

Présentation des nouvelles directives adoptées par le Parlement européen, le 15 janvier 2014

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Présentation des nouvelles directives adoptées par le Parlement européen, le 15 janvier 2014 . Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2014. hal-01864535

HAL Id: hal-01864535

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01864535>

Submitted on 30 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Présentation des nouvelles directives adoptées par le Parlement européen, le 15 janvier 2014 », *Contrats Concurrence Consommation*, mai 2014.

Catherine Prebissy-Schnall

Cons. UE, dir. 11 févr. 2014

Note :

Trois nouvelles directives ont été approuvées par le Conseil de l'Union européenne le 11 février 2014 suite à leur adoption par le Parlement européen le 15 janvier 2014 en formation plénière : une directive sur la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (abrogeant l'ancienne directive 2014/18/CE), une directive sur les marchés passés par les entités adjudicatrices opérant dans les secteurs des services postaux, des transports, de l'eau et de l'énergie (abrogeant la [directive 2004/17/CE](#)) et une directive sur les concessions. Après deux années de négociations (Rapport sur la révision des directives « marchés publics » de M. Tarabella, 2011/0438 COP, 3 mai 2012. – Rapport de M. Juvin sur la directive « Concessions », 2011/0437 COD, 5 juillet 2012), les institutions avaient réussi à accorder leurs violons sur certains points jugés fondamentaux dès le 26 juin 2013 par la conclusion d'un accord tripartite. Après l'entrée en vigueur des directives, les États membres auront un délai de deux ans pour les transposer (et 30 mois de plus concernant les dispositions en matière de dématérialisation des marchés publics).

Afin de permettre une utilisation stratégique des marchés publics (Europe 2020), les nouveaux textes révisent et modernisent les règles actuelles (1) et définissent, pour la première fois, des normes communes sur les contrats de concession. (2)

1. Focus sur les nouvelles directives Marchés

Très marqués par une inspiration française, les nouveaux textes prévoient des dispositifs qui existent déjà dans notre Code des marchés publics, notamment en matière d'économie solidaire et sociale et en matière environnementale (projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire, 25 juill. 2013, art. 9 ; CE, 23 nov. 2011, communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570). Ils reviennent sur la nécessité de faciliter l'accès des PME à la commande publique tout en éclaircissant certains concepts (offre économiquement la plus avantageuse, allotissement, offre anormalement basse), en simplifiant les dossiers de candidatures et en encourageant le recours plus systématique aux moyens électroniques. Or, en France, la mise en place de la Médiation des marchés publics et la création du Guide pratique d'octobre 2013 « Chefs d'entreprise, Osez la commande publique ! » (assorti d'un système de flashcode), contribuent à la réalisation de ces objectifs : grâce au choc de simplification initié par le Président de la République et tous les efforts mis en place en faveur de la dématérialisation (SAE, Guide de la modernisation de l'achat, 6 septembre 2013), les procédures sont allégées donnant ainsi aux TPE/PME une opportunité d'étoffer et de diversifier leurs carnets de commande tout en soutenant l'innovation (conformément au Pacte national pour la compétitivité, la croissance et l'emploi adopté le 6 novembre 2012 qui fixe un objectif de 2 % des achats des administrations auprès d'entreprises innovantes en 2020 ; V. également la conférence sur l'achat innovant du SAE et de la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (DGIS), 11 avril 2013, Bercy). Les relations entre pouvoirs

adjudicateurs et opérateurs économiques sont en outre plus fluides grâce aux efforts de réduction des délais de paiement et de modernisation des politiques publiques.

Toutefois, les nouvelles directives offrent aussi de nouvelles perspectives pour les donneurs d'ordres publics :

- Reconnaissance de l'e-sourcing pour optimiser l'achat : Si l'e-sourcing est une pratique qui a pu paraître contraire aux principes fondamentaux de la commande publique, l'automatisation de la recherche d'informations sur les opérateurs économiques est désormais reconnue à l'article 40 de la directive intitulé « Consultations préalables du marché » : « Avant d'entamer une procédure de passation de marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière. À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent par exemple demander ou accepter les avis d'autorités ou d'experts indépendants ou d'acteurs du marché. Ces avis peuvent être utilisés pour la planification et le déroulement de la procédure de passation de marché, à condition que ces avis n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de non-discrimination et de transparence ».

