



## RAPPORT & AVIS N°04/2019

*La commission du développement  
économique, de la fiscalité et du budget*

*Saisine du gouvernement concernant le projet de  
délibération portant réglementation des marchés  
publics en Nouvelle-Calédonie*

Présenté par :

Le président :

M. Dominique LEFEIVRE

Le rapporteur :

M. Johanito WAMYTAN

Dossier suivi par :

Mmes Jade RETALI, chargée d'études et Laetitia MORVILLE, secrétaire du CESE-NC.

*Adoptés en commission, le 18 février 2019,*

*Adoptés en bureau, le 20 février 2019,*

*Adoptés en séance plénière, le 22 février 2019.*

# RAPPORT N°04/2019

Le conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 155 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération modifiée n°03/CP du 05 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n°05-2016 du 28 avril 2016, portant règlement intérieur du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie,

A été saisi par lettre en date du 10 janvier 2019 par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'un *projet de délibération portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie*, selon la **procédure normale**.

Le bureau de l'institution a confié à la commission du développement économique, de la fiscalité et du budget le soin d'instruire ce dossier.

Elle s'est réunie pour auditionner les représentants du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, les services et les acteurs concernés par ce sujet, à savoir :

DATES	LES INVITÉS AUDITIONNÉS
21/01/2019	<ul style="list-style-type: none"><li>- <b>monsieur Camille KUPISZ</b>, directeur des achats, du patrimoine et des moyens de la Nouvelle-Calédonie (DAPM), accompagné de <b>monsieur Sébastien JEGOUX</b>, chef du service des achats et des marchés (SAM), ainsi que <b>mesdames Valérie PUJALTE-DEUVE</b>, chef de service adjointe et <b>Vy-Vaunny HALLETTE</b>, juriste ;</li><li>- <b>madame Angye WINCHESTER</b>, juriste au service législation &amp; contentieux de la direction des affaires juridiques de la Nouvelle-Calédonie (DAJ-NC);</li><li>- <b>monsieur Olivier GALINAT</b> et <b>madame Marie-Jeanne PESENTI</b>, représentants la direction des finances publiques de la Nouvelle-Calédonie (DFIP-NC) ;</li><li>- <b>monsieur Joël SASTOURNÉ-HALETOU</b>, directeur de l'association française des maires de Nouvelle-Calédonie (AFMNC) ;</li><li>- <b>monsieur Valéry PASCO</b>, chef du service des marchés publics de la ville de Nouméa, accompagné de <b>madame Juliette AMBROSIO</b>, juriste.</li></ul>

23/01/2019	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>madame Mireille MUNKEL</b>, secrétaire générale adjointe en charge de l'aménagement du territoire de la province Sud, accompagnée de <b>monsieur Yves MASURE</b>, responsable des marchés et de la qualité (DEPS) ;</li> <li>- <b>monsieur Yann LECHEVALIER</b>, directeur des finances et du budget de la province Nord, accompagné de <b>madame Suzanne FOREST</b>, responsable du bureau des marchés et de <b>monsieur Ritchi BOUANOU</b>, chargé d'études juridiques ;</li> <li>- <b>monsieur Robert WAYARIDRI</b>, directeur de l'économie intégrée de la province des îles Loyauté;</li> <li>- <b>madame Emilie GIRAUT</b>, directrice des services de développement économique de la chambre de métiers et de l'artisanat (CMA), accompagnée de <b>madame Christelle VANHEE</b>, chargée de mission ;</li> <li>- <b>madame Jennifer MARTIN-RODRIGUEZ</b>, responsable des affaires juridiques de la chambre de commerce et d'industrie (CCI), accompagnée de <b>madame Alizée CORREARD</b>, juriste ;</li> <li>- <b>monsieur Eric DINAHET</b>, chargé de l'économie et fiscalité au MEDEF-NC ;</li> <li>- <b>monsieur José APARISI</b>, président de la fédération calédonienne du BTP (FCBTP), accompagné de <b>monsieur Laurent FONTAINE</b>, vice-président, et <b>madame Stéphanie AMSTUTZ-ARRIEGUY</b>, secrétaire générale ;</li> <li>- <b>monsieur le Bâtonnier Franck ROYANEZ</b>, représentant l'Ordre des avocats de Nouvelle-Calédonie;</li> <li>- <b>messieurs Nicolas COURTOT</b> et <b>Adrien CONSTANS</b>, représentants l'Ordre des architectes de Nouvelle-Calédonie.</li> </ul>
30/01/2019	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>monsieur Stéphane YOTEAU</b>, élu consulaire et président de la commission d'appel d'offre de la CCI ;</li> <li>- <b>monsieur Baptiste FAURE</b>, secrétaire général de la confédération des petites et moyennes entreprises (CPME) ;</li> <li>- <b>madame Cécile CHAMBOREDON</b>, chargée de mission à la fédération des industries de Nouvelle-Calédonie (FINC).</li> </ul>
14/02/2019	<b>Synthèse</b>
18/02/2019	<b>Réunion d'examen &amp; d'approbation en commission</b>
<p>A été sollicité et produit des observations écrites :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- l'association ANTICOR.</li> </ul> <p><b>L'ensemble des contributions a apporté un précieux concours aux travaux de la commission du développement économique, de la fiscalité et du budget dont les conclusions vous sont présentées dans l'avis ci-joint.</b></p> <p>Par ailleurs, ont également été sollicités et n'ont pas fourni de réponse :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie ;</li> <li>- la SIC ;</li> <li>- la SECAL ;</li> <li>- l'ADECAL ;</li> <li>- l'union des entreprises de proximité de Nouvelle-Calédonie (U2P-NC).</li> </ul>	
20/02/2019	<b>BUREAU</b>
22/02/2019	<b>SÉANCE PLÉNIÈRE</b>
<b>7</b>	<b>30</b>

