

# Alertes Août-Septembre 2018 FOCUS. Guide(s) “ très pratique(s) ” de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs

Florian Linditch

► **To cite this version:**

Florian Linditch. Alertes Août-Septembre 2018 FOCUS. Guide(s) “ très pratique(s) ” de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs. Contrats et marchés publics , LexisNexis, 2018. hal-02121787

**HAL Id: hal-02121787**

**<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121787>**

Submitted on 6 May 2019

**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.

## Alertes Août-Septembre 2018

### FOCUS

#### **Guide(s) « très pratique(s) » de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs**

*<https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-tres-pratique-pour-accompagner-acheteurs-et-entreprises-sur-dematerialisation-des-marches>*

#### **Présentation des Guides « Très pratique »**

Comme on le sait, le 1<sup>er</sup> octobre 2018 a été déterminé comme le passage au tout dématérialisation des marchés publics. A cette date, les acheteurs devront s'être dotés d'un profil d'acheteur (plate-forme de dématérialisation) sur lequel, ils publieront leurs documents de consultation pour les marchés publics (hors défense ou sécurité) dont la valeur du besoin estimé est égale ou supérieure à 25 000 € HT. Par ailleurs, les acheteurs devront assurer la publication des données essentielles des marchés concernés.

Plus précisément, la dématérialisation portera sur :

- la mise à disposition des documents de la consultation ;
- la réception des candidatures et des offres ;
- les échanges avec l'entreprise (questions/réponses) ;
- la notifications des décisions (lettre de rejet et d'explications, notamment).

Ceci conduit, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie à mettre à disposition des acheteurs deux Guides très pratiques, l'un pour les acheteurs et l'autre pour les opérateurs économiques.

Chaque document est structuré en 4 rubriques thématiques : le profil d'acheteur, les échanges dématérialisés, la signature électronique et le document unique de marché européen (Dume). Zoom sur les principales informations.

#### **Seuil de 25.000 €**

On pourrait être tenté de penser que l'obligation de dématérialiser les documents pour les seuls marchés supérieurs à 25.000 € résulte d'une tolérance plus ou moins douteuse au plan juridique. Il n'en est rien. L'article 41 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

précise que l'obligation d'utiliser la voie électronique pour les communications et les échanges d'informations n'est pas applicable aux marchés pouvant être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables mentionnés à l'article 30 de ce décret. Or parmi ceux-ci figurent les marchés inférieurs à 25 000 € HT.

On ne sera donc pas étonné de constater plus largement que selon les guides (*Guide « Acheteurs », art. A 27, et guide « Opérateurs », art. E 26*), la mise à disposition des DC ne serait pas obligatoire pour les tous marchés supérieurs à 25 000 € HT, mais seulement pour ceux qui ont donné lieu à la publication d'un avis d'appel public à la concurrence.

### **Le profil d'acheteur**

Selon la DAJ rappelle le profil d'acheteur joue un rôle crucial. Sans lui pas de dématérialisation qui tienne. Il revient donc aux acheteurs de se doter de cet outil qui permettra de mettre à disposition les documents de consultation, ainsi que les données essentielles.

Ceci n'empêchera pas les interrogations, côté acheteur :

- comment ouvrir les plis reçus sur le profil d'acheteur ?
- que faire si le profil d'acheteur est indisponible pendant quelques temps, mais est de nouveau disponible plusieurs heures avant l'heure limite de remise des plis ;
- que signifie ouvrir « hors ligne » les plis reçus sur le profil d'acheteur ?

### **Côté candidats à la commande publique**

Pour les entreprises, il convient de rappeler que la dématérialisation des procédures si elle les contraint à soumissionner de manière dématérialisée (sauf, à bénéficier des exceptions prévues par les textes, ou encore s'il s'agit d'une copie de sauvegarde

Pour commencer, la copie de sauvegarde demeure toujours possible, dans les zones non couvertes par internet, ou en cas de virus informatique).

.Cela reste d'ailleurs « une précaution, notamment pour les premières expériences de dématérialisation »

Quant au coffre-fort électronique (ou espace de stockage numérique des pièces de candidature protégé) il n'est pas davantage devenu obligatoire.

Selon la DAJ, chaque profil d'acheteur devrait comporter ce qu'elle désigne joliment comme un « site-école » ou « bac à sable » ce qui permettra aux acheteurs et aux concurrents de tester les fonctionnalités offertes par la plate-forme (ou « profil »).

## **Echanges dématérialisés**

Pour satisfaire à ces obligations, les acheteurs doivent effectuer ces échanges *via* le profil d'acheteur. Il ne s'agit pas que de la mise en ligne des DCE car pour la DAJ, les notifications de rejet et les décisions de déclaration sans suite, le cas échéant signés électroniques, pourront passer par le profil.

Rappel pour les acheteurs : en procédure formalisée, il est possible de faire des modifications non substantielles des documents de consultation jusqu'à six jours avant la date de remise des plis. Pour les marchés à procédure adaptée il n'y a pas de délai, mais la DAJ recommande de suivre ces mêmes six jours.

