NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Mars 2021 / RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

CKS Public

www.cks-public.fr www.cks-sante.fr www.cks-consulting.com

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Publication des nouveaux certificats de cessibilité

L'article L2191-8 du Code de la Commande Publique offre la possibilité au titulaire d'un marché public (ou à son sous-traitant accepté dont les conditions de paiement ont été agréées) de céder la créance qu'il détient sur un pouvoir adjudicateur à un établissement de crédit ou à un fournisseur pour obtenir des liquidités ou des fournitures.

Faisant suite à la publication de *l'arrêté du 28 juillet 2020* fixant le modèle de certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics, la Direction des Affaires Juridiques a publié le *NOTI 6 et sa note explicative* afin de proposer un modèle de certificat de cessibilité de créances à l'ensemble des acheteurs publics.

Une offre présentant un DQE inférieur au montant minimum d'un accord-cadre n'est pas pour autant irrégulière

Un candidat évincé demande au juge administratif d'annuler la décision d'attribution ainsi que la procédure de passation d'un accord-cadre de fournitures car le montant de l'offre retenue est inférieur au montant minium de l'accord-cadre.

Le *Conseil d'Etat, dans un arrêt du 24/12/20*, précise qu'« *une offre ne saurait être regardée comme ne respectant pas les exigences du règlement de la consultation au seul motif que le prix qu'elle propose est inférieur au montant minimum de l'accord-cadre* »

Simplification des règles liées aux avances

Le *décret n°2020-1261 du 15 octobre 2020* vient entériner les dispositions prises par l'ordonnance du 25 mars 2020 lors de la crise sanitaire. Il fait disparaitre le plafonnement de l'avance à 60 % issu de l'article R.2191-8 qui indiquait « *L'acheteur peut fixer le montant de l'avance calculé conformément aux dispositions de l'article R. 2191-7 à un maximum de 60 %* » en le réécrivant ainsi « *L'acheteur peut porter le montant de l'avance au-delà de 30 % du montant calculé conformément aux dispositions de l'article R. 2191-7* ».

Le décret supprime également l'obligation du titulaire de constituer une garantie à première demande pour bénéficier d'une avance de 30 % du marché en ajoutant à l'article R.2191-7 du CCP que « *La constitution de cette garantie ne peut toutefois être exigée des personnes publiques titulaires d'un marché* ». Enfin ce décret, vient préciser les dispositions du remboursement de l'avance aux article R.2191-11 et R.2191-12 du CCP.

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (dite loi ASAP) modifie le Code de la commande publique.

Cette *loi de simplification* impacte les dispositions du Code de la Commande Publique. En particulier :

- **L'article 131** de la loi étend la possibilité de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence pour motif d'intérêt général. Cette possibilité ne relève pas de l'appréciation de l'acheteur mais du pouvoir réglementaire. Les acheteurs seront autorisés par décret à recourir à ce type de procédures pour certains marchés le justifiant. Cet article va également étendre l'accès des TPE et PME aux marchés publics globaux « *Le marché global prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions prévues par voie réglementaire* ».
- **L'article 132** complète la deuxième partie du Code de la commande publique par l'ajout d'un Livre VII « Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles » prévoyant qu'en présence de telles circonstances « exceptionnelles » un décret pourra prévoir l'application de tout ou partie des mesures de ce nouveau chapitre (Art. L 2711-1 à L 2711-8 du CCP). Ce nouveau chapitre reprend les dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 comme, l'aménagement des modalités pratiques de consultation, le prolongement des contrats par voie de modification ou encore l'absence de sanction en cas de difficultés d'exécution liées aux circonstances exceptionnelles.
- **L'article 133** vient étendre le régime de la modification des contrats publics issu du CCP à l'ensemble des « *contrats de la commande publique énoncés à l'article L. 2 du code de la commande publique pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1er avril 2016* »
- **L'article 140** dispense les marchés de services juridiques de représentation et les services de consultation juridiques de toute publicité et mise en concurrence en les incorporant au livre V du CCP en tant qu' « autres marchés ».
- **L'article 141** ouvre la possibilité à un acheteur de réserver « *un même marché ou un même lot d'un marché* ***à la fois*** *aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-12 (entreprises adaptées) et à ceux qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-13 (Structures d'Insertion par l'Activité Economique)* »
- **L'article 142** prévoit que tous les marchés de travaux, dont le montant est inférieur à 100 000 € HT, peuvent ne pas faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence.
- **L'article 143** créé un nouveau type de marché public global sectoriel, au sens de l'article L.2171-4. 5° permettant de de confier à un même opérateur économique « *La conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'Etat, hors bâtiments* ».

