

EDITORIAL

Chères lectrices et Chers lecteurs,

Cette lettre du cabinet est consacrée aux Directives « commande publique », dont la transposition va vraisemblablement être rapide, tenant le choc de simplification voulu par le gouvernement français.

Il est vrai que l'accès des PME et TPE à la commande publique relève du parcours du combattant.

Les acheteurs publics et les entreprises ne pourront que se féliciter de cette simplification.

Nous profitons de la lettre du Cabinet pour vous indiquer que Maître Éric PEREZ-PONCE, Avocat près de la Cour d'Appel de Montpellier, ancien magistrat de la Chambre Régionale des comptes, a intégré notre équipe en qualité d'Avocat partenaire afin de traiter la partie finances publiques et audit financier.

Bonne lecture.

Maître Chantal GIL-FOURRIER
*Spécialiste en droit commercial et
droit public*

Les Directives « commande publique »

Le Parlement européen a adopté le 15 janvier 2014 les projets de directives européennes relatifs au paquet « commande publique ». Ont été votées deux directives intéressant les obligations de publicité et de mise en concurrence des marchés publics (la première s'applique aux « secteurs classiques » et la seconde aux « secteurs spéciaux »), ainsi que la directive encadrant pour la première fois en droit de l'Union européenne la passation des concessions de services et de travaux.

Les textes visent à uniformiser les règles de passation des marchés publics au sein des Etats membres de l'Union européenne et abroge la directive 2004/18/CE laquelle est traduite en droit français dans le CMP version 2006.

Le paquet législatif communautaire a été publié au JOUE le 28 mars 2014 et les Etats membres ont désormais jusqu'au 18 avril 2016 pour transposer ses directives.

L'objectif réside dans une simplification et une flexibilité des procédures de passation des marchés publics mais également d'encourager une concurrence équitable et de permettre un meilleur rapport qualité prix, en mettant l'accent sur des considérations environnementales et sociales sur l'environnement.

I – Une simplification pour des soumissionnaires :

Les nouvelles directives vont permettre de simplifier les règles applicables aux soumissionnaires :

- En **réduisant la charge administrative**.
- En simplifiant drastiquement les dossiers de candidature.

La proposition d'offre sera simplifiée grâce à **un « document européen unique de marchés publics »** contenant des auto-déclarations et seul le soumissionnaire qui obtient le contrat devrait fournir les documents originaux

- En limitant le nombre de justificatifs à fournir.

Les soumissionnaires peuvent prouver leur qualité, leur situation financières et leurs capacités au **moyen de déclaration sur l'honneur** et non plus de pièces justificatives complètes.

- En **améliorant l'accès des PME aux marchés publics** :
- En plafonnant les exigences des acheteurs.

Les acheteurs publics doivent désormais accepter tous les soumissionnaires dont la situation financière est appropriée aux fins du marché. Dans le passé, les petits soumissionnaires étaient souvent exclus, car les acheteurs publics exigeaient un chiffre d'affaire annuel élevé, même pour les marchés de faible montant. A l'avenir, le chiffre d'affaires annuel requis ne devra pas, en principe, être supérieur au double du montant du marché ce qui va permettre aux petites entreprises de se porter candidates.

- En encourageant la division des contrats en lots.

De nouvelles règles seront instaurées pour encourager la division des contrats en lots, dans le but d'améliorer l'accès aux marchés publics pour les petites et moyennes entreprises. Les acheteurs publics sont donc invités à diviser les marchés les plus importants en lots et s'ils ne le font pas, ils devront en donner la raison.

II - Une simplification pour les acheteurs publics :

1 - Plus de choix et un accès facilité :

Les nouvelles directives reposent sur une approche offrant aux acheteurs publics plus de souplesse, d'options et de possibilités. Ces derniers ont plus de liberté pour choisir les procédures les mieux adaptées à leurs besoins :

- L'accès aux **procédures comportant des négociations est plus vaste** et souple que dans le cadre des directives actuelles.

- La **nouvelle procédure concurrentielle avec négociation** remplace l'actuelle procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché.

- Le **dialogue compétitif a été simplifié et son utilisation a été facilitée**. Il est désormais accessible dans les mêmes conditions que la procédure concurrentielle avec négociation.

- Par ailleurs, une nouvelle procédure a été introduite pour encourager les soumissionnaires à proposer des solutions innovantes.

Les directives prévoient **des « partenariats d'innovation »** permettant aux autorités d'avoir recours aux appels d'offre pour résoudre un problème sans préjuger de la solution. Les autorités et les entreprises pourraient ensuite négocier la proposition la plus adéquate.

2 - Des procédures plus souples :

Les acheteurs auront également plus de liberté pour organiser les procédures d'attribution des marchés de manière souple et efficace. Les règles de gestion des procédures de passation des marchés ont été révisées en profondeur en vue de les rendre plus efficace et réalisable :

- Les délais de participation et de soumission des offres ont été réduits.

- Le nouveau document européen **permettra à l'acheteur public de vérifier les documents du soumissionnaire retenu qu'à la fin de la procédure**, avant la décision d'attribution.

