



NOTE DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Mai 2019

/ RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

CKS Public

Publication de trois guides relatifs aux achats publics

La Direction des Achats de l'Etat (DAE) a publié deux guides en mars 2019 :

- Le Guide « Achats informatiques et propriété intellectuelle » qui propose notamment une méthodologie d'aide à la rédaction des clauses de propriété intellectuelle, des outils pratiques et des points de vigilance.
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_PII_web.pdf
- Le Guide « Sourcing opérationnel » qui précise les techniques et le cadre d'usage du « Sourcing ».
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_sourcing.pdf

La Banque des Territoires (Caisse des Dépôts) a, quant à elle, publié un guide méthodologique qui présente les marchés de partenariat et la procédure de mise en œuvre de ceux-ci (Articles L.2200-1 à L.2236-1 et R.2200-1 à R.2236-1 du Code de la Commande Publique).

La Banque des Territoires souhaitant évidemment être actrice du financement des projets des collectivités, elle souligne les avantages de cette ingénierie contractuelle sans oublier de présenter les contraintes qui y sont attachées. Le marché de partenariat est présenté comme un outil privilégié pour déployer sur tous les territoires de nouveaux services publics « adaptés, modernes et efficaces ».

<https://www.banquedesterritoires.fr/guide-methodologique-pour-accompagner-la-mise-en-oeuvre-dun-marche-de-partenariat>

Fiches techniques associées à l'entrée en vigueur du nouveau Code de la Commande Publique (CCP)

A l'occasion de l'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 2019 du nouveau Code de la Commande Publique (CCP), la DAJ a publié une fiche de présentation de ce Code.

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/nv-ccp-2018/fiche-DAJ-CCP.pdf

Elle a également mis en ligne les tableaux de concordance avec l'Ordonnance de 2015, le Décret de 2016 et les textes en vigueur de la commande publique :

- Pour la partie législative :
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/nv-ccp-2018/concordance-L-N-A-textes.pdf
- Pour la partie réglementaire :
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/nv-ccp-2018/concordance-R-N-A-textes.pdf

Publication de plusieurs textes en lien avec le Code de la Commande Publique

Les annexes du Code de la Commande Publique ont été publiées au JORF du 31 mars 2019 et sont constituées de seize arrêtés et de cinq avis qui reprennent la teneur de ceux qui avaient été publiés en application des ordonnances et décrets de 2015-2016 tout en actualisant les références aux articles du CCP ou à d'autres textes. Elles sont entrées en vigueur le 1er avril 2019, à la même date que le CCP.

A également été publié le décret n° 2019-259 du 29 mars 2019 portant modification de diverses dispositions codifiées dans la partie réglementaire du CCP au JORF du 31 mars 2019 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 2019).

Il a pour objet de corriger les coquilles résultant de l'exercice de codification ainsi que de réparer quelques oublis. Il reformule également des rédactions ambiguës.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5FAA1C8381781121E17E9CoD20Do7ADD.tplgfr22s_3?cidTexte=JORFTEXT000038318287&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONTO00038318056

Actualité du recensement des marchés publics

Plusieurs textes relatifs au recensement des marchés publics sont parus au journal officiel du 31 mars 2019 :

- Arrêté du 22 mars 2019 relatif au fonctionnement et à la composition de l'observatoire économique de la commande publique (OECB). Celui-ci est élargi aux représentants de certaines branches professionnelles (FNTP, AFNUM, FACIM), aux représentants d'importants acheteurs publics (UGAP, AP-HP) mais aussi au Commissaire Général au Développement Durable.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038318706&categorieLien=id>

- Arrêté du 22 mars 2019 relatif au recensement économique de la commande publique :

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2019/3/22/ECOM1831557A/jo/texte>

- Le guide du recensement économique des contrats de la commande publique prenant en compte le nouveau Code de la Commande Publique (daté du 1er avril 2019, il est applicable aux données 2018 et 2019) :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/formulaires/recense/guiderecensement.pdf



L'appréciation du caractère anormalement bas d'une offre se fait au regard du prix global (CE, 13 mars 2019, n°425191)

Résumé : Le Conseil d'Etat rappelle, dans cet arrêt, que le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie au regard de son prix global.

Dans le cadre d'un marché lancé par une collectivité pour la collecte et l'évacuation des ordures ménagères, un candidat évincé au motif que son offre était anormalement basse a formé un référé précontractuel devant le juge administratif.

