



NOTE
DE VEILLE
REGLEMENTAIRE

Juin 2023

/ RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

CKS Public

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Précisions sur les obligations de la personne publique en cas de recours à un contrat de substitution (Conseil d'Etat, 5 avril 2023, n° 463554, Ministre des armées c/ Société Iveco France)

En l'espèce, la société Iveco France était titulaire d'un marché portant sur « l'acquisition de véhicules de dégivrages et d'antigivrages pour aéronefs » au bénéfice d'une structure rattachée au ministère de la défense (SIMMAD). La société IVECO n'a pas pu réaliser le marché. Le pouvoir adjudicateur (la SIMMAD) a résilié le marché aux torts de la société et a organisé un marché de substitution avec une autre société, en prenant le soin d'informer la société IVECO.

Devant le juge administratif, la société IVECO conteste qu'elle n'a pas été en mesure de suivre l'exécution du marché de substitution et par conséquent que le surcoût engrangé par le marché n'a pas à lui être imputé (près de 2 millions d'euros). La société IVECO considère que :

- La notification du marché de substitution ne permet pas à elle seule de suivre l'exécution du marché et de vérifier que les surcoûts qui seront mis à sa charge sont justifiés et raisonnables
- L'attribution du marché de substitution a été passé en contradiction avec le principe d'égalité entre les candidats.

Le Conseil d'Etat précise deux points importants :

- Sur l'initiative de la communication des pièces relatives aux prestations et à leur montant. Bien que l'administration ait une obligation de notification du marché de substitution au titulaire du marché résilié, les pièces justificatives (décomptes d'exécution) ne seront fournies à l'ancien titulaire qu'en cas de demande de sa part.
- Sur la rupture d'égalité entre les candidats dans un marché de substitution. Le cocontractant défaillant ne peut pas invoquer une telle faute lorsqu'il conteste devant le juge le montant du marché de substitution.

<https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2023-04-05/463554>

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Limitation dans l'analyse du caractère excessif des pénalités dans un groupement solidaire : Conseil d'État, 12 avril 2023, n°461576, Société Art et Build Architectes c/ les Hôpitaux civils de Colmar

En l'espèce, les Hôpitaux civils de Colmar ont signé un acte d'engagement qui confie le marché de maîtrise d'œuvre portant sur la construction d'un pôle « femme-mère-enfant » et d'un bâtiment médicotechnique à un groupement momentané d'entreprises solidaires. Ce groupement est composé de quatre sociétés, dont la société Art et Build Architectes qui est le mandataire du groupement. Les relations avec le mandataire se sont tendues à tel point que la société perd son statut de mandataire et se voit attribuer des pénalités de retard.

Le mandataire conteste devant la juridiction administrative le refus de paiement du solde de décompte de résiliation du marché conclu et demande la modération des pénalités reçues. En appel, le juge administratif prend en compte la totalité du montant du marché pour apprécier le caractère excessif des pénalités mises à la charge de la société Art et Build, qui se pourvoit en cassation.

Le Conseil d'Etat revoit cette lecture.

Il considère qu'en présence d'une convention signée entre le pouvoir adjudicateur et les membres du groupement qui fixe respectivement la part d'exécution de la prestation revenant à chaque membre, l'appréciation du caractère excessif des pénalités infligées s'analyse au regard du montant des prestations attribuées strictement au membre qui les conteste.

Commentaire : Il est assez sécurisant pour les parties au contrat que l'analyse du caractère excessif du montant des pénalités soit réduite au seul montant applicable au membre qui en conteste le montant. Ce dernier ne pourra pas relever les pénalités appliquées à un autre membre du groupement pour justifier de leur caractère excessif, et le pouvoir adjudicateur ne pourra pas indûment pénaliser l'exécution des prestations du membre concerné, en appliquant des pénalités qui excèderaient sa marge d'exploitation.