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Une nouvelle fonctionnalité de messagerie pour Chorus Pro

Les problèmes de facturation / paiement d'un marché public peuvent impacter la bonne relation entre donneurs d'ordres et entreprises (y compris sous-traitants). Les préjudices induits sont portés tant par les entreprises (problématiques de trésorerie) que par les donneurs d'ordres (impacts sur l'exécution technique du marché)

Pour répondre à ces difficultés, Chorus Pro (Plateforme de facturation électronique dématérialisée) a développé la fonction « mes messages » afin de favoriser les échanges entre les différents acteurs de l'exécution financière des marchés.

L'atténuation de l'importance de la clause exorbitante du droit commun dans la définition des contrats administratifs

Afin de déterminer si un contrat est administratif, le juge recherche si le contrat peut être qualifié d'administratif par détermination de la loi. Ensuite, en cas de réponse négative, le juge est alors conduit à examiner le contrat au regard de critères dégagés par la jurisprudence (Conseil d'Etat, 31 juillet 1912, n° 30701, Société des granits porphyroïdes des Vosges : *La juridiction administrative n'est pas compétente pour des contrats ne comportant pas de clause exorbitante)*. Ainsi, il examine si une clause exorbitante permet de qualifier le contrat, dont au moins une personne publique est signataire, de contrat « administratif ».

Le Tribunal des Conflits, dans sa *décision rendue le 2 novembre 2020, (n°C4196), société Eveha* vient rappeler, qu'un contrat passé entre une personne publique et une personne privée qui comporte une clause exorbitante « *implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs, est un contrat administratif* ».

Cependant, il vient considérablement atténuer ce principe, en décidant que le contrat litigieux, **même s'il contient une clause exorbitante du droit commun** (ex: pouvoir de résiliation unilatérale du contrat pour motif d'intérêt général)», **ne saurait être considéré comme un contrat administratif « *dès lors que les prérogatives en cause sont reconnues à la personne privée contractante et non à la personne publique.***

Critère prix : Additionner les prix d'un BPU est une pratique irrégulière

Pour calculer la notation du critère prix d'un accord-cadre à bons de commande, sans minimum ni maximum l'acheteur avait décidé de prendre en compte le montant résultant de l'addition des 9 prix figurant au Bordereau des Prix Unitaires (BPU), sans avoir établi au préalable un Détail Quantitatif Estimatif. Or, ces neuf prix au BPU faisaient référence à des prestations de services juridiques de différents degrés de complexité.

Le *Conseil d'Etat, dans son arrêt rendu le 13 novembre 2020*, décide d'annuler les procédures de passation, au motif qu'« *eu égard à la diversité des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre et à l'écart très important des prix unitaires proposés par les candidats, cette méthode de notation, qui renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible*, ***était par elle-même de nature à priver de sa portée ce critère et, de ce fait, susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère.*** *Dans ces conditions, la commune a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en retenant une telle méthode de notation du critère du prix* ».

La clarification de l'application du principe d'imprévision aux marchés publics pendant la crise sanitaire

Dans une question écrite (n°15794) du 07/05/20, il était demandé au Gouvernement de se prononcer sur l'application du régime d'indemnisation des « concessionnaires », visé à l'article 6. 6° de l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020, aux titulaires de marchés publics.

Cette indemnisation destinée à compenser les surcoûts non prévus au contrat initial, principalement liés aux mesures de protection sanitaire à mettre en œuvre sur chantier ou sur site, fait application du principe de l'imprévision.

Le Ministère de l'économie, des finances et de la relance, *dans une réponse du 24/12/20*, vient préciser que « Cette mesure permet d'insister sur la situation spécifique des concessionnaires, qui, assumant le risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, subissent de manière plus directe l'arrêt ou les fortes baisses d'exploitation liée à l'épidémie de Covid-19. **Les titulaires de contrats de concession et de marchés publics continuent par ailleurs de bénéficier de la théorie de l'imprévision, sans qu'il soit besoin de l'autoriser dans un texte législatif ou réglementaire spécial**. »

Le Ministère va plus loin dans l'application de ce principe pour le marchés de l'Etat en déclarant que « dans une circulaire du 9 juin 2020, adressée aux ministres et secrétaires d'Etat, le Premier ministre incite en outre les services de l'Etat **à aller au-delà de la théorie de l'imprévision et prendre en charge une partie des surcoûts subis par les entreprises titulaires de marchés de travaux en raison de l'épidémie de Covid-19**. »

Un candidat évincé dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat n'a droit à aucune indemnisation

Un candidat évincé demande le remboursement des frais de présentation de son offre.