**Conformément à l'article 22-17° de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente notamment en matière de « règles relatives à la commande publique ».**

**C'est dans ce contexte juridique que s'inscrit l'examen de ce projet de délibération.**

## I – PRÉSENTATION DE LA SAISINE

La réforme de la délibération dite « 136/CP »<sup>1</sup> a vu plusieurs tentatives, depuis son adoption en 1967, qui ont globalement échouées jusqu'à aujourd'hui. C'est pourquoi le gouvernement a souhaité cette fois une large concertation et a commencé par envoyer, dès 2016, un courrier aux maîtres d'ouvrage (MO) publics comme aux représentants des professionnels pour recueillir leurs souhaits. Des groupes de travail ont ensuite œuvré pour :

- rendre le texte plus intelligible,
- simplifier la passation de marchés publics,
- assouplir certaines règles,
- sécuriser des pratiques,
- accélérer les procédures,
- faciliter l'accès à la commande pour les petites entreprises.

Ils ont donné lieu, notamment, aux modifications listées ci-après.

### En termes de mise à niveau juridique :

- définitions des 5 principes de la commande publique, des variantes, options, et tranches, ainsi que des offres inacceptables, irrégulières, inappropriées et anormalement basses ;
- désignation et attributions des commissions d'appel d'offre (CAO), commission technique de dépouillement (CTD) et jurys, conflit d'intérêt... ;
- primes pour prestations remises, sans concours ;
- critères sociaux, environnementaux, etc...
- « *sourcing* » possible tout en respectant l'égalité de traitement ;
- intégration des groupements d'intérêt public (GIP) locaux ;
- nouveaux types de marchés envisagés, tels que des marchés multi-titulaires, complémentaires...
- choix de l'offre la moins chère en cas d'équivalence ;
- prix fermes, actualisables (3 mois) et révisables (délais supérieurs à 6 mois) ;
- réorganisation, rectifications ou compléments de texte ;
- suppression de la mention de non mise en concurrence pour les marchés de gré à gré inférieurs à 20 millions de F. CFP ;

<sup>1</sup> Délibération modifiée n° 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics

- ajout des motifs d'exclusion des candidats de la procédure de passation ;
- liste des contrats exclus de la 136/CP.

### **En termes de simplification :**

- forme libre des marchés ;
- enveloppe unique ;
- signature (y compris électronique) non obligatoire au dépôt de l'offre ;
- possibilité de régulariser des soumissions irrégulières ;
- possibilité de large délégation de la CAO à la CTD ;
- documents de candidature et de régularité réduits à l'essentiel ;
- maintien de la non obligation de publication dans le cas d'un marché de gré à gré inférieur à 40 millions de F. CFP, avec passage obligatoire en CAO ;
- pour les avenants, avis de la CAO préalable à toute augmentation supérieur à 15 % (plafond absolu fixé à 50%) ;
- introduction de la décision de poursuivre ;
- début du délai de mandatement fixé au moment de la réception par l'administration ;
- seuils et calculs simplifiés (hors taxes, hors révisions, etc...).

