

Halte aux idées préconçues dans les DOM

OUTRE-MER // S'appliquant dans son intégralité sur les cinq départements d'outre-mer, le Code des marchés publics, et donc la future ordonnance en cours d'élaboration, représente un enjeu fort pour ces territoires ultrapériphériques de l'Europe.

LA CHRONIQUE
de Jean-Marc Peyrical* et Erik Pollien**



Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, Réunion. Bien que le plus proche de ces départements ne soit pas à moins de 6.800 kilomètres de la France métropolitaine, les règles d'achat demeurent strictement les mêmes alors que l'environnement et les conditions du développement économique connaissent de fortes disparités. Les DOM ont tous en commun le fait qu'aucun d'entre eux n'est relié directement au marché continental européen. Ceci pourrait paraître sécurisant pour les acteurs économiques locaux en termes de concurrence mais il n'en est rien. Et chaque nouvelle mouture ou évolution significative du Code est l'occasion sinon d'une remise en cause profonde, du moins d'une réflexion sur les modalités d'achat pour ces régions éloignées.

Un contexte économique particulier

L'économie générale de ces territoires est constituée par des secteurs en difficulté comme l'agriculture (cane à sucre, banane, productions vivrières) et la pêche, une industrie embryonnaire et un secteur tertiaire dominant. Elle est surtout marquée par des handicaps structurels importants, notamment l'exiguïté de leurs marchés, leur géographie et leur éloignement pesant sur le développement économique et social de ces régions. A titre d'illustration, et au-delà d'un taux de chômage moyen de près de 25 %, le PIB moyen par habitant de ces cinq départements se situe aux alentours de 15.500 euros (29.000 pour la France), plaçant l'ensemble des DOM français au même niveau que la Roumanie (15.200 euros), soit une des régions les plus en retard en matière de développement par rapport au niveau communautaire (27.000 euros).

En outre-mer, les cinq dernières années ont surtout été marquées par une crise profonde dans le secteur du bâtiment, provoquée par un ralentissement de la commande publique et des difficultés réglementaires dans le financement du logement (ligne de partage entre la défiscalisation du logement social et la ligne budgétaire unique). Elles ont été aussi l'occasion de constater une baisse générale de « l'affect » outre-mer de la part de Paris et Bruxelles. Ceci est en partie la conséquence logique d'un contexte de crise mondiale dont les effets prolongés en Europe n'ont cependant pas épargné les DOM mais ont agi comme un véritable catalyseur de ses handicaps, situation fortement exprimée lors des crises sociales de 2009. Dans ces circonstances, l'accès à la commande publique constitue un enjeu de poids pour ces entreprises ultramarines fragilisées, sous-capitalisées et évoluant dans un contexte économique difficile, aux premières portes de la mondialisation. Et cet accès est particulièrement sensible dans des départements à forte croissance démographique. En Guyane, où la population devrait plus que doubler d'ici à 2025, les besoins d'équipements publics sont considérables et la commande publique ne peut être dans ce contexte qu'un vecteur de développement extrêmement important.

Un localisme ultramarin

L'une des premières demandes des opérateurs économiques locaux est la préférence territoriale en matière d'achat public. Ce principe s'est toujours heurté à une jurisprudence constante des tribunaux administra-

tifs français – et bien sûr du juge européen – dès lors qu'un critère de sélection lié à l'implantation géographique constituerait une méconnaissance des règles relatives à l'accès à la commande publique et au traitement égalitaire des entreprises. Cependant, force est de constater qu'en matière d'efficacité de la commande publique, l'attribution d'un marché à une entreprise éloignée parfois de plus de 10.000 kilomètres du territoire d'exécution laisse planer un doute quant à la capacité de l'opérateur à gérer « offshore » ses engagements contractuels. Des exemples réguliers illustrent le caractère discutable de l'application de ces principes intangibles dans les économies ultramarines, régulièrement confrontées à ce genre de cas trop souvent synonymes d'allongement des durées de chantier, d'avenants augmentant le prix des ouvrages ou d'importation de main d'œuvre dans des départements déjà très durement frappés par le chômage.