## **Signature électronique**

Contrairement à ce que l'on avait pu penser dans un premier temps, l'obligation d'utiliser la signature électronique pour tous les documents n'existe pas. Ceci afin de permettre la mise en place de nouveaux moyens (certificat électronique, et surtout la réorganisation interne des utilisateurs, tant publics que privés).

Selon la DAJ elle-même, l'obligation de signature électronique de toutes les pièces traduirait « un formalisme excessif et inutile, qui n'apporte aucune sécurité juridique supplémentaire ».

Seule l'offre finale doit être signée électroniquement, à peine d'irrégularité. Il est toutefois regrettable que l'on ne puisse savoir dès à présent, si cette irrégularité pourrait être corrigée, via la possibilité offerte aux acheteurs de procéder à la régularisation des offres et candidatures prévue par l'article 55 du décret du 25 avril 2016 relatif aux marchés publics. Il est vrai qu'admettre cette régularisation conduirait à affaiblir la vague numérique programmée pour le 1<sup>er</sup> octobre prochain.

## **Autres modalités pratiques**

Le Guide considère que le pouvoir adjudicateur pourra également imposer la signature électronique de deux autres documents, à savoir :

- la déclaration de sous-traitance ;
- la convention momentanée de groupement d'entreprises.

Le reste des questions-réponses porte notamment sur le certificat électronique : prix, délai d'acquisition, où s'en procurer un, dispositions du règlement eIDAS...

## **Le Document unique de marché européen (Dume)**

On retrouvera dans cette dernière rubrique commune aux deux Guides, les six parties du Dume : informations sur l'acheteur, sa procédure, l'opérateur économique, les motifs d'exclusion, les critères de sélection et la déclaration sur l'honneur de l'opérateur électronique

On sait, que ce formulaire de candidature est destiné à remplacer les actuels formulaires DC1, DC2 ou le « marché public simplifié » (MPS). Ce dernier est maintenu jusqu'en avril 2019, mais force est de constater que l'usage du Dume demeure encore rare.

L'introduction laborieuse du Dume explique sans doute que celui-ci ne soit pas obligatoire, sauf dans un cas : si l'opérateur économique candidat l'utilise, l'acheteur doit l'accepter depuis le 1<sup>er</sup> avril 2018.

### **Perspectives d'évolution des Guides**

Selon Bercy, les « guide(s) évolutif(s) pour(ont)... s'enrichir de nouvelles questions sur la dématérialisation : suggestions et questions pourront être transmises à l'adresse suivante : [demat.daj\[@\]finances.gouv.fr](mailto:demat.daj[@]finances.gouv.fr).

Il est précisé que « ces questions ne feront pas l'objet de réponses individuelles ».

Au final, on appréciera l'effort réalisé par la DAJ qui fournit un éclairage appréciable sur la portée des articles 39 et 41 du décret du 25 mars 2016, et contribue à dédramatiser le passage de la commande publique dans l'ère numérique.

## **VEILLE**

### **A l'Observatoire économique de la commande publique**

#### **Invitation à ouvrir un compte « Recensement économique des achats publics »**

*[oeep-recensement.daj@finances.gouv.fr](mailto:oeep-recensement.daj@finances.gouv.fr)*

L'Observatoire économique de la commande publique (OECP) a informé les acheteurs l'obligation de recensement économique des contrats de la commande publique pour les contrats dont le montant est supérieur à 90 000 € HT. Or depuis le 1er janvier 2018, la transmission des données du recensement économique des contrats de la commande publique fait l'objet d'une dématérialisation complète, elle ne peut être réalisée qu'en utilisant l'application REAP (l'application web « Recensement économique des achats publics »). La création d'un compte REAP se réalise en 48h ouvrées et gratuite.

Intérêt pour les chercheurs (mais pourront-ils créer un compte ?), l'application REAP permet d'accéder à l'historique des données enregistrées depuis 2007 par l'OECP.

Une information individualisée sur les modalités de saisie est également assurée à l'adresse suivante : *[oeep-recensement.daj@finances.gouv.fr](mailto:oeep-recensement.daj@finances.gouv.fr)*

## Rapport CDBF 2018, les pages consacrées à la commande publique

<https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2018-02/rapport-annuel-CDBF-2018.pdf>

Le non-respect des règles relatives à la commande publique entre également dans les pratiques sanctionnées par la CDBF (Rapport, pp. 30 et 31)

Le recours à la procédure de dialogue compétitif, régie par les articles 36 et 67 de l'ancien code des marchés publics pour l'acquisition de mobilier et de matériel audiovisuel a fourni l'occasion de sanctionner plusieurs irrégularités ont été commises :

Une discordance entre l'estimation publiée dans l'avis de marché (2 347 000 € HT) et les trois lots notifiés en janvier 2012 (1 383 102 € HT, supérieur au seuil des marchés européens, soit 130 000 € HT au 1er janvier 2012) s'agissant des marchés de fournitures explique l'irrégularité.