Le conseil d'état, dans son arrêt du 18/12/20 rappelle le principe selon lequel « Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction

irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. ».

Un référentiel national d'archivage des documents issus des marchés publics

Ce document intitulé « Cycle de vie des documents issus des marchés publics » a pour objectif de constituer un socle commun pour les acheteurs publics, archivistes et autres personnes devant exercer un contrôle scientifique ou technique sur les archives publiques .

A titre d'exemple, il va définir la Durée d'Utilité Administrative (DUA) (correspond à la durée de conservation des documents) de différents documents. Par exemple, la DUA est de 5 ans, à compter de la notification du marché, pour les documents de « sourcing », le DCE, les analyses et documents utilisés lors de l'attribution. Les documents permettant la gestion administrative et l'exécution financière d'un marché public ont eux une DUA de 10 ans à compter de la fin d'exécution du marché.

A l'issue de cette DUA les documents se voient appliquer « *un sort final* ». Les documents susceptibles de revêtir un intérêt pour la documentation historique de la recherche seront conservés. Tandis que les autres documents sont éliminés. Cette élimination ne peut se faire qu'après obtention du autorisation de la personne en charge du contrôle scientifique et technique.

L'absence d'autonomie commerciale entre deux opérateurs économiques emporte une identité morale

Un candidat évincé demande l'annulation de la procédure de passation d'un accord-cadre multi-attributaire au motif que deux des attributaires sont des membres d'un même groupe alors qu'il était interdit à un même candidat de présenter plusieurs offres pour un même lot.

Le Conseil d'Etat dans son arrêt rendu le 08/12/2020 précise que *« si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot ».*

Il poursuit en expliquant que « *les offres litigieuses des sociétés (...) émanaient de deux sociétés filiales d'un même groupe et, d'autre part, qu'elles étaient identiques et ne pouvaient être considérées comme des offres distinctes présentées par des opérateurs économiques manifestant leur autonomie commerciale, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, (...), n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la métropole devait être regardée comme ayant retenu, pour le même lot, deux offres présentées par un même soumissionnaire».*

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

L'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées

Issu de la *loi n°2020-105 du 10 février 2020 (Art 58)* relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, le *décret n° 2021-254 du 9 mars 2021* va, en six articles, orchestrer le verdissement de la commande publique. Ce décret, reste somme toute, assez classique tant il prévoit un champ d'application, une autorité de contrôle et un bilan.

N.B. Cette loi, dite « AGEC », a fait l'objet d'un premier article dans *notre note de veille réglementaire de septembre 2020*,

Articles 1, 2 et 5 : Le champ d'application

Pour renforcer la prise en compte de la performance environnementale des produits par la commande publique, le décret fixe, dès ses deux premiers articles (et son annexe reproduite ci-après), la liste des produits et, pour chacun d'eux, la part minimale des achats publics qui doit être issue des filières du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage.

Article 3 : L'autorité de contrôle

Le décret désigne, en son article 3, *l'Observatoire Economique de la Commande Publique* comme étant l'autorité de contrôle auprès de laquelle les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de l'Etat et des collectivités territoriales devront déclarer « la part de leur dépense annuelle consacrée à l'achat » des produits visés par l'annexe du décret.

Articles 4 : Le bilan et les responsabilités

L'article 4 prévoit un premier bilan d'exécution « au plus tard le 31 décembre 2022 » quant à la mise en œuvre des dispositions du présent décret « *au regard de leur impact sur l'environnement, sur l'évolution des pratiques des acheteurs et des fournisseurs en matière de commande publique et sur la situation économique des différentes filières productrices des biens mentionnés en annexe* ».

A l'issue de ce bilan, qui sera rendu public, « l'opportunité d'une évolution de la liste des produits ou des catégories de produits et des proportions minimales fixés en annexe du présent décret » sera étudiée. Peut-on imaginer que cette obligation soit étendue aux marchés de travaux ? L'impact serait, dans ce cas, certainement sensiblement supérieur.