Or des mesures nationales de soutiens spécifiques aux entreprises sont depuis plusieurs années octroyées aux établissements situés dans les départements d'outre-mer (exonérations partielles de cotisations sociales, d'IS ou d'IR, crédit d'impôt...). L'Europe elle aussi reconnaît la réalité et la permanence des handicaps structurels de ces régions ultrapériphériques et dispose aux termes de l'article 349 du TFUE qu'afin de tenir compte « des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques », le Conseil peut par ailleurs arrêter des mesures spécifiques pour ces territoires. C'est notamment cet article qui a servi de base juridique à de nombreux dispositifs d'aide en faveur de leur

développement économique et social : une fiscalité dérogatoire (octroi de mer), des taux relevés dans de nombreuses aides européennes aux entreprises, et au sein de la Politique agricole commune depuis 1989, un programme d'options spécifiques à l'éloignement et à l'insularité des départements français d'outre-mer (Poseidom). Ces mesures constituent de véritables dérogations dans l'application de l'acquis communautaire, que ce soit en matière d'aides aux entreprises ou de taxation des marchandises.

Cohérence des textes

On pourrait légitimement se poser la question de la cohérence et de la portée de ces textes : pourquoi reconnaître d'un côté des handicaps structurels et permanents, prévoir des dérogations et des possibilités d'adaptation nationale ou communautaire et, d'un autre, ne pas autoriser d'initiative dans le domaine spécifique de l'orientation de la commande publique, ce qui pourrait pourtant être fort utile face à un contexte économique fortement dégradé ? Le chemin sera sans doute long et difficile étant donné qu'il devrait passer par des adaptations des directives européennes dont les dernières en matière de marchés publics datent d'il y a à peine un an et n'ont pas encore été totalement transposées en droit interne... Cependant, le principe de subsidiarité étant consacré en droit européen dans l'article 5 du Traité, c'est au niveau national qu'il faudra justifier d'une telle modification et de sa conformité aux principes constitutionnels. Après tout, l'Etat a bien réussi lorsqu'il s'est agi de défendre sa loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit en 2003 (décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC). L'outre-mer mérite le même investissement.

*Avocat et président de l'Apasp

**Administrateur de la Fédération des entreprises d'outre-mer, délégué général des moyennes et petites industries de la Guyane, chef d'entreprises à Cayenne (Guyane française)



UN SYNDICAT INTERCOMMUNAL peut-il modifier la pondération des critères de sélection lors d'une mise en concurrence pour une DSP du réseau de transport urbain ? Photo Shutterstock

Hierarchisation des critères dans les DSP

ANALYSE // L'Apasp* revient sur un arrêt du 6 mai 2015 par lequel le Conseil d'Etat rappelle le régime applicable à la sélection des offres dans une délégation de service public (DSP).

Ça coule de source, mais encore faut-il le rappeler : les entreprises sont jugées sur l'offre qu'elles présentent. Plus la société en sait sur la manière dont sera examinée son offre, plus elle sera en mesure de présenter une offre intéressante. Un exemple récemment étudié par le Conseil d'Etat nous éclaire sur cette question. Le syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes (Siturv) avait lancé une procédure de publicité et de mise en concurrence en vue de la conclusion d'une DSP du réseau de transport urbain. Afin de permettre aux entreprises de présenter la meilleure offre possible, le syndicat avait précisé que les neuf critères de sélection des offres retenus seraient analysés par ordre décroissant. Il n'a toutefois pas tenu cet engagement et a finalement attribué la même valeur à l'ensemble des critères. Alléguant d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats, la société Keolis, candidate évincée, a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Lille. Ce dernier a fait droit à sa demande en annulant la procédure litigieuse. Saisi en cassation par le syndicat, le Conseil d'Etat a rappelé le niveau d'information que le pouvoir adjudicateur doit communiquer aux entreprises candidates.