### **En termes d'accès aux marchés :**

- mise à disposition de documents types ;
- possibilité future du « dites-le nous 1 fois » ;
- signature électronique non obligatoire ;
- allotissement obligatoire en cas de prestations distinctes (exception pour les travaux inférieurs à 50 millions de F. CFP) ;
- précision dans le règlement particulier de l'AO (RPAO) des sous-critères, des critères d'équivalence, et des critères d'acceptabilité financière ;
- préférence donnée aux entreprises inscrites à la CMA ou au RIDET NC en cas d'équivalence ;
- marchés réservés aux structures d'insertion par le travail (SIT) et aux très petites entreprises (TPE), avec un plafond à 30% ;
- considérations relatives au domaine social ou à l'emploi dans les conditions d'exécution ;
- retenue de garantie et cautions bancaires fixes, ramenées à 3% ;
- libération automatique des RG (comme les cautions bancaires) ;
- concernant les avances, le MO choisit librement le taux maximal et la nécessité ou non d'une caution bancaire, et le candidat refuse ou accepte en précisant le taux qu'il souhaite ;
- système de récépissé automatisé des factures ;
- mandatement obligatoire du principal, même en cas d'erreur de révision ;
- augmentation du taux d'intérêts moratoires (taux légal + 4%) ;
- dispositions en cas de mandatement en l'absence de fonds ;
- communication des informations de mandat.

Tel est l'objet de la présente saisine soumise à l'avis du CESE-NC **selon la procédure normale.**

## II – OBSERVATIONS ET PROPOSITIONS DE LA COMMISSION

La commission s'est attachée à examiner le projet de délibération article par article, et émet les observations ainsi que les propositions suivantes.

### Propos liminaire

En premier lieu, la commission salue les efforts de simplification opérés par ce texte, qui s'inscrivent dans la lignée du vœu du CESE relatif à la simplification administrative<sup>2</sup>. A titre d'exemple, elle citera la suppression des deux enveloppes, la fin de la signature des offres au stade de l'AO, ou encore la possibilité de faire compléter une offre *a posteriori*. Toutefois, et malgré son soutien à une dématérialisation (raisonnée) des procédures, les retours des entreprises ne semblent guère positifs du fait de la complexité d'utilisation de la plateforme [www.marchespublics.nc](http://www.marchespublics.nc). La commission rappelle, comme dans son vœu, que la dématérialisation sans simplification est contre-productive. En outre, le fait que la province Nord dispose de sa propre plateforme rend ce type d'outils d'autant plus complexe pour les entreprises.

Elle remercie les services d'avoir entièrement réécrit un nouveau projet de délibération plutôt que de n'avoir présenté que des modifications à la 136/CP, comme c'est souvent le cas, ce qui nuit à la compréhension globale et à la clarté des textes de loi.

Cependant, les conseillers s'inquiètent que certaines des dispositions puissent relever d'une loi du pays. En effet, ils y voient un risque de contentieux accru et déplorent que cela ne soit pas fait d'ores et déjà afin d'éviter une perte de temps.

En outre, ils s'interrogent sur les possibilités d'empêcher le délit de favoritisme en Nouvelle-Calédonie selon la législation actuelle et le cas échéant, souhaitent qu'un véhicule juridique adéquat soit créé.

En second lieu, la commission souhaiterait que les groupes de travail constitués dans le cadre de cette réforme soient pérennisés, de manière à ce que les MO puissent échanger sur leurs pratiques, notamment suite aux nouveautés introduites. Elle trouverait également utile de mettre en place des assises de la commande publique afin de préparer les réformes à venir. Un guide des bonnes pratiques semble être prévu, ce qui est une très bonne chose pour harmoniser celles-ci entre les différents MO. Toutefois, les entreprises auront également besoin d'aide suite à cette nouvelle mouture.

**Recommandation n°01 : mettre en place un guide de vulgarisation des marchés publics à destination des entreprises.**

---

<sup>2</sup> Vœu n°02/2018 du 28 septembre 2018 relatif à la simplification administrative (pour les professionnels)

Par ailleurs, il convient d'encourager le dialogue entre entreprises et administrations afin d'améliorer la visibilité de part et d'autres et de trouver des engagements respectifs, ainsi que le recommandait le CESE dans son vœu suscité : « *Recommandation n°13 : mieux connecter le secteur public au secteur privé, au travers d'une plateforme d'échange administrations/ entreprises en ligne, ces dernières faisant remonter par ce biais leurs difficultés et leurs propositions quant aux démarches.* ».