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000047439235?isSuggest=true>

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Validité du rejet d'une offre dont le montant est inférieur au montant maximum de l'accord-cadre à bons de commande (CAA de PARIS, 18 avril 2023, n°21PA02213)

En l'espèce, la ville de Paris a lancé une consultation pour la conclusion d'un accord cadre à bons de commande, pour deux ans, portant sur la fourniture et la maintenance de corbeilles de rues compactantes à énergie solaire. La consultation est lancée par un appel d'offres ouvert, avec un montant minimum d'un million d'euros et un montant maximum de 3 500 000 euros HT. Le marché est attribué à un groupement. Il est notifié à la société Actor France le rejet de sa candidature, classée comme inacceptable car elle excédait les crédits budgétaires alloués au marché (l'offre étant établie à 2 784 095 euros HT). La société évincée Actor France conteste la décision de rejet devant le tribunal administratif, qui rejette sa demande. Elle fait appel de la décision.

La CAA rejette la demande de la société Actor France. Les juges ont considéré qu'à la lecture d'une fiche stratégie d'achat produite avant la procédure d'appel d'offres, allouant un budget à l'accord-cadre d'un maximum 2 500 000 euros HT, l'offre de la société Actor excédait le montant alloué du marché. Selon la juridiction d'appel, l'acheteur n'est pas tenu d'attribuer la totalité des crédits budgétaires au montant maximum de l'accord-cadre.

Commentaire : Cette décision interpelle (doux euphémisme)

Il semble désormais pouvoir être possible de se référer à des documents portant sur le budget alloué pour justifier le refus d'une offre faite en-deçà du montant maximum de l'accord-cadre. En d'autres termes, le montant maximum du marché (ici 3 500 000 euros) peut être supérieur aux crédits budgétaires alloués (ici 2 500 000 euros) !???

Rappelons l'obligation de communication d'un montant estimé, d'une quantité estimée (DQE) ou d'un montant maximum pour permettre aux entreprises d'apprécier l'opportunité de concourir ... La décision prise par la CAA de Paris est donc orthogonale au principe qui préside à l'obligation de communication ...

N.b.

L'obligation de mention d'un montant maximum fait l'objet d'un arrêt de la CJUE du 17 juin 2021 *Simonsen & Weel A/S* (aff. C-23/20) et d'une transposition en droit interne via le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021

L'obligation d'estimer sincèrement le montant d'un marché et d'allouer des crédits budgétaires est notamment exprimée par l'article L. 2152-3 du Code de la commande publique

https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000047471314?init=true&page=1&query=21PA02213&searchField=ALL&tab_selection=all#:~:text=Au%20titre%20de%20tels%20manquements,l'appr%C3%A9ciation%20des%20autres%20offres.

*Atténuation de la portée d'une absence de clause de révision de prix
: Tribunal administratif de Rennes, 14 avril 2023, n°2301645*

En l'espèce, l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (IFREMER) a lancé un dialogue compétitif portant sur un marché de construction d'un navire de recherche. La société Freire remporte le marché. Deux candidates évincées, les sociétés Chantiers Piriou et Mauric (en GME) contestent cette décision d'attribution par le biais d'un référé.

Il était mis en avant par les sociétés que le marché ne respectait pas l'article R. 2123-14 du Code de la commande publique : il ne comportait pas de clause de révision de prix, alors que sa durée d'exécution était supérieure à trois mois ; les fournitures et matières premières utilisées avaient un prix qui était directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux.

Le juge administratif reconnaît que le marché en cause aurait dû mentionner une clause de révision de prix, et que ce manquement constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du pouvoir adjudicateur. Toutefois, les sociétés ne sont pas en mesure de justifier que ce manquement les aurait lésés et aurait rendu particulièrement difficile la production d'une offre. Par conséquent, la requête des sociétés Chantiers Piriou et Mauric est rejetée.