Une jurisprudence constante

Les sages du Palais-Royal ont appliqué la jurisprudence constante en la matière, la loi Sapin de 1993 faisant l'impasse sur cette question. Si l'acheteur public doit nécessairement informer les candidats des critères suivant lesquels leur offre sera évaluée, il n'est cependant pas tenu de leur communiquer les modalités de mise en œuvre de ces

critères. Un candidat à une DSP ne sera donc pas obligatoirement au courant de la hiérarchisation ou de la pondération appliquée aux critères de sélection des offres. Cependant, si l'acheteur décide de communiquer ces informations, il devra s'y tenir. Le Conseil d'Etat confirme donc l'ordonnance du juge des référés sur ce point puisque le Siturv, en ne respectant pas la hiérarchisation des critères qu'il avait annoncée, a bien méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats.

Les règles vont évoluer

Si la société Keolis a effectivement été lésée par ce manquement, la haute juridiction administrative a tout de même annulé une partie de l'ordonnance, le juge de l'urgence ayant annulé l'ensemble de la procédure alors que le manquement invoqué concernait seulement la phase de choix entre les offres finales. Dans un futur proche, ce régime devrait toutefois être amené à évoluer et se rapprocher de celui applicable aux marchés publics. L'article 53 du Code des marchés publics instaure effectivement l'obligation pour l'acheteur public de communiquer, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, la pondération ou la hiérarchisation des critères de sélection des offres retenues. Actuellement en cours de transposition, la directive « concession », en son article 41, consacre l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'établir « une liste des critères par ordre décroissant d'importance ». Cette nouvelle exigence est justifiée dans le considérant 73 par le souci de « garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels en leur permettant de connaître l'ensemble des éléments dont ils doivent tenir compte lorsqu'ils élaborent leurs offres ». En améliorant la transparence dans la procédure de passation d'une DSP, les candidats seront plus efficaces car mieux à même de présenter une offre plus proche des attentes de l'acheteur public.

*Association pour l'achat dans les services publics, www.apasp.com



CPDP Ivry-Paris XIII

LE PORTRAIT

Laurence Monnoyer-Smith

(Commissaire générale au développement durable)

- MISSION : ÉLABORER LA STRATÉGIE D'ACTION NATIONALE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET ASSURER LE SUIVI DE SA MISE EN ŒUVRE

Diplômée en Sciences de l'information et de la communication à Toulouse, Laurence Monnoyer-Smith prend la tête du Commissariat général au développement durable (CGDD). Ce poste de déléguée interministérielle stratégique pour définir les grandes actions du gouvernement s'inscrit dans sa trajectoire au sein des grands corps de l'Etat. Précédemment vice-présidente de la Commission nationale du débat public (CNDP), elle succède ici à Paul Delduc, nouveau directeur général de l'aménagement, du logement et de la nature au ministère de l'Ecologie.

EN PARTENARIAT AVEC
nomination
nomination.fr

décideurs locaux

DIRECTIONS GÉNÉRALES

Danièle Giuganti

est nommée directrice régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Alsace (Direccte).

A 57 ans, cette récipiendaire d'une maîtrise de droit social de l'université de Paris-I était dernièrement conseillère qualité de vie au travail, administration générale auprès de François Rebsamen, ministre du Travail. Entre 2012 et 2015, elle avait assuré la direction de la Direccte de Lorraine.

Gilles Ravinet

est désormais directeur général des services de la Ville et de la Communauté urbaine d'Alençon.

Agé de 48 ans et originaire de la région grenobloise, cet ancien élève de l'IEP de Paris était précédemment directeur général adjoint des services du Conseil général de Corrèze, en charge du développement et de l'aménagement. Entre 2001 et 2008, il officiait comme directeur général des services de la Ville de Tulle.