- Le nombre minimum de candidatures admis à la procédure de dialogue était fixé à deux (au lieu de trois), ce qui n'était pas conforme aux dispositions de l'article 67.
- Le rapport d'analyse des offres faisait ressortir que : la phase de dialogue et celle de l'analyse des offres avaient été conduites sans tenir compte de l'allotissement initialement prévu, les deux candidats ayant concouru simultanément pour les trois lots considérés comme de simples divisions de leur offre globale
- La phase du dialogue n'avait pas fait l'objet de procès-verbaux, ce qui, pour la CDBF « constitue un manquement à l'obligation de transparence de la procédure » (p. 30);
- La justification sur le choix du recours à cette procédure n'a pas été apportée dans le rapport de présentation ;
- Aucun cahier des clauses administratives particulières, « en méconnaissance des dispositions de l'article 11 du code des marchés publics alors applicable, précisant notamment les modalités de révision des prix annoncées dans le règlement de la consultation » (*Idem*).

Par ailleurs, l'acquisition de matériels et équipements informatiques et électroniques auprès de quatre sociétés a été réalisée « en dehors de tout contrat écrit et de toute mise en concurrence » (p. 31). Mieux même, « dans ces différents achats le choix des entreprises attributaires a été effectué en fonction des marques des produits qu'elles commercialisaient, en contradiction avec les dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics, aux termes duquel : « Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains Produits » (p. 31).

La Cour a jugé que ces irrégularités étaient constitutives de l'infraction aux règles énoncées à l'article L. 313-4 du CJF. Elle a poursuivi la responsable administrative, mais lui a accordé

des circonstances atténuantes de responsabilité « tenant aux faits que, d'une part, l'équipe administrative et technique qui l'assistait était très restreinte et que, d'autre part, elle avait demandé l'appui de l'autorité de tutelle pour disposer d'un soutien logistique et financier, lequel ne lui a pas été accordé ». Une amende de 400 € a été infligée.

## **Guide des relations entre associations et financeurs publics ; une illustration par la culture**

[http://opale.asso.fr/IMG/pdf/2017\\_opale\\_guideassosfinanceurspublics\\_crkla\\_culture.pdf](http://opale.asso.fr/IMG/pdf/2017_opale_guideassosfinanceurspublics_crkla_culture.pdf)

Initiative privée bienvenue, ce Guide réalisé par AlcyaConseil, avec les contributions d'Opale/CRDLA Culture, de l'Ufisc, du CAC et du RTES a pour but d'exposer les modes de coopération entre les pouvoirs publics et les associations.

On en jugera par le plan retenu :

### **I. LA SUBVENTION : OUTIL DE PARTENARIAT ET CADRE DE COOPÉRATION ENTRE INITIATIVE PRIVÉE ET FINANCEUR PUBLIC**

- A. Les critères de qualification de la subvention
- B. Les conditions de légalité des subventions
- C. Procédure de demande d'attribution des subventions et obligations liées au financement public
- D. Formes et montant de la subvention
- E. La coconstruction des politiques publiques : le recueil d'initiatives
- F. Fiscalité des subventions

### **II. LES SUBVENTIONS À L'ÉPREUVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE**

Quelques définitions

- A. Les services d'intérêt général non économiques
- B. La prohibition de principe des aides d'État finançant des activités économiques
- C. Les dérogations en fonction du montant : les aides dites « de minimis »
- D. L'acte de mandatement d'un service d'intérêt économique général (Sieg) pour les compensations de service public supérieures à 500 000 € sur trois ans pour une activité économique
- E. Les dérogations en fonction de l'objet du projet économique aidé

### **III. L'ASSOCIATION, PRESTATAIRE DES COLLECTIVITÉS**

- A. Marchés publics : les associations, des prestataires comme les autres ?
- B. Le culturel : un secteur qui se délègue

Bien que traitant du domaine de la culture, il intéresse tous les secteurs de l'intervention associative. Il devrait également apporter des éclaircissements aux décideurs publics, et mettre fin (ou seulement, endiguer) la tendance dominante à basculer les associations dans le secteur

de la commande publique en soumettant toute intervention du tiers secteur à la sacro-sainte mise en concurrence, ce à quoi ne se prêtent ni la plupart des acteurs associatifs, ni leurs activités.

Cette œuvre salubre prolonge, et illustre, les réformes législatives (Loi ESS, Loi NOTRe,..), mais aussi des initiatives publiques ([circulaire Valls](#) notamment) incitant à de nouvelles relations entre acteurs associatifs et pouvoirs publics.

On appréciera, une présentation du caractère irremplaçable de la subvention, lorsqu'il s'agit de permettre « une coconstruction des politiques publiques » qu'interdit le principe d'antériorité de la définition du besoin par l'acheteur public.

Sur ce sujet, trop négligé, mais pourtant crucial, on signalera la parution prochaine, de l'ouvrage de Clothilde BLANCHON (Recherche sur la notion de subvention. Contribution à l'étude du don en droit public (LGDJ, Bibl. droit public, à paraître, fin 2018).