La Collectivité avait déclaré l'offre comme étant anormalement basse car la prestation de collecte supplémentaire des ordures produites par certains gros producteurs n'était pas facturée par le candidat.

Le Conseil d'Etat indique que l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix.

Le prix anormalement bas d'une offre doit s'apprécier en effet, au regard de son prix global.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000038228015&fastReqId=338563401&fastPos=13&oldAction=rechJuriAdmin>

Précisions sur la passation des marchés publics globaux de performance (CE, 8 avril 2019, n°426096)

Résumé : En l'espèce, la région Réunion avait lancé une procédure concurrentielle avec négociation relative à la passation d'un marché global de performances portant sur la conception, la réalisation, l'exploitation et la maintenance d'une infrastructure de communication à très haut débit.

Le Conseil d'Etat casse l'ordonnance rendue par le juge des référés en considérant que l'obligation d'allotissement ne s'applique pas aux marchés globaux (marché public global de performance, conception-réalisation et marchés globaux sectoriels).

D'autres précisions sont apportées par la Haute Juridiction :

- Un tel marché ne doit pas obligatoirement porter sur l'intégralité de l'exploitation des équipements réalisés. Il est en effet possible de distinguer l'exploitation technique (avec la maintenance) de l'exploitation commerciale et de ne confier au Titulaire du marché, en plus de l'exploitation technique, qu'une mission d'assistance à l'exploitation commerciale du réseau (l'exploitation pouvant par exemple être réalisée par une régie).
- Les engagements de performance demandés au Titulaire peuvent être liés à des actions de tiers, dès lors que ces performances « dépendent en partie des prestations fournies dans le cadre du marché ».
- Il n'est pas nécessaire de faire intervenir un jury pour désigner le Titulaire d'un marché public global de performance portant sur des infrastructures (la CAO pouvant attribuer le marché).

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038351117&fastReqId=1386514434&fastPos=1>

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Adoption le 2 mai 2019 par les députés du projet de Loi pour la reconstruction de Notre-Dame instaurant un régime d'exception

Résumé : le projet de Loi pour la reconstruction de Notre-Dame a été adopté par les députés en séance publique le 10 mai 2019.

Afin d'être en capacité de tenir le délai de 5 ans fixé par le Président de la République pour la reconstruction des parties de la cathédrale de Paris fortement endommagées par l'incendie du 15 avril, le gouvernement a rédigé un projet de loi qui permettra de déroger au Code de la Commande Publique et aux règles en matière d'urbanisme, de protection de l'environnement et du patrimoine.

Le dernier article du projet de Loi prévoit un certain nombre d'adaptations et de dérogations « *en ce qui concerne la mise en conformité des documents de planification, la délivrance des autorisations de travaux et de construction, les modalités de la participation du public à l'élaboration des décisions et de l'évaluation environnementale, ainsi que l'archéologie préventive ; [et] aux règles en matière de commande publique, de domanialité publique, de voirie et de transport* ».

Par ailleurs, indique l'exposé des motifs du texte, « les règles de compétences contentieuses pourront être adaptées par voie réglementaire. »

Il pourra en outre être créé un établissement public d'Etat ayant pour vocation d'accompagner la conception, la réalisation, mais aussi la coordination des travaux de restauration et de conservation de la cathédrale. Une ordonnance pourra être prise à cette fin dans les six mois après la publication de la Loi.

Les premières réactions face à ce projet de loi sont plutôt mitigées, notamment sur la pertinence de déroger aux règles relatives à la commande publique. Dérogation qui risque de créer un précédent.



Réponse ministérielle sur une meilleure prise en compte des critères sociaux et environnementaux dans les marchés publics

Résumé : un parlementaire a posé la question, en août 2018, de l'évolution possible de la réglementation des marchés publics afin d'y intégrer, au bénéfice des entreprises engagées sur la voie de la responsabilité sociale et environnementale (RSE), davantage de critères sociaux et environnementaux. Dans sa réponse du 11 avril dernier, le Ministre de la Transition Ecologique fait le point sur les différentes mesures prises en la matière.

Il cite dans un premier temps la Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte qui contribue à faire émerger et à déployer des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité, de réemploi des produits et de préparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage.

