ce type sont autorisés en application des articles I. 4 b et 5 d apparaissent trop réducteurs au regard des pratiques constatées dès lors que pour l'éventualité d'un avenant consécutif au remplacement du titulaire par un nouveau cocontractant, cette faculté semble réservée aux suites d'une « <i>succession universelle ou partielle</i> » (lecture combinée des articles I.4°-b) et I.5°-d) dont on ignore la portée exacte. Aussi et pour en revenir notamment à la lettre de la Directive 2014/24 (art.72) cet article pourrait-il être complété comme suit :</p> <p><i>I. [...] 4° Lorsqu'un nouveau contractant remplace le titulaire du marché public, dans l'un des cas suivants : [...]</i></p> <p><i>b) À la suite d'une succession universelle ou partielle du titulaire, à la suite d'opérations de restructuration ou de réorganisation de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les conditions de participation à la procédure de passation du marché public, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles ;</i></p>