- Dans le cadre des procédures ouvertes, les acheteurs publics **sont libres de décider de l'ordre dans lequel ils souhaitent procéder.**

Ils peuvent suivre l'ordre classique en se prononçant tout d'abord sur l'admission des soumissionnaires, puis en évaluant les offres et en décidant de l'attribution. Dans les cas qui s'y prêtent, ils peuvent aussi inverser cet ordre et examiner en premier lieu les offres avant de vérifier l'absence de critère d'exclusion et le respect des critères de sélection.

- Les acheteurs publics vont pouvoir **exclure de la procédure un soumissionnaire** chez lequel des défaillances graves ou persistantes ont été constatées lors de l'exécution d'un marché public.

3 – Une simplification de la coopération public-public :

Les nouvelles directives définissent pour la première fois des règles législatives explicites déterminant quels marchés peuvent être conclus entre entités du secteur public sans recourir aux procédures de passation de marchés publics. Cela permettra d'aider les autorités locales à tirer pleinement parti des possibilités de coopération pour exécuter leurs tâches avec le maximum d'efficacité.

Les règles s'appliquant à ce type de coopération suivent les principes généraux énoncés par la Cour européenne de Justice.

Un acheteur public peut attribuer un marché à une entreprise sans recourir à une procédure de passation de marché si les trois conditions suivantes sont remplies :

- L'acheteur public doit exercer **un contrôle analogue** sur l'entreprise concernée, avoir une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions de l'entreprise.

- L'entreprise contrôlée doit **exercer l'essentiel de ses activités au profit de l'acheteur public** qui la contrôle : plus de 80% de ses activités.

- **Aucun opérateur économique privé ne peut détenir de participation directe** au capital de l'entreprise contrôlée.

Les nouvelles directives régissent également les situations dans lesquelles les acheteurs publics concluent des marchés entre eux, sans créer d'entreprise contrôlée.

Ex : Plusieurs communes peuvent décider de mettre leur ressource financière en commun dans le domaine de la gestion des déchets, afin que chacune d'entre elles offre des services spécifiques aux autres municipalités qui coopèrent.

Dans ce type de coopération, des marchés peuvent être attribués entre acheteur public si trois conditions sont remplies :

- Le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération avec les acheteurs publics participants visant à garantir que **les services publics à fournir sont réalisés dans le but d'atteindre des objectifs communs.**

- Le contrat ne doit obéir qu'à **des considérations d'intérêt public.**

- Les activités menées sur le marché extérieur à la coopération doit être strictement limité : les acheteurs publics **doivent réaliser moins de 20% des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel.**

III – Une simplification au service de la société :

Les nouvelles règles permettent aux acheteurs publics d'intégrer des conditions sociales, environnementales et de promotion d'autres politiques, telle que la réduction des dépenses énergétiques. Autrement dit, les acheteurs publics pourront évaluer les offres sur la base de paramètres élargis :

- **Le coût du « cycle de vie »** complet des biens ou des services achetés pourra être pris en compte.

- **L'insertion des personnes défavorisées ou l'utilisation de substances plus respectueuses de l'environnement** pourra être déterminant dans le choix de l'opérateur économique.

- **Toute offre anormalement basse pour cause du non respect des obligations sociales, de droit du travail ou environnement sera rejetée.**

- **Des contrats pourront réservés à des entreprises ayant un but d'intérêt général :** employer au minimum 30% de travailleurs handicapés ou défavorisées.

Grace aux **nouveaux critères de « l'offre économiquement la plus avantageuse »** dans la procédure d'attribution, les autorités publiques pourront mettre d'avantage l'accent sur la qualité, les aspects environnementaux, sociaux tout en tenant compte du prix et des couts du cycle de vie de l'offre, dans un but d'éviter la « dictature des prix bas » et qui permettra de mettre la qualité au centre du débat. Les objectifs de responsabilité sociale et environnementale pourront devenir de véritables critères d'attribution des marchés. Le critère du mieux-disant se trouve ainsi renforcé.

Il sera donc possible d'intégrer des exigences qui ne relèvent pas uniquement des caractéristiques intrinsèques du produit à 3 niveaux des appels d'offres publics : dans les spécifications techniques du marché public, dans ses critères d'attribution et dans les conditions d'exécution du contrat.

Attention, jusque là, on ne pouvait accorder de droit de préférence à une catégorie déterminée de candidats que dans certaines conditions (pour un montant limité et avec des objectifs d'intérêt général démontrés). L'ouverture de la directive européenne sur d'autres critères que le prix pourrait faciliter une interprétation plus souple de cet article.

La France a exprimé son souhait de tout faire pour que la transposition soit la plus rapide possible. La transposition en droit national de cette nouvelle directive aboutira à la rédaction d'une nouvelle version du code des marchés publics.

Il faut se rappeler que lors de la transposition de la directive de 2004, la France, dans la version du Code des marchés publics de 2006, était allée au delà des exigences européennes en matière de mise en concurrence et de publicité pour les services sociaux. Reste à savoir si le texte de transposition en droit français sera aussi souple que la directive.