Par ailleurs, la feuille de route économie circulaire (FREC) publiée en avril 2018 comprend une mesure entière dédiée à l'achat public durable : faire de la commande publique et du dispositif « administration exemplaire » un levier pour déployer l'économie circulaire. Le Gouvernement s'est ainsi engagé sur un certain nombre de mesures telles qu'inciter les administrations à donner les biens (en bon état) dont elles n'ont plus l'usage, fixer à l'État, à ses opérateurs et aux collectivités l'objectif d'utiliser au moins 50 % de papier recyclé à compter du 1^{er} janvier 2022, s'engager dans l'utilisation de téléphones issus du réemploi, etc.

Enfin, le Ministre rappelle qu'il est possible de développer des outils de coût du cycle de vie (approche en coût global ou TCO) qui permettent à l'acheteur de mieux sélectionner l'offre réellement la plus avantageuse. Il s'agit de prendre en compte les coûts supportés directement par l'acheteur (« coûts directs »), que constituent les coûts liés à l'acquisition, à l'utilisation, à la maintenance et à la fin de vie (l'appellation « coût global » est également utilisée), mais aussi les « coûts externes » (notamment externalités environnementales).

<http://www.senat.fr/questions/base/2018/qSEQ180806629.html>

Le chiffre d'affaires prévisionnel ne peut constituer un critère de jugement des offres (CE, 8 avril 2019, n°425373)

Dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession relative à l'exploitation de plages, le RC de la commune prévoyait un critère de jugement des offres lié aux conditions financières proposées. Au nombre des éléments jugés au titre de ce critère figurait l'estimation, faite par les soumissionnaires, du montant du chiffre d'affaires pendant toute la durée de la concession. Chiffre d'affaires sur lequel la Commune perçoit une redevance liée à la concession.

Pour le Conseil d'Etat, « un tel critère, qui repose sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude, n'est pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. Il est dès lors irrégulier. »

Cela étant, le juge considère cependant que ce manquement n'a pas été susceptible de léser le requérant dans la mesure où son offre était inférieure à celle de l'entreprise attributaire sur l'ensemble des critères de choix.

Le Conseil d'Etat rappelle que le juge du référé précontractuel doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence, et non se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres.

Il eut été certainement opportun de définir un taux de redevance variable selon le chiffre d'affaires réellement réalisé par le concessionnaire, un système de pénalités ainsi que des modalités de vérification du chiffres d'affaires déclaré.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000038351116>

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

Une offre qui ne respecte pas les exigences du CCTP doit être déclarée irrégulière (CE, 27 mars 2019, n°426200)

Résumé : Il résulte de cet arrêt que l'acheteur doit éliminer les offres qui ne respectent pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, sauf, le cas échéant, s'il a autorisé leur régularisation (ce qui n'était pas le cas en l'espèce).

Le groupement de coopération sanitaire UniHAa lancé une procédure de passation d'un accord-cadre à bons de commande, comportant douze lots, ayant pour objet la fourniture, l'installation et la mise en service d'équipements de vidéo-chirurgie et de vidéo-endoscopie souple, avec les services associés de maintenance et de formation.

Dans ce cadre, était exigé que les offres de base présentées par les candidats soit faites sur une liste d'« items » finie (i.e. références obligatoires), et notamment comprendre une « source de lumière froide Xénon ». Les offres pouvaient éventuellement être complétées par d'autres « items ».

Le Conseil d'Etat constate que l'attributaire du marché n'a pas respecté ces exigences obligatoires puisque, dans son offre, le matériel proposé contenait uniquement une « source de lumière froide LED ». Il en conclut que l'offre de cette société aurait du être jugée non conforme techniquement et donc déclarée irrégulière.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=D2A7C6DD55F57E122200890438707C67.tplgr33s_3?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000038279168&fastReqId=396895646&fastPos=50

Nette reprise de la commande publique « territoriale » au 1er trimestre 2019

Résumé : selon les derniers chiffres du baromètre de la commande publique de l'Assemblée des communautés de France (AdCF) et de la Banque des territoires, la commande publique (tous acteurs publics confondus) progresse sensiblement au premier trimestre 2019. Et ce, grâce notamment au bloc local (collectivités territoriales).

Après un creux de cinq ans, les dépenses liées à la commande publique retrouvent les niveaux atteints en 2013 (22,2 milliards d'euros sur T1 2019).