Commentaire : Ces nombreuses jurisprudences, assises sur le principe d'une nécessaire démonstration que le candidat est lésé pour répondre favorablement à son recours :

- Sont justifiées lorsque l'erreur commise par le pouvoir adjudicateur est légère et ne contrarie pas les principes d'égalité de traitement, de liberté d'accès et de transparence (semble-t-il, le cas ici). Elles permettent certainement de limiter le nombre des recours intentés pour tout et pour rien.
- Sont certainement « excessives » et inadaptées lorsqu'elles sont relatives à des procédures entachées d'erreurs grossières. Valider une procédure biscornue, sous prétexte qu'untel ou untel n'a pas été lésé, n'est pas rendre service aux acheteurs publics tant la confiance avec les citoyens et entreprises peut être abîmée par ce type de décision.

<https://justice.pappers.fr/decision/efcb71fc869bbd0e045edf5dbe485649>

Approbation par le Conseil des Ministres d'un avant-projet de loi afin de promouvoir l'accès aux PME et aux TPE aux procédures de marchés publics.

Cet avant-projet de loi, présenté le 28 avril dernier est porté par deux ministres et le Premier Ministre. Il s'inscrit dans une politique de stimulation de l'accès des PME aux marchés publics initiée depuis 2021.

Plusieurs mesures sont mises en place :

- Facilitation du versement des avances : Les avances sont autorisées à hauteur de 20% du montant initial du marché et limité à un plafond de 225 000 euros. Cependant, elles deviennent obligatoires lorsque le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative et que le titulaire du marché est une PME à hauteur de 5% du montant initial du marché ou à 10% ou 20% lorsque le titulaire est une petite ou une micro-entreprise.
- Une indemnité de soumission est octroyée pour les soumissionnaires qui fournissent un effort intellectuel ou créatif pour présenter une offre pour un marché. Cette indemnité est versée si l'effort visé est prévu par la procédure, et sera obligatoire dès que le pouvoir adjudicateur exigera des échantillons, maquettes, et toute conception graphique dans une plus large mesure.
- Communication, dans certaines situations, par le pouvoir adjudicateur de la place du candidat dans le classement provisoire dès l'ouverture des offres (avant négociation ou notification). Cette amélioration de la transparence permet aux opérateurs économiques d'établir leur planning avec plus de facilité.
- Application, dans les concours, du principe *only once* (« dites-le nous une fois ») pour les données transmises.

L'avant-projet de loi viendra modifier la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Il a été transmis pour avis au Conseil d'Etat.

<https://news.belgium.be/fr/amelioration-de-laces-des-pme-aux-marches-publics>

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Approbation par le Conseil des ministres d'un projet d'arrêté royal portant sur la gouvernance des marchés publics et concessions.

Déjà évoquée dans la veille réglementaire de mars (« Parution au Moniteur belge de la loi portant sur la gouvernance dans les marchés publics [2023/200862] » page 8), la gouvernance des marchés publics et des concessions fait l'objet d'un nouveau projet d'ajout réglementaire en date du 12 mai dernier.

Cet arrêté vise, entre autres, plusieurs dispositions intéressantes pour les acheteurs :

- Dans une volonté d'analyser de façon plus efficace la participation des PME aux marchés publics, l'arrêté impose de nouvelles adaptations techniques. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit disposer du nom ou de la raison sociale et du numéro d'identification (équivalent du SIREN) des soumissionnaires et de les indiquer dans le procès-verbal d'ouverture des offres. De façon plus générale, les informations reprises dans l'avis d'attribution de marché, même s'il est simplifié, doivent être présentes dans le procès-verbal d'ouverture des offres.
- Il revient aussi au pouvoir adjudicateur de transmettre les données qui doivent être mentionnées au sein de ce procès-verbal d'ouverture des offres au SPF BOSA.
- Concernant l'avis d'attribution de marché, il doit être complété la valeur de l'offre retenue, concomitamment à la valeur de l'offre la moins élevée et de l'offre la plus élevée.