Enfin, la commission salue le long travail de concertation effectué par le gouvernement qui aboutit aujourd'hui à un avis très majoritairement favorable des acteurs concernés, bien qu'en attente de la suite.

## **Sur le détail du texte**

A l'article 1-I, la commission estime que le seuil de 20 millions de F. CFP crée une incertitude quant au périmètre d'application de la délibération : pour être qualifiée de marché public, la dépense doit-elle être nécessairement supérieure à 20 millions de F. CFP (donc une dépense inférieure n'entre pas dans le périmètre) ou tous les « contrats administratifs à titre onéreux » sont-ils des marchés publics (y compris ceux de moins de 20 millions de F. CFP) ? A la lecture de l'article 35-2°-1, la commission comprend que c'est plutôt le second cas mais s'interroge sur la clarté de la rédaction.

La définition de l'objet unique demeure une source d'incertitudes – dont la métropole s'est débarrassée – d'autant que les exclusions listées ici risquent d'ajouter à la confusion relative au périmètre d'application. Cela peut également poser problème au regard de la pratique de « saucissonnage » des marchés.

**Recommandation n°02 : clarifier le champ d'application de la présente délibération et supprimer le paragraphe concernant l'objet unique.**

La commission rappelle que la Nouvelle-Calédonie s'inscrit dans le respect des valeurs constitutionnelles. Il serait donc intéressant que l'article 1-III indique que les principes de la commande publique sont inscrits dans l'article 22-17 de la loi organique modifiée<sup>3</sup> et ont valeur constitutionnelle. Le fait de rattacher cette délibération à la Constitution permettrait notamment des poursuites devant un tribunal pour délit de favoritisme dans le cadre des marchés publics. A titre d'exemple, le I de l'article 2-1 ne contient aucune garantie, à l'inverse du II, aussi cette référence globale en début de texte serait-elle utile.

**Recommandation n°03 : préciser que les principes de la commande publique apparaissent dans la loi organique, ont valeur constitutionnelle et de ce fait s'appliquent à l'ensemble des dispositions.**

---

<sup>3</sup> n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

Aux articles 1 et 2-1, il apparaît que les sociétés publiques locales (SPL) ainsi que les sociétés d'économie mixte (SEM) ne sont pas soumises à cette délibération lorsqu'elles passent un marché avec un opérateur privé (sauf si l'objet du marché vise à fournir une collectivité ou un établissement public). Pourtant, elles sont bien considérées comme assimilées à des administrations dans le cas des contrats dits « *in house* », auxquels ne s'appliquent pas le présent texte. Au vu de l'importance des fonds publics dévolus à ces entités, il semblerait légitime qu'elles aient l'obligation de suivre les règles de la commande publique en toutes circonstances, comme c'est le cas des SEM en métropole<sup>4</sup>.

**Recommandation n°04 : indiquer si les SEM et les SPL sont soumises à la présente délibération et dans quels cas.**

A l'article 2-1, 1), la commission fait remarquer que la définition des contrats « *in house* » proposée ici est particulièrement large, alors même que le Conseil d'Etat<sup>5</sup> considère que rien n'interdit à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public, dès lors que l'égalité des conditions concurrentielles entre candidats publics et candidats privés est garantie.

A l'article 4, la commission souhaite une précision relative à la désignation de la personne responsable du marché.

**Recommandation n°05 : insérer à la fin de la dernière phrase de cet article : « par les statuts, ou à défaut par l'organe délibérant ».**

A l'article 7, la commission est tout à fait favorable à la notion de « *sourcing* ». En effet, le manque de connaissance du tissu économique par les acheteurs publics rend difficile pour les entreprises calédoniennes de répondre à des AO lorsqu'elles ne sont pas connues des services. Cette méthode de « *sourcing* » étant toutefois nouvelle pour eux, la commission insiste sur la nécessité de les y former au plus vite. Cela pourrait être le sujet des premières assises de la commande publique, des échanges sur ce point étant nécessaires entre acheteurs et secteur privé.