L'article 6 et dernier du décret, désigne les ministres se partageant les responsabilités quant à la bonne exécution du décret.

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Annexe : Liste des produits et catégories de produits pour lesquels sont fixées des proportions minimales de montant annuel d'achat de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées.

Code CPV Règlement (CE) 213/2008	Produits ou catégories de produits	% issu du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées	dont % issu du réemploi ou de la réutilisation
18000000-9	Vêtements, articles chaussants,	20	20
18100000-0	Vêtements professionnels, vêtements de travail spéciaux et accessoires		
19231000-4	Linge		
19000000-6	Produits en cuir et textiles, matériaux en plastique et en caoutchouc		
39500000-7	Articles textiles		
18937000-6	Sacs d'emballage	20	10
22000000-0	Imprimés et produits connexes	40	0
22100000-1	Livres, brochures et dépliants imprimés		
22800000-8	Registres, livres comptables, classeurs, formulaires et autres		
30192700-8	Papeterie et autres articles		
30000000-9	Machines, matériel et fourniture informatique et de bureau, excepté les meubles et logiciels	20	20
30231100-8	Terminaux informatiques		
30213100-6	Ordinateurs portables		
30213300-8	Ordinateur de bureau		
30237200-1	Accessoires informatiques		
30120000-6	Photocopieurs et matériel d'impression offset	20	20
30125000-1	Pièces et accessoires de photocopieurs		
30125100-2	Cartouches de toner	20	20
30192113-6	Cartouches d'encre		
30192000-1	Fournitures de bureau	20	0
30197630-1	Papier d'impression	40	0
30197643-5	Papier pour photocopie		
32250000-0	Téléphones mobiles, Téléphones fixes	20	20
34000000-7	Équipement de transport et produits auxiliaires pour le transport	20	0
34100000-8	Véhicules à moteur		
34210000-2	Carrosseries de véhicules		
34370000-1	Sièges pour véhicules à moteur		
34430000-0	Bicyclettes (y compris électriques et autres de la famille cycle)	20	20
37300000-1	Jeux, jouets	20	5
39110000-6	Sièges, chaises et articles assimilés, et pièces connexes	20	20
39120000-9	Tables, armoires, bureaux et bibliothèques		
34928400-2	Mobilier urbain	20	5
39221110-1	Vaisselle	20	10
39225700-2	Bouteilles, bocaux et flacons		
39700000-9	Appareils ménagers	20	20
44211000-2	Bâtiments préfabriqués	20	20
44211100-3	Bâtiments modulaires préfabriqués		

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

ANDALOUSIE : L'Andalousie approuve un décret-loi pour rationaliser et dynamiser la gestion des fonds européens

Le règlement établit des mesures de simplification pour faciliter la mise en œuvre et le contrôle des projets financés avec Next Generation.

Les objectifs poursuivis sont la simplification des réglementations ainsi que la rationalisation des procédures de programmation, de budgétisation, de gestion, de mise en œuvre et de contrôle des initiatives. L'optimisation et la rationalisation des ressources de l'administration, pour accroître son efficacité, sont également portés par ce décret-loi.

Entre autres leviers pour atteindre les objectifs, le développement de la dématérialisation et de l'usage de solutions digitales, pour favoriser la bonne exécution et le pilotage des projets lancés.

ARAGON : La loi de simplification administrative admet expressément l'utilisation de la technologie des registres distribués dans les procédures de passation de marchés

La loi de simplification administrative adoptée dans la Communauté autonome d'Aragon a expressément prévu la possibilité d'utiliser "*...des systèmes de registre électronique distribué, ayant une pleine validité juridique, pour effectuer des procédures administratives automatisées conformément aux réglementations de base de l'État et, en particulier, dans toute procédure de passation de marchés publics*".

Selon cette règle, "*un système d'enregistrement électronique distribué est considéré comme celui qui permet le stockage d'informations, ou leur représentation numérique par empreinte électronique, de façon permanente, simultanée et successive dans une base de données distribuée, de sorte que l'immuabilité de ces informations est garantie et que le contrôle de leur intégrité est autorisé", et peut être utilisé "pour assurer la fourniture, l'accréditation et l'intégrité des données et des documents dans tout dossier, procédure ou enregistrement*".