Si ces nombres sont à prendre avec beaucoup de précautions, notamment eu égard aux modalités de calcul et de recensement de la commande publique, il est intéressant de noter deux dynamiques :

1. Une accélération forte des achats de services et d'ingénierie
2. Une baisse des travaux neufs et une augmentation des chantiers de rénovation. Le baromètre pointe un regain des interventions sur les voiries et les ouvrages (+ 500 millions d'euros sur le même premier trimestre) ainsi que dans les bâtiments publics (+ 800 millions d'euros). Si l'approche des élections municipales peut expliquer une partie de cette dynamique, l'on aimerait croire que celle-ci soit le fait d'une volonté politique de rénovation du bâti ancien plutôt que d'étalement urbain ...

<https://www.adcf.org/articles-commande-publique-un-premier-trimestre-2019-en-forte-hausse-4663>

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

e-Facturation : nouvelles obligations pour les pouvoirs adjudicateurs belges à partir d'avril 2019

La [loi du 7 avril 2019](#) modifie la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant la loi du 4 mai 2016 relative à la réutilisation des informations du secteur public a été publiée au Moniteur belge du 16 avril 2019.

Cette loi impose aux pouvoirs adjudicateurs de recevoir et traiter les factures électroniques qui leur sont transmises. Les opérateurs économiques seront tenus de transmettre leurs factures, en exécution des marchés publics et des concessions, par voie électronique et, par les forces des choses, les pouvoirs adjudicateurs seront tenus de les accepter sous cette forme. En effet, l'Union Européenne a poussé à une harmonisation de la réglementation afin de supprimer les discriminations administratives qui apparaissent encore sur le terrain entre la facture papier et la facture électronique.

Déploiement en Belgique:

Les premières initiatives structurées s'inscrivent dans le cadre de la transposition de la directive 2010/45/UE, qui a rendu la facture électronique et la facture papier juridiquement équivalentes. A cette occasion, l'Agence pour la Simplification Administrative a lancé le site: <https://efacture.belgium.be>. Le conseil des ministres a lancé en 2013 un projet pilote de « e-facturation entrante ». Parmi les nombreux résultats de ce pilote, la plate-forme interfédérale [Mercurius](#) a été mise en place, en vue d'harmoniser les échanges entre le secteur public et le secteur privé et de faciliter les multiples transitions nécessaires à la généralisation de l'e-facturation.

La ministre des pouvoirs locaux wallons a publié une circulaire en février 2019, encourageant les pouvoirs locaux à s'enregistrer sur la plate-forme Mercurius. C'est pour eux la première étape de la conversion de leurs processus à la facturation électronique. En outre, ceci augmente fortement le nombre de destinataires de factures sur Mercurius et par là même, cela contribue grandement à en réaliser les objectifs stratégiques.

https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/2016_06_17_loi_marches_publics_wet_overheidsopdrachten_v_2019.pdf

NOTE

DE VEILLE REGLEMENTAIRE

4ème Journée luxembourgeoise du droit de la concurrence :

Dans un contexte de droit européen de la concurrence « malmenée », le 11 juin 2019 a eu lieu la 4ème Journée luxembourgeoise du droit de la concurrence. Cette conférence, a été organisée par l'Association luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence (ALEDC) et par la Chambre de commerce. Parmi les thèmes abordés lors de cette conférence, il y avait celui du droit de la concurrence à l'ère de la digitalisation et du numérique tel qu'abordé dans le rapport de la Commission Européenne du 4 avril 2019. Un rapport qui s'articule autour de cinq axes :

- Les principaux modes de fonctionnement des marchés à l'ère du numérique,
- Les objectifs du droit de la concurrence de l'Union Européenne à l'ère du numérique et les méthodologies à utiliser,
- L'application des règles du droit de la concurrence aux plateformes,
- L'application des règles du droit de la concurrence aux données,
- La question d'une mise à jour du contrôle des concentrations en Europe.

De nombreux changements seront apportés par l'ère numérique comme par exemple le bouleversement des critères traditionnels d'appréciation de la concurrence sur un marché donné, que sont le prix ou la part de marché. L'émergence de nouveaux acteurs, la concentration de l'offre sur certains marchés ou encore le nouveau cadre réglementaire lié à l'usage des données invitent également à amender le droit de la concurrence européen ou, au moins, à adapter la méthodologie d'application des règles de la concurrence, estime le directeur du Conseil de la concurrence.

https://paperjam.lu/article/droit-concurrence-a-epreuve-di?utm_medium=email&utm_campaign=12-06-2019%20Matin&utm_content=12-06-2019%20Matin+CID_fabf5331bff887633afae045b76f968e&utm_source=Newsletter&utm_term=LIRE