**Recommandation n°06 : prévoir des formations à la méthode de « *sourcing* ».**

De même, et également afin de permettre à de nouvelles entreprises d'entrer sur ces marchés, la commission préconise que le recours à l'innovation soit facilité. En effet, il est nécessaire de recourir à l'innovation et de la soutenir, d'autant plus que les entreprises innovantes sont, d'après l'agence de développement économique de la Nouvelle-Calédonie (ADECAL), plus nombreuses sur le territoire qu'en Provence par exemple, mais peu visibles et souvent moins concurrentielles sur les marchés publics.

**Recommandation n°07 : adapter la commande publique à l'achat innovant, plus risqué, en prévoyant davantage de souplesse et en changeant la mentalité de l'acheteur public.**

<sup>4</sup> Articles 9, 10 et 11 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

<sup>5</sup> CE, 8 nov. 2000 n°222208



A l'article 8, les conseillers estiment que l'allotissement<sup>6</sup> devrait être obligatoire car il favorise le jeu de la concurrence et permet aux PME de répondre aux AO.

**Recommandation n°08 : rendre l'allotissement obligatoire.**

A l'article 13-8, le délai prévu pour remettre l'attestation CAFAT (10 jours) semble trop court à la commission au vu des délais pratiqués par la caisse (qui devraient d'ailleurs être raccourcis). Il faudrait en outre que cette attestation soit **plus explicite et nominative** pour éviter certains abus qui faussent la concurrence.

**Recommandation n°09 : fixer le délai à 3 semaines et prévoir un délai supplémentaire si le marché est à cheval entre 2 trimestres.**

A l'article 14-2, la commission salue la facilitation du recours aux entreprises de petites tailles que constitue la capacité de réserver jusqu'à 30% du montant d'une opération pour des structures d'insertion ou des entreprises de moins de 15 salariés. Néanmoins, elle s'inquiète de ce que cette mesure ne soit pas utilisée car il ne s'agit que d'une possibilité et non d'une obligation réglementaire.

**Recommandation n°10 : faire de cette faculté une obligation de recourir à une TPE, sous réserve d'équivalence d'offre, pour les marchés de petite taille.**

A l'article 14-3, il serait utile d'ajouter à la liste des exclusions celles de l'ordonnance de 2015 (originellement prévues à l'article 48 abrogé depuis) qui peuvent être utiles pour se prémunir de difficultés ayant eu lieu avec d'anciens titulaires.

**Recommandation n°11 : ajouter après le IV :**

**« V- Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :**

**1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur ;**

**2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;**

---

<sup>6</sup> L'allotissement est le fractionnement d'un marché en plusieurs sous-ensembles appelés "lots" susceptibles d'être attribués séparément et de donner lieu, chacun, à l'établissement d'un marché distinct. Source : [www.acheteurs-publics.com](http://www.acheteurs-publics.com)

3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ;

4° Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;

5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.

**VI. - Un opérateur économique ne peut être exclu que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. »**

A l'article 15, les conseillers craignent que le choix laissé à la maîtrise d'ouvrage d'imposer une dématérialisation des candidatures à partir de 20 millions de F. CFP soit un frein pour les entreprises, et plus particulièrement pour celles qui rencontrent des difficultés d'accès internet dans certaines zones. Les conclusions tirées dans le vœu sur la simplification administrative les avaient ainsi amenés à recommander de « **continuer d'offrir des voies alternatives aux e-services**<sup>7</sup> » au vu du risque de fracture numérique.

Aux articles 25 et 28-2 concernant la transmission des avis d'appel à candidature et d'attribution à l'observatoire des marchés publics, il est fondamental que cet organe dispose de toutes les données relatives aux achats publics. Le terme employé ici ne paraît pas suffisamment contraignant pour obliger les collectivités à faire remonter leurs données.

**Recommandation n°12 : aux derniers alinéas des articles 25 et 28-2, remplacer « est transmis » par « doit être transmis ».**

A l'article 25, la commission incite à une plus grande cohérence entre le délai de réponse et la complexité du marché.

---

<sup>7</sup> Recommandation n°21 du vœu déjà cité

**Recommandation n°13 : fixer un délai de 20 jours minimum pour les marchés basiques et prévoir un délai plus long pour les marchés complexes.**

A l'article 27, le fait de préciser qu'aucun candidat ne peut assister aux CAO pourrait empêcher les commissions de l'entendre si besoin.