Espagne : Les marchés publics dans le plan de numérisation des administrations publiques

Le président du gouvernement a rendu public le plan de numérisation des administrations publiques. S'inscrivant dans le cadre de l'Agenda numérique 2025 de l'Espagne, présenté en juillet 2020, et du Plan de redressement, de transformation et de résilience, en tant que composante de la modernisation des administrations publiques, il dispose d'un budget de 2 600 millions d'euros pour les trois prochaines années.

Le plan de numérisation des administrations publiques vise à transformer numériquement l'administration grâce à des initiatives transversales pour le déploiement de services publics efficaces, sûrs et conviviaux et pour la généralisation de l'accès aux technologies émergentes.

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Entrée en vigueur de la révision de la Loi sur les marchés publics

Le 30 mars 2012, la Suisse a signé l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics. Afin de mettre en œuvre l'accord, le Conseil fédéral a adopté, le 15 février 2017, un projet de révision intégrale de la Loi fédérale sur les marchés publics (P-LMP) qui fût approuvé le 21 juin 2019 (nLMP). Le délai pour le référendum facultatif était fixé au 10 octobre 2019, et n'a pas été utilisé. Le texte de l'Ordonnance sur les marchés publics révisée (nOMP) a quant à lui été approuvé le 12 février 2020. *La nLMP* est entrée en vigueur le **1er janvier 2021**, voici ses principaux apports :

Le régime de protection des travailleurs à appliquer : Dans un Etat fédéral, la question se posait de savoir quel régime de protection appliquer, celui du lieu de la prestation ou celui du lieu d'origine du prestataire de services (potentiellement différents). Le Parlement s'est prononcé en faveur du principe du lieu de la prestation, il faut donc toujours respecter les réglementations en matière de santé et de sécurité au travail et les conditions de travail sur le lieu d'exécution de la prestation. Cette décision renforce le pouvoir du fédéralisme aux dépends de la construction d'un marché unique.

L'analyse du critère prix : Les entreprises étrangères qui bénéficient de coûts de production réduits ne devraient pas en profiter dans les procédures de passation des marchés en Suisse. Désormais, c'est donc l'offre « *la plus avantageuse* » qui remporte le marché (art. 41 nLMP), et non plus l'offre « *économiquement la plus avantageuse* » comme auparavant (art. 41 al. 1 P-LMP). Avec cette formulation, un subtil changement de paradigme en droit des marchés publics est réalisé.

L'importance d'effectuer **une évaluation globale,** en tenant compte en priorité des aspects qualitatifs, sans favoriser le prix critère, est soulignée. L'Acheteur Public est invité à contrôlé la qualité des biens et services qui lui sont proposés, et à tenir compte de leur caractère « durable », ou « innovant ». La « plausibilité de l'offre » et la « fiabilité du prix » (l'art. 29 al. 1 P-LMP) doivent être contrôlées et les offres anormalement basses vérifiées (art. 38 al. 3 P-LMP).

Langue applicable : La loi, en son article 48, prévoit que les marchés de construction doivent être mis au concours et adjugés dans la langue officielle du lieu où la construction est prévue et dans au moins une autre langue officielle. S'agissant des fournitures et des services, les appels d'offres et les adjudications doivent se faire dans au moins deux langues officielles. Enfin, cette disposition précise également que les communications des soumissionnaires sont autorisées dans toutes les langues officielles.

Négocier, oui mais pas uniquement le prix : La possibilité de mener des négociations portant uniquement sur le prix est abandonnée dans la LMP révisée (Art 39). Décision notamment prise pour harmoniser le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons.

NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

La cour des comptes belge annule un marché public

La société Actiris (équivalent de notre Pôle Emploi) a conclu un contrat de près d'un million d'euros ayant pour objet une mission de consultance prospective relative au marché de l'emploi sans accord préalable de son comité de gestion et sans mise en concurrence.

La société Actiris, se défend en invoquant que cette prestation était une initiative unique et serait, selon elle, liée à de la recherche et développement.

La cour des comptes, considérant l'objet de la convention "difficilement appréhendable", ajoute que "l'absence de précision et de répartition des prestations dans le coût total rend complexe l'évaluation des services effectués et l'exécution du contrat par le prestataire". Bien que présenté par Actiris comme un contrat relatif à des prestations de recherche et développement, la Cour considère quant à elle qu'il s'agit d'un marché de service public. **Une mise en concurrence était dès lors requise.**