Le projet a été transmis pour avis au Conseil d'Etat.

<https://news.belgium.be/fr/conseil-des-ministres-du-12-mai-2023>



Modification de la LCSP (Loi 9/2017 du 8 novembre portant sur les contrats du secteur public)

La loi 11/23 du 8 mai 2023 portant sur la transposition de certaines directives de l'Union Européenne dans le droit national espagnol a apporté, entre autres, quelques modifications à la loi sur les contrats du secteur public.

- Sur les interdictions de contracter (article 71 de la LCSP), il est ajouté des hypothèses au 1.b). Ainsi, il est interdit de contracter lorsque l'entreprise candidate a :
 - Fait l'objet d'une condamnation pour infraction grave en application de la loi 2/2023 du 20 février 2023 relative à la protection des lanceurs d'alerte.
 - Fait l'objet d'une condamnation pour infraction grave ou très grave en application de la loi 4/2023 du 28 février 2023 pour l'égalité réelle et effective des personnes transgenres et pour garantir les droits des personnes LGBTI.
- Sur la révision des prix (article 103 de la LCSP), deux modifications aux sections 2 et 5 sont apportées.
 - En dehors de certains marchés spécifiques (travaux / fournitures d'armes / équipements pour les administrations publiques / fournitures d'énergie), une révision de prix peut être autorisée si la part des matières premières, des biens intermédiaires et de l'énergie à utiliser excède 20% du budget attaché au marché
 - Réduction du délai de deux à un an pendant lequel la révision du prix est exclue (hypothèse exclue pour les contrats de fournitures d'énergie). Ainsi, il faudra qu'au moins 20% du montant du contrat ait été exécuté et qu'un an se soit écoulé depuis sa notification, pour appliquer une révision du prix. En présence d'un contrat de concession de services, la condition relative au pourcentage n'est pas exigée pour réaliser une révision périodique et prédéterminée.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

Nouveau Code des marchés publics en Italie

Par décret en date du 31 mars 2023 (36/2023), l'Italie s'est dotée un nouveau Code des marchés publics. Ce décret a été approuvé par le Conseil des ministres, sur proposition du ministre des Infrastructures et des Transports et la Présidente du Conseil des ministres.

Le Code est entré en vigueur au 1^{er} avril 2023, mais ses dispositions quant à elles prendront effet le 1^{er} juillet 2023 (article 229). Une période transitoire est prévue jusqu'en décembre 2023. Le Code est décomposé en cinq livres et de plusieurs annexes.

Que faut-il retenir de cette parution (très intéressante) ?

Tout d'abord, l'accent est porté sur la **numérisation des marchés publics**. Il est ainsi prévu la création d'un *écosystème national numérique pour la passation et l'exécution des marchés* (e-procurement). Ainsi, la publication et la transmission des données et documents de marchés se feront par le biais d'une base de données nationale des marchés publics (article 22 du Code des marchés publics). Fait partie de cet écosystème digital des achats le dossier virtuel de l'opérateur économique (FVOE, *Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico*, obligatoire depuis 2022), qui rassemble les documents nécessaires pour démontrer que l'opérateur économique est en mesure de répondre aux exigences de participation aux procédures de passation des marchés publics (article 24 du Code). Enfin, le décret met en valeur l'utilisation des procédures automatisées tout au long de la vie du contrat, en mentionnant l'usage de l'intelligence artificielle et des technologies de registre distribués (*Distributed Ledger Technologies*) (article 30).

Il est mis en avant la **pérennisation de l'utilisation de la méthodologie BIM** à l'article 43 du Code (nous avons évoqué le cas de l'Espagne en mars dernier à ce propos) comme un véritable outil de gestion du marché. Dès le 1^{er} janvier 2025, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices seront soumis à l'obligation d'adoption du BIM, notamment en présence d'un marché dont le montant est supérieur à un million d'euros visant à la conception et la construction de bâtiments nouveaux ou existants (des précisions sont données dans l'annexe I.9 du Code des marchés publics).