**Recommandation n°14 : après « Les séances de la commission d'appel d'offres ou de la commission technique ne sont pas publiques ; aucun candidat ne peut y assister »**

**Ajouter :**

**« , sauf sur demande expresse de la commission et dans les cas prévus aux articles 14-1, 28 et 32 »**

A l'article 27-1, la commission voit un risque dans l'absence de définition en amont, dans le dossier de consultation des entreprises (DCE), de la méthode de calcul retenue par l'acheteur public pour qualifier une offre d'anormalement basse, et dans la possibilité de ne pas appliquer strictement les critères de pondération en cas d'offres équivalentes. Elle s'interroge de ce fait sur le respect du principe de transparence de la procédure et sur la possibilité de biaiser le choix de l'entreprise retenue.

A l'article 27-2, la commission apprécie l'ajout de « critères comprenant des aspects notamment qualitatifs, environnementaux ou sociaux » pour le classement des offres. Toutefois, elle regrette que cela doive être justifié par l'objet du marché, alors qu'il serait intéressant de distinguer une entreprise indépendamment de celui-ci, à offres équivalentes, sur le respect de ces critères (insertion de personnes en situation de handicap, démarche anti-gaspillage, etc...).

**Recommandation n°15 : étendre la prise en compte de critères sociaux et environnementaux au-delà de l'objet du marché.**

Afin de s'assurer que la commande publique est en adéquation avec les objectifs généraux des politiques publiques et soutient les entreprises qui s'y intègrent, la commission souhaite même aller plus loin.

**Recommandation n°16 : au II, ajouter un alinéa**

**« Les critères relatifs aux aspects environnementaux, sociaux ou liés à la sécurité d'approvisionnement et le service après-vente compteront obligatoirement pour au moins 15% de la note dans l'attribution des marchés sur appels d'offres. »**

A ce propos, et dans la lignée du vœu concernant le gaspillage des productions agricoles<sup>8</sup>, les conseillers regrettent que la notion d'achats en « circuit court<sup>9</sup> », de proximité et dans une démarche de développement durable de la commande publique ne soit pas intégrée dans ce texte. En effet, ils considèrent que la protection de l'environnement, la production écoresponsable et la consommation de produits locaux dans la restauration collective devraient être une priorité, en faveur de l'agriculture et de l'alimentation.

Toujours dans le sens d'une commande publique responsable, la commission déplore que ce projet de modernisation ne reprenne aucune des dispositions introduites par la loi sur l'égalité réelle outre-mer<sup>10</sup>, et notamment la possibilité pour les acheteurs publics de réserver jusqu'à un tiers de leurs marchés aux petites et moyennes entreprises locales. Cette loi oblige également les soumissionnaires à présenter un plan de sous-traitance prévoyant le montant et les modalités de participation des TPE locales pour les marchés dont les montants estimés sont supérieurs à 60 millions de F. CFP.

**Recommandation n°17 : reprendre ces éléments dans la réforme à venir du code des marchés publics.**

Enfin, toujours dans ce même article, les conseillers demandent à ce que les procès-verbaux (PV) soient rendus anonymes puis envoyés à tous les candidats avec l'information qu'ils soient retenus ou non afin d'éviter de jeter l'opprobre sur ceux qui les demandent et d'apporter des éléments de compréhension. De même, dans un souci de transparence des décisions et d'harmonisation des pratiques, un format type de PV devrait être adopté.

**Recommandation n°18 : après « Ce procès-verbal est transmis à l'autorité visée à l'article 4 »**

**Ajouter :**

**« et, une fois rendu anonyme, à tous les candidats, accompagné d'un courrier d'information sur leur candidature. »**

**Un format-type sera mis en place et devra être utilisé par toutes les commissions d'appel d'offre. ».**

A l'article 28, les conseillers préconisent de préciser le délai pour aviser le soumissionnaire de l'acceptation ou du rejet de son offre.