Sous l'angle d'une stratégie d'achat public plus efficace, il est désormais possible pour les pouvoirs adjudicateurs d'échanger avec les entreprises sans qu'il y ait, a priori, manquement au principe d'égalité de traitement des candidats ni constitution du délit de favoritisme. L'e-sourcing permet une capitalisation de l'information sur les achats (fournisseurs, produits et prix), une meilleure adaptation du produit aux besoins (meilleur ciblage qui évite les surcoûts et les procédures déclarées infructueuses) et une amélioration des contacts entre l'administration et ses fournisseurs (forum de discussions).

- Extension de l'usage des procédures électroniques (chapitre II, art. 34, 35 36) : Les moyens de communication électroniques se prêtent particulièrement bien à la mise en œuvre de pratiques et d'outils de centralisation des achats, grâce à la possibilité qu'ils offrent de réutiliser et de traiter automatiquement des données et de réduire au minimum les frais d'information et de transaction. Il faudrait par conséquent, dans un premier temps, rendre obligatoire le recours à ces moyens de communication électroniques pour les centrales d'achat, tout en facilitant par ailleurs la convergence des pratiques dans toute l'Union (dès l'échéance de la transposition de la directive). À cette première étape devrait succéder une obligation générale d'utiliser des moyens de communication électroniques dans toutes les procédures de passation de marchés, à l'issue d'une période transitoire de trente mois.

- La possibilité d'écarter une offre d'un candidat ayant commis une faute grave sur un marché précédent (*art. 57* sur les motifs d'exclusion) : Le pouvoir adjudicateur peut exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsque des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur (ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable). L'utilisation de ce motif d'exclusion oblige à généraliser l'évaluation des opérateurs et des prestations réalisées grâce à des logiciels informatiques.

- L'allotissement (*art. 46*) : Pour améliorer l'accès des PME aux marchés publics, l'obligation de division des contrats en lots est renforcée. Cette division pourrait se faire sur une base

quantitative, en faisant mieux correspondre la taille des différents marchés à la capacité des PME, ou sur une base qualitative, en fonction des différentes branches d'activité concernées, afin d'adapter plus étroitement le contenu de chaque marché aux secteurs de spécialisation des PME (À noter que les efforts ne vont pas encore vers la mise en place d'un Small Business Act européen, la mise en place de quotas restant encore une idée absente du déploiement de l'achat en faveur des PME). Le dispositif de la nouvelle directive reste toutefois moins contraignant que le Code des marchés publics qui posait déjà l'allotissement comme principe. Par ailleurs le Guide de la modernisation de l'achat élaboré par le Service des achats de l'État (SAE, 6 septembre 2013) insiste sur l'importance de favoriser la rencontre entre l'offre des PME et la demande publique, notamment par la voie de l'allotissement. Ce sont donc les marchés de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui seront les plus impactés par la nouvelle directive puisque l'ordonnance ne prévoit actuellement aucune obligation particulière.

- Les partenariats d'innovation (*art. 31*) : Les partenariats d'innovation font leur apparition afin de permettre « aux autorités publiques d'avoir recours aux appels d'offre pour résoudre un problème spécifique sans préjuger de la solution, laissant une marge de manœuvre entre les autorités et les entreprises répondant à l'offre pour trouver la réponse la plus adéquate ». En raison de l'importance que revêt l'innovation, il convient d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à autoriser des variantes aussi souvent que possible. Toutefois, si l'innovation aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics en dégagant de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, le partenariat d'innovation sera certainement utilisé par les organismes d'achats de grande structure (UGAP, Ville de Paris) plutôt que par des petits services achats, loin de disposer des ressources humaines et matérielles propices à ce type de procédure. La France sera à l'avant-garde de la transposition d'ici l'été, concernant ce partenariat d'innovation puisque Bercy a déjà présenté le programme de travail de l'État et de ses établissements publics en matière d'achat public innovant (268 projets innovants prévus pour 2014-2015), une nouvelle mouture du guide pratique de l'achat public innovant (janvier 2014, version 2) et une plateforme des achats d'innovation.

- Allégement des formalités liées aux marchés publics et principe d'auto-déclaration au stade de la candidature (*art. 58 et 59*) : Dans le but de faciliter la vie des PME, a été introduit un plafonnement des exigences relatives au chiffre d'affaires minimal du candidat pour répondre à un marché (fixé à deux fois le montant estimé du marché au lieu de trois). Les exigences de capacité sont réduites et reposent sur des déclarations sur l'honneur comme le document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que l'opérateur économique concerné remplit l'une des conditions énumérées à l'article 59 de la directive. Ce DUME constitue un premier pas vers l'institution d'un « passeport pour les marchés publics ».