Par ailleurs il est mis **fin à l'interdiction de la sous-traitance en cascade**. Auparavant interdite de façon absolue, la sous-traitance est aujourd'hui soumise à des conditions d'applications, pour la plupart à la charge du pouvoir adjudicateur (article 119).

Enfin, les seuils **d'attribution des marchés ont été relevés**. C'est notamment le cas pour les marchés de gré à gré, qui peuvent être conclus en-dessous d'un montant total de 150 000 euros pour les marchés de travaux et 140 000 euros pour les marchés de fournitures et de services (article 50). Les seuils sont aussi relevés pour les procédures négociées sans appel d'offres.

<https://www.codicecontrattipubblici.com/nuovo-codice-contratti-pubblici-2023/>

Union Européenne : La DAJ publie une fiche technique sur les outils permettant d'écartier les offres des pays tiers en matière de commande publique

Evoquée dans notre précédente veille réglementaire et juridique (« Publication de lignes directrices visant à faciliter l'application du règlement IMPI par les pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et opérateurs économiques (2023/C 64/04) », page 11), c'est maintenant au tour de la DAJ de préciser l'application du règlement européen 2022/1031 « Instrument relatif aux marchés publics internationaux » (IMPI) du 23 juin 2022.

Pour rappel, le règlement IMPI s'inscrit dans une politique de réciprocité. Il a pour objectif de faciliter l'accès des opérateurs économiques des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union Européenne, tout en restreignant l'accès aux marchés dès lors que les pays tiers en cause discriminent les opérateurs économiques de l'Union qui souhaiteraient accéder à leurs marchés.



A travers ce règlement, l'Union Européenne souhaite atteindre une situation de *level playing field*, terme économique faisant référence à une situation dans laquelle les entités économiques ont la même chance de réussir, avec les mêmes avantages et désavantages.

Il faut retenir que :

- La fiche mentionne les catégories de pays tiers concernés par les dispositifs du règlement. En fonction des catégories mentionnées, les acheteurs auront des obligations plus ou moins étendues. Il est distingué trois catégories de pays tiers à l'UE :
 - Les États membres de l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont à traiter comme des États membres de l'UE. Ces Etats (EEE) ne sont pas à assimiler à des pays tiers. Les entreprises de ces pays doivent donc être traitées comme des entreprises européennes.
 - Les pays tiers signataires, soit des pays tiers parties à un accord comportant des engagements d'ouverture des marchés publics conclus avec l'UE (Accord sur les marchés publics dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ; accord bilatéral avec l'UE avec des engagements d'ouverture des marchés publics).
 - Les pays tiers non-signataires, soit des pays tiers non parties ou ne bénéficiant pas d'un accord comportant des engagements d'ouverture des marchés publics conclus avec l'UE. Ces pays peuvent donc se voir appliquer les dispositifs du règlement européen transcrits dans le Code de la commande publique.



Union Européenne : La DAJ publie une fiche technique sur les outils permettant d'écartier les offres des pays tiers en matière de commande publique

Pour mettre en œuvre cet article, l'acheteur est soumis à différentes conditions et doit faire preuve de vigilance à certains égards selon la DAJ :

- ✓ L'acheteur doit informer les opérateurs de son intention d'user de l'article L. 2153-1 et une fois annoncé doit le mettre en œuvre ;
- ✓ Il doit déterminer la nationalité des opérateurs économiques en droit de déposer une offre ;
- ✓ Il doit déterminer l'origine des travaux / fournitures / services de son marché. Une fois cette détermination faite, aucune dérogation n'est possible ;
- ✓ Il doit renseigner la mention « marché soumis à l'AMP » dans l'avis d'appel à la concurrence (case à cocher) ;
- ✓ L'acheteur doit anticiper et mentionner dans le règlement de consultation les renseignements sur l'origine que les opérateurs économiques doivent fournir dans le cadre de leur offre ;
- ✓ Il doit prévoir une clause d'exécution relative au maintien de cette origine avec un dispositif de contrôle et de sanction.