---

<sup>8</sup> Rapport et vœu n° 01/2017 du 11 octobre 2017 concernant l'autosaisine relative au gaspillage des productions agricoles (fruits et légumes)

<sup>9</sup> Définition de la FINC : « C'est un mode de commercialisation des produits agricoles qui s'exerce, soit par la vente directe du producteur au consommateur, soit par la vente indirecte, à condition qu'il n'y ait qu'un seul intermédiaire. Ce n'est donc pas nécessairement une notion de proximité mais une notion économique, strictement liée à l'unité d'intermédiaire. »

<sup>10</sup> Article 73 de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique

**Recommandation n°19 : après « Le service instructeur, après décision de l'autorité visée à l'article 4 ci-dessus, avise les soumissionnaires de l'acceptation ou du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. »**

**Ajouter :**

**« dans un délai de [choix laissé au rédacteur]. »**

A l'article 35-2, la commission regrette que la rédaction actuelle autorise l'administration à se dispenser de mesures de publicité pour les marchés de gré à gré d'un montant inférieur à 20 millions de F. CFP (1°) ou lorsque l'appel public à concurrence est infructueux (6°). En effet, les marchés de gré à gré, et plus particulièrement ceux de plus petite envergure, peuvent justement correspondre aux capacités des entreprises artisanales qui rencontrent déjà des difficultés d'accès à la commande publique.

**Recommandation n°20 : supprimer le 1° et le 6°.**

A l'article 40-1, II, la commission s'inquiète de la suppression du seuil de 15%, au-delà duquel il est interdit de souscrire un avenant, dès lors que la CAO a donné son accord préalable. Elle craint une utilisation trop large de cette possibilité par les acheteurs publics, mais également une modification substantielle du marché initial. D'autant qu'au 6°, 50% du montant initial paraît être une limite trop élevée.

Au III, étant donné que cet article vise à éviter une rupture d'égalité *a posteriori* dans les appels d'offres, la commission observe que celle-ci peut advenir autant à la hausse qu'à la baisse.

**Recommandation n°21 : au lieu de « La décision de poursuivre n'est applicable que dans le cas d'une augmentation du volume des prestations figurant au marché et à la condition expresse qu'elles soient rémunérées conformément aux prix et selon les termes du marché. »**

**Ecrire :**

**« La décision de poursuivre n'est applicable que dans le cas d'une modification du volume des prestations figurant au marché et à la condition expresse qu'elles soient rémunérées conformément aux prix et selon les termes du marché. »**

A l'article 106, la disposition transitoire fixe l'entrée en vigueur du présent projet de délibération au 1<sup>er</sup> janvier 2020 mais les marchés publics notifiés avant cette date resteront soumis à l'ancienne mouture. Pourtant, l'appel d'offre ainsi que les critères de choix sont censés être intrinsèquement liés au marché qui en découle, ne serait-ce que devant le juge.

**Recommandation n°22 : au lieu de « Les marchés publics notifiés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2020 seront régis par la délibération n° 136/CP du 1<sup>er</sup> mars 1967 portant réglementation des marchés publics. »,**

**Ecrire :**

**« Les marchés publics dont les appels d'offre auront été lancés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2020 seront régis par la délibération n° 136/CP du 1<sup>er</sup> mars 1967 portant réglementation des marchés publics. »**

A l'article 107, les conseillers se déclarent très favorables à l'utilisation de modèles types mais font part d'un danger si des changements étaient opérés sans en avertir les utilisateurs.

**Recommandation n°23 : préciser que « toute modification devra être dûment signalée en première page ».**

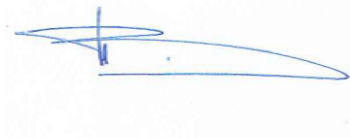
Sur l'ensemble du texte, la mention « hors taxes » ajoutée après chaque montant apparaît peu claire. De quelles taxes s'agit-il ?

**Recommandation n°24 : mentionner les taxes dont il peut être question.**

### Conclusion de la commission

Eu égard aux observations et propositions formulées ci-dessus, la commission du développement économique, de la fiscalité et du budget émet un ***avis favorable*** au projet de délibération portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie.

LE RAPPORTEUR



Johanito WAMYTAN

LE PRÉSIDENT



Dominique LEFEIVRE

**La commission du développement économique, de la fiscalité et du budget** a adopté le rapport et le projet d'avis, dans son ensemble, à **l'unanimité** des membres présents et représentés par **8 voix « POUR »**.

### III –CONCLUSION DE L’AVIS N°04/2019

Suite aux observations de la commission et aux débats menés en séance plénière, le CESE-NC émet un **avis favorable** au présent projet de délibération.

L’avis a été adopté à la majorité des membres présents et représentés par **22** voix « **favorable** », **1** voix « **défavorable** » et **4** « **réserve** ».

LA SECRETAIRE



Rozanna ROY

LE 1<sup>er</sup> VICE-PRÉSIDENT



Jean-Pierre FLOTAT