- Les critères d'attribution du marché public pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (*art. 67*) : « L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné ». Dans une logique de rationalisation des coûts, la jurisprudence communautaire a toujours favorisé l'utilisation de la technique multicritères comme méthode d'analyse des offres. La consécration de l'attribution à l'offre économiquement la plus

avantageuse permet de prendre en compte, de manière appropriée dans les procédures de passation, les exigences applicables dans les domaines environnemental, social et du travail. Il convient de noter que la circulaire relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (14 février 2012) recommande aux acheteurs publics de choisir plusieurs critères de sélection des offres et non uniquement le critère du prix.

4. Élimination des offres anormalement basses (*art. 69*) : Pour éviter le dumping social et garantir le respect du droit du travail, les acheteurs publics auront le devoir de détecter ces offres, et surtout de les rejeter si elles s'avèrent effectivement anormalement basses après demande d'explications aux candidats. L'article 69 du projet de directive sur la passation des marchés publics étend aux conditions de sous-traitance et au respect du droit de l'environnement les justifications qui peuvent être demandées au candidat par le pouvoir adjudicateur. Dans le cas où le soumissionnaire bénéficierait d'une aide d'État, le pouvoir adjudicateur doit exiger que le soumissionnaire démontre la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur. L'article 69 prévoit, enfin, un mécanisme de coopération entre États membres pour échanger tous documents (dispositions législatives ou réglementaires, conventions collectives, normes techniques nationales, par exemple) utiles, afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier les justifications fournies par le candidat au soutien de son offre. Ces nouvelles dispositions introduisent des règles plus rigoureuses que celles qui figuraient dans la [directive 2004/18](#) concernant les offres anormalement basses. Toutefois, ces règles ne sont pas plus rigoureuses que celles qui figurent à l'[article 55 du Code des marchés publics](#) qui décrit une procédure écrite et contradictoire permettant au pouvoir adjudicateur d'adresser au candidat la liste des incohérences constatées ainsi qu'une demande de justificatifs concernant, par exemple, les conditions favorables dont dispose le candidat pour réaliser les prestations, les modalités de la prestation des services, l'originalité de l'offre etc. (*CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis, req. n° 366606*).

- Nouvelle procédure concurrentielle avec négociation (*art. 26*) : Cette possibilité de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation se fait dans des cas limitativement énumérés : les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ; ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ; le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ; le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5 ; pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. En pareil cas, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 57 à 64 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marchés. Sont notamment considérées comme irrégulières les offres qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenus tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugé anormalement basses. Sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché.

- Des règles renforcées sur la sous-traitance (*art. 71*) : La directive prévoit une obligation pour le contractant principal d'informer en amont le pouvoir adjudicateur sur la partie du marché qu'il entend sous-traiter et l'identité de son sous-traitant principal.

- La notion de conflit d'intérêt (*art. 24*) : la notion vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participe au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché. Les États membres devront ainsi prévoir des règles garantissant que cette prévention et ce traitement interviennent tout au long du processus d'achat, depuis la définition des besoins jusqu'à l'attribution. En France, un décret est paru récemment pour définir les conditions d'application de [l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013](#) relative à la transparence de la vie publique ([D. n° 2014-90, 31 janv. 2014 : JO 2 févr. 2014, p. 1959](#)).

2. La nouvelle directive sur les concessions

Jusqu'à présent, seules les concessions de travaux publics sont soumises aux prescriptions de la [directive 2004/18/CE](#) tandis que l'attribution des concessions de services est soumise aux seuls principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (libre circulation des marchandises, liberté d'établissement, libre prestation de services, non-discrimination, reconnaissance mutuelle, proportionnalité et transparence). La nouvelle directive définit les concessions comme « des contrats à titre onéreux par lesquels un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou une ou plusieurs entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou la réalisation et la gestion de services à un ou plusieurs opérateurs économiques. L'objet de ce type de contrats est l'acquisition de travaux ou la réalisation de services par voie de concession, la contrepartie consistant en un droit d'exploiter les ouvrages ou services ou en ce droit accompagné d'un prix ». Les concessions de service auront désormais un cadre juridique tout comme les concessions de travaux.