➤ Enfin, il faut retenir que le règlement précise les modalités d'application de l'article L.2112-4 du Code de la commande publique. Cet article permet à l'acheteur d'imposer que les moyens utilisés pour l'exécution du marché soient localisés sur le territoire des Etats membres l'Union Européenne.

- La DAJ souligne que seuls les moyens et non les caractéristiques du titulaire du marché (ex : le siège social) peuvent faire l'objet de telles contraintes imposées par l'acheteur.
- La disposition est applicable de façon extensive aux marchés classiques, mais aussi à ceux passés dans le domaine de la santé.

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/FT-29bis-050523.pdf?v=1683293354

La Commission européenne annonce la création d'un espace de données sur les marchés publics

Publiée au JOUE en mars dernier, la commission européenne veut mettre en œuvre un espace de données visant à « améliorer les dépenses publiques, stimuler l'élaboration de politiques fondées sur des données et faciliter l'accès des PME aux appels d'offres ».

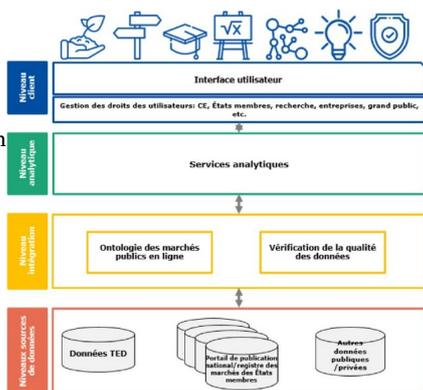
La commission européenne dresse d'abord un constat : au sein de l'Union européenne, l'achat public est une dépenses phare des autorités publiques (250 000 autorités publiques qui dépensent près de 2 000 milliards d'euros). Seulement, 80% des d'appels d'offres passés ont des données qui sont difficilement accessibles.

« [...] les marchés publics sont riches en données, mais pauvres pour ce qui est de les mettre au service des contribuables, des décideurs politiques et des acheteurs publics. »

Or, la création d'un espace de données « ouvertes » présente de multiples avantages :

- Meilleur rapport qualité-prix : les acheteurs pourront s'associer et faire des achats en gros, faire des appels d'offres plus attrayants pour les soumissionnaires ;
- Favoriser la concurrence ;
- Plus d'outils pour s'engager sur des priorités stratégiques, dont l'économie verte et sociale ou encore l'innovation ;
- Plus d'échanges avec les autres acheteurs pour accroître ses connaissances et réaliser des analyses comparatives ;
- Automatisation de certaines tâches permettant des économies substantielles ;
- Les PME disposeront d'un portail plus simple d'utilisation permettant un accès à un grand nombre d'appels d'offres ;
- Meilleure lutte contre les situations de collusion et de corruption ;
- Contribution au respect du principe de transparence quant à l'utilisation des dépenses publiques.

Cet espace de données concerne les montants supérieurs mais aussi inférieurs aux seuils fixés par l'Union Européenne. Ces derniers reposent sur une participation volontaire des Etats membres. Il est donc nécessaire que les Etats membres et les acheteurs collaborent pour rendre cette plateforme dynamique et attractive. L'interface sera ainsi composée de plusieurs niveaux (sources de données, intégration, analytique, client).



Source :
Communication
de la
Commission
publiée au
JOUE

La mise en œuvre du hub de données s'étend jusqu'en 2025.

Ce sera d'abord par le biais d'une connexion avec le portail TED que des données seront transmises au hub de données, puis par les portails publics nationaux.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023XC0316%2802%